

**Sygn. akt: KIO/UZP 1138/08**

**KIO/UZP 1239/08**

**WYROK**  
**z dnia 5 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2008 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12,**
- B. Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Sopot – Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni 81-861 Sopot, Al. Niepodległości 930** protestów:

- A. Konsorcjum firm: Hydrobudowa S.A. 80-264 Gdańsk ul. Grunwaldzka 135 i Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. 80-702 Gdańsk, ul. Przetoczna 66 z dnia 18 września 2008 r.**
- B. Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12 z dnia 10 października 2008 r.**

Przy udziale **Konsorcjum firm: Hydrobudowa S.A. 80-264 Gdańsk ul. Grunwaldzka 135 i Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. 80-702 Gdańsk, ul. Przetoczna 66** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołania.**

2. kosztami postępowania obciąża **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12**
  - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
  - A** kwoty 1800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12** na rzecz **Gminy Miasta Sopot – Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni 81-861 Sopot, Al. Niepodległości 930**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.
  - B** kwoty 1800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12**, na rzecz **Gminy Miasta Sopot – Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni 81-861 Sopot, Al. Niepodległości 930**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx**.
  - B** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx**.
- 4) dokonać zwrotu kwoty 75936 zł 00 gr (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 37968 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12,**
  - B** kwoty 37968 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12.**

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

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

I. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty. W dniu 11 sierpnia 2008 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, a następnie w dniu 12 września 2008 r. powiadomił wykonawców o ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Drugi z wykonawców - Konsorcjum firm: Hydrobudowa S.A. i Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwane dalej Konsorcjum Hydrobudowa) złożył protest na tę czynność

zarzucając zamawiającemu dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K B DORACO Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz. Wykonawca wskazał, jako osobę, która będzie uczestniczyła w wykonaniu zamówienia na stanowisku kierownika robót podwodnych, p. Jarosława M. nie spełniającego warunków określonych w siwz, tj. posiadania uprawnień do prowadzenia prac podwodnych (dyplom kierownika prac podwodnych II klasy), co najmniej 5 – letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu zespołem ludzi i prowadzeniu prac podwodnych oraz doświadczenia zdobytego przy wykonaniu co najmniej 2 (dwóch) robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu niniejszego zamówienia. Wykonawca w ocenie protestującego złożył nieprawdziwe informacje w celu potwierdzenia doświadczenia posiadanego przez zastępcę kierownika robót w zakresie robót polegających na ułożeniu rurociągów. Z uwagi na powyższe wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona oferta podlega odrzuceniu. Zdaniem protestującego uzupełnienie wykazu osób przez KB DORACO Sp. z o.o. o nową osobę p. Rolanda S. zaproponowanego w miejsce p. Jarosława M. na kierownika robót podwodnych stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty. Protestujący zarzucił ponadto nierzetelność informacji w zakresie przeciętnego stanu zatrudnienia (wymaganie rozdz. 10 pkt 1.2.3 siwz) w okresie ostatnich trzech lat, według wymagania siwz wynoszącego minimum 45 pracowników.

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

- uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- wykluczenie wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty,
- dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestujący stwierdził, że p. Roland S. wskazany przez KB DORACO Sp. z o.o. na kierownika robót podwodnych nie spełnia wymagania określonego w rozdz. 10 pkt 1.2 siwz w szczególności nie spełnia warunku posiadania doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią załącznika nr 4 pkt 6 „doświadczenie zawodowe” p. R. S. wykonywał pracę przy układaniu rurociągu układu tranzytowego ścieków Oczyszczalni Wschód w Gdańsku (przy dwóch rurociągach 218 mb

każdy, w tym 118 mb rury o średnicy dn = 1 016 mm wraz z komorą rozdziału i dyfuzorami z zakresie szczegółowej inwentaryzacji, pomiarów osiowości, odchyłeń poziomych i pionowych rurociągu wraz z podporami) na stanowisku kierownika robót nurkowych. Ponieważ inwestycja powyższa była realizowana przez protestującego stwierdził on jako posiadający pełną wiedzę w ww. zakresie i w zakresie osób uczestniczących w realizacji zadania, że p. R. S. nie wykonywał, ani jako pracownik, ani jako podwykonawca lub zleceniobiorca, żadnych prac podwodnych na podanym zadaniu. Protestujący stwierdził, że pan R. S. mógł wykonywać jedynie na zlecenie zamawiającego pewne prace polegające na szczegółowej inwentaryzacji jednakże nie można tych prac utożsamiać z pracami wymaganymi przez zamawiającego na stanowisku kierownika robót podwodnych. W odniesieniu do drugiej z robót wskazanych przez KB DORACO Sp. z o.o. jako robota, w której uczestniczył p. R. S. tj. praca przy układzie dwóch rurociągów czerpnych dn=1 400 mm długości 125 mb każdy na terenie Pompowni I – UW Straszyn, biegnącego pod dnem zbiornika wodnego UW Straszyn – rurociągi A i B, stwierdził, że w ramach opisu zawartego w załączniku nr 4 pkt 6 „doświadczenie zawodowe” nie jest możliwe jednoznaczne potwierdzenie, że p. R. S. spełnia wymaganie zawarte w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz zarówno pod względem doświadczenia jak i uprawnień do wykonywania funkcji kierownika robot nurkowych w ramach tego zadania. Informacja zawarta w załączniku nr 4 stanowi wyłącznie wykazanie uczestnictwa p. S. w bliżej nieokreślonych pracach przy układzie dwóch sztuk rurociągów, nie zaś potwierdzenie faktycznie wykonywanych czynności związanych z realizacją robót podwodnych. W zakresie natomiast uprawnień p. S. w okresie realizacji wskazanej inwestycji tj. od 1 lipca 1999 r. do 20 sierpnia 1999 r. wykonawca nie udokumentował posiadania przez wskazaną osobę uprawnień w tym okresie tj. dyplomu kierownika prac nurkowych - załączony dyplom nr 1131 uprawnia do kierowania pracami nurkowymi dopiero od dnia 23 marca 2004 r. Z załączonego dyplomu wynika, że p. R. S. posiada uprawnienia do kierowania pracami nurkowymi od 4 lat i 5 miesięcy, więc należy uznać, że wykonawca nie wykazał w tym przypadku posiadania przynajmniej 5-letniego doświadczenia. Powyższe wskazuje, że oferta KB DORACO Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto, zdaniem protestującego KB DORACO Sp. z o.o. złożyła nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia pana J. M., oświadczając w zał. Nr 4 „wykaz osób”, że p. J. M. spełnia wymogi zamawiającego i posiada stosowne doświadczenie, ponieważ brał udział w robotach realizowanych w ramach wykonania ujęć wody pitnej PU – 3 oraz PU – 4 dla MPWIK w Warszawie. Protestujący stwierdził, że p. J. M. faktycznie współpracował z Generalnym Wykonawcą ww. zadania – Przedsiębiorstwem Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. Referencje wydane panu M. dotyczyły jednak układania rurociągu o średnicy 1000 mm na długości 400 mb na osadniku wody pitnej, przy głębokości

posadowienia rurociągu 6 m w zakresie jednego rurociągu oraz wykonywania dwóch sztuk przecisku o średnicy 800 mm pod wałem przeciwpowodziowym. Wykonawca załączył do protestu pismo PBW w Warszawie S.A. z dnia 5 września 2008 r. i MPWiK S.A. z dnia 1 września 2008 r.

Do postępowania wszczętego na skutek powyższego protestu przyłączył się wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący stwierdził, że prace wykonywane przez R. S. przy realizacji inwestycji rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Gdańsku tj. inwentaryzacja, pomiary osiowości, odchyłeń poziomych i pionowych rurociągu wraz z podporami spełniają wymagania określone przez zamawiającego w siwz. Wykonawca stwierdził, że nie był zobowiązany do wykazania referencji osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót podwodnych, a jedynie złożenia oświadczenia. W przystąpieniu wykonawca przedłożył referencje firmy Saur Neptun Gdańsk S.A. wykazujące zakres prac zrealizowanych przez p. R. S. przy tej inwestycji i wskazał, że odpowiadają one pracom kierownika robót podwodnych. Tym samym KB DORACO Sp. z o.o. nie złożyła nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wymóg siwz nie dotyczył doświadczenia w fizycznym układaniu rurociągów przez kierownika robót podwodnych lub podlegających mu pracowników. Doświadczenie p. R. S. wynika z udziału w realizacji inwestycji układu dwóch sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I-go stopnia UW Straszyn. Wykonawca oświadczył, że pracami na stanowisku kierownika robót podwodnych kierował p. R. S. W zakresie posiadania dyplomu wykonawca stwierdził, że p. R. S. posiada kwalifikacje kierownika robót podwodnych od 15 lat i załączył stosowne dokumenty (dyplomy) potwierdzające posiadane uprawnienia. W ocenie przystępującego uzupełnienie wykazu osób nie oznacza zmiany treści oferty. Ponadto p. J. M. dysponuje referencjami dotyczącymi prac wykonanych dla PBW w Warszawie S.A. i załączył dokument z dnia 9 lipca 2008 r. Jeśli chodzi o liczbę przeciętnego zatrudnienia powyżej 45 osób, wykonawca stwierdził, iż bezsporne jest, że wymaganie zamawiającego w tym zakresie zostało spełnione, natomiast różnice w sformułowaniach w .... wynikają z różnic dotyczących liczenia pełnych etatów dla celów rachunkowości oraz dla celów statystycznych.

Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej zarzutów naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 44, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i 8 Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy KB DORACO Sp. z o.o. nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz nie odrzucenie oferty, która powinna być odrzucona. Zamawiający oddalił protest w zakresie dotyczącym naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie zmiany treści oferty w ramach uzupełnienia wykazu osób o nową osobę oraz podania nierzetelnych informacji na temat przeciętnego zatrudnienia powyżej 45 pracowników.

Zamawiający stwierdził, że osoba p. R. S. zastąpiła p. J. M. wskazanego początkowo na kierownika robót podwodnych, wobec tego kwalifikacje p. J. M. nie podlegają rozpatrywaniu na tym etapie. Zamawiający uznał, że dokumenty dołączone przez KB DORACO Sp. z o.o. potwierdziły w sposób wystarczający, że p. R. S. posiada uprawnienia do prowadzenia prac podwodnych na stanowisku kierownika oraz posiada wymagane 5 - letnie doświadczenie w kierowaniu zespołem ludzi oraz doświadczenie w prowadzeniu prac podwodnych. Zamawiający uznał, że p. R. S. nie posiada wymaganego doświadczenia – co najmniej 2 robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu niniejszego zamówienia. Zamawiający nie uwzględnił wykazanych prac przy rurociągu układu tranzytowego w Oczyszczalni Ścieków Wschód w Gdańsku dając wiarę protestującemu jako Generalnemu Wykonawcy tej inwestycji. Zamawiający potwierdził tę informację u inwestora tj. Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo – Kanalizacyjnej Sp. z o.o., która w piśmie z dnia 24 września 2008 r. stwierdziła także, że „p. R. S. nie widnieje na załączonej do oferty liście kluczowego personelu ani w pozostałych dokumentach dotyczących wykonania ww. kontraktu..”. Zamawiający stwierdził ponadto, że referencja załączona przez KB DORACO Sp. z o.o. do przystąpienia, wystawiona dla p. R. S. przez Saur Neptun Gdańsk S.A. (pismo z dnia 6 września 2008 r.) stwierdza, że wykonywane były wyłącznie usługi podwodne - przeglądy, inwentaryzacja, pomiary - które nie były związane z wykonywanymi robotami budowlanymi realizowanymi w ramach tej inwestycji. Zamawiający stwierdził, że z informacji zawartej w załączniku nr 4 nie wynika jednoznacznie, że p. R. S. w okresie od 1 lipca 1999 r. do 20 sierpnia 1999 r. pełnił funkcję kierownika robót podwodnych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą – w szczególności dotyczy pracy przy układzie 2 sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I-go stopnia UW Straszyn. Z załączonej referencji SAUR NEPTUN GDAŃSK Sp. z o.o. z dnia 22 września 2008 r. nie wynika potwierdzenie wymogów siwz, że p. R. S. we wrześniu 2007 r. zdobył doświadczenie przy wykonywaniu robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą. Usługa wykonana przez p. R. S. - to roboty podwodne związane z przeglądem i czyszczeniem wewnętrznej części dwóch rurociągów o średnicy 1400 mm wraz z czerpnią i kratami na terenie Pompowni I-go stopnia Ujęcia Wody w Straszynie.

Zamawiający uznał, że oferta KB DORACO Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż osoba zaproponowana na kierownika prac podwodnych (przed i po uzupełnieniu wykazu) nie spełnia wymogów postawionych przez zamawiającego w siwz w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 tj, nie posiada doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu co najmniej dwóch (2) robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element

przedmiotu niniejszego zamówienia. Wobec powyższego zamawiający zapowiedział uchylenie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez KB DORACO Sp. z o.o. oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając, że powyższe okoliczności obligują do wykluczenia wykonawcy KB DORACO Sp. z o.o. wobec nie potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego kwalifikacji osoby kierownika robót podwodnych oraz złożenia nieprawdziwych informacji tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Wykonawca KB DORACO Sp. z o.o. nie zgodził się z uwzględnieniem protestu przez zamawiającego w części dotyczącej wykluczenia z postępowania KB DORACO Sp. z o.o. jako nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazania osoby posiadającej wymagane kwalifikacje na stanowisku Kierownika prac podwodnych i wniósł odwołanie od tego rozstrzygnięcia do Prezesa UZP. W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie:

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

Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji zamawiającego uwzględniającej zarzuty protestu w części dotyczącej wykluczenia KB DORACO Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia złożonej przez KB DORACO Sp. z o.o. oferty, nakazanie zamawiającemu utrzymania w mocy decyzji o wyborze oferty KB DORACO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, przyznanie odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, wezwanie na rozprawę i przesłuchanie w charakterze świadka p. Rolanda S. na okoliczność charakteru robót wykonywanych przez niego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą Zakład Usług Podwodnych i Hydrotechnicznych NEPTUN: przy rurociągu układu tranzytowego ścieków oczyszczonych z Oczyszczalni Wschód w Gdańsku oraz układzie dwóch sztuk rurociągów czerpnych dn=1400 mm o długości 125 mb każdy na terenie Pompowni I stopnia UW Straszyn. W uzasadnieniu odwołania wykonawca stwierdził, że pan R. S. wykonuje działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Podwodnych

i Hydrotechnicznych NEPTUN i posiada wszystkie wymagane certyfikaty i zezwolenia, a sam posiada dyplom kierownika robot podwodnych II klasy, a więc uprawnienia do wykonywania wszelkich prac nurkowych w ramach zadania inwestycyjnego stanowiącego przedmiot zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, iż zapisy specyfikacji są nieprecyzyjne w zakresie opisu wymagań dotyczących doświadczenia osób. Stwierdził, że niejednoznaczność zapisów siwz nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. Odwołujący stwierdził także, że p. R. S. posiada zarówno uprawnienia jak i wiedzę praktyczną w zakresie rurociągów podwodnych dla prawidłowego opracowania i stosowania procedur prac podwodnych przy tego typu obiektach. Zdaniem odwołującego p. R. S. spełnia wszystkie powyższe wymagania.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum Hydrobudowa po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania i popierając argumentację zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu. Konsorcjum Hydrobudowa podtrzymało zarzuty zawarte w proteście wobec oferty KB DORACO Sp. z o.o. w zakresie niespełnienia warunku określonego w siwz dotyczącego kwalifikacji osoby wskazanej na stanowisko kierownika prac podwodnych. Przystępujący stwierdził, że zarzuty wobec treści siwz są spóźnione, a ponadto zapisy powyższe są jasne i precyzyjne. Zdaniem przystępującego zamawiający nie naruszył w przedmiotowym postępowaniu zasady wolnej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II. W dniu 3 października 2008 r. zamawiający w wyniku uwzględnienia żądań protestu z dnia 18 września 2008 r. powtórzył czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Dokonał wykluczenia wykonawcy KB DORACO Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa. Wykonawca KB DORACO Sp. z o.o. wniósł protest na tę czynność. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp z uwagi na dokonanie czynności przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 18 września 2008 r. a zatem przedwcześnie, co skutkuje jej nieważnością z mocy prawa,
- art. 9 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zatwierdzenie decyzji z dnia 3 października 2008 r. o wynikach ponownej oceny przez osobę (p. Wojciech O.) nie uprawnioną do działania w imieniu kierownika zamawiającego, ponieważ nie pełni ona funkcji kierownika zamawiającego, a ponadto nie posiada stosownego upoważnienia pisemnego do działania w tym zakresie,

- art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Hydrobudowa, której treść nie odpowiada treści siwz, a wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz,
- art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez brak zawarcia w oprotestowanej decyzji uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia KB DORACO Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty,
- art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp w związku z art. 184 ust. 1 i 2 oraz art. 182 ust. 2 pkt 3 lit.a poprzez przedwczesne dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 18 września 2008r.
- art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa oraz nie odrzucenie złożonej przez wykonawcę oferty pomimo nie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz, zgodnie z którym zamawiający wymagał posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót podwodnych uprawnień i doświadczenia, natomiast p. Włodzimierz S. nie spełnia co najmniej dwóch z trzech warunków tj. wymagania dotyczącego posiadania dyplomu kierownika prac podwodnych II klasy bądź uprawnień równoważnych oraz nie posiada doświadczenia zdobytego przy wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą.
- art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie KB DORACO Sp. z o.o. i odrzucenie złożonej przez wykonawcę oferty pomimo, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz.

Protestujący wniósł w proteście o uznanie decyzji z dnia 3 października za nieważną z mocy prawa jako podjętą przedwześnie i podpisaną przez osobę nieuprawnioną, uchylenie wyboru oferty Konsorcjum Hydrobudowa jako najkorzystniejszej oraz o powstrzymanie się przez zamawiającego od innych kroków w ramach przedmiotowego postępowania do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r. Brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji z dnia 3 października 2008 r. utrudnia protestującemu odniesienie się do zarzutów, a zatem korzystanie ze środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, że pismo zamawiającego z dnia 3 października 2008 r. podpisał p. Wojciech Ogint, który nie jest wymieniony w protokole postępowania jako pracownik zamawiającego, któremu powierzono czynności w postępowaniu. Do protokołu nie dołączono załącznika w postaci upoważnienia dla p. Wojciecha O. Podpisanie decyzji przez

osobę nieupoważnioną skutkuje bezwzględną nieważnością czynności i powoduje konieczność unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 3 października 2008 r.

Zdaniem protestującego Konsorcjum Hydrobudowa nie spełnia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, a zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zastosowanie odmiennego sposobu oceny spełniania warunku określonego w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz wobec każdego z wykonawców.

W ocenie protestującego p. Włodzimierz S. nie posiada uprawnień do prowadzenia prac zgodnych z wymaganiami zamawiającego. Pan W. S. nie posiada dyplomu kierownika prac podwodnych II klasy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 października 2003 r. o wykonywaniu prac podwodnych (Dz. U. Nr 199 poz. 1936 z późn. Zm.), która weszła w życie 25 maja 2004 r. Zdaniem protestującego wątpliwości w tym zakresie powziął także zamawiający, ponieważ w dniu 27 sierpnia 2008 r. zwrócił się o wyjaśnienie do Konsorcjum w zakresie uprawnień p. S. Zdaniem protestującego Konsorcjum Hydrobudowa nie udzieliła odpowiedzi na powyższe pytanie, stwierdzając tylko, że pan S. posiada uprawnienia wyższe od wymaganych, ponieważ jest uprawniony do pracy na głębokości 60 m tj. o 10 m głębiej niż jest to wymagane. Protestujący stwierdził, że uprawnienia p. W. S. kierownika prac podwodnych zostały mu nadane w czasie, gdy nie posiadał dyplomu starszego nurka, ani też stażu pracy w tym zawodzie. W ofercie wskazano tylko, że posiada wymagane doświadczenie, natomiast nie dołączono żadnych dokumentów potwierdzających ten fakt. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy o wykonywaniu prac podwodnych nie można uznać za równoważne z dyplomem kierownika prac podwodnych II klasy uprawnień kierownika robót nurkowych, wydanych w oparciu o § 5 ust. 2 zarządzenia Ministra Żegluzgiz dnia 28 sierpnia 1965 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych nurków oraz działalności Komisji Kwalifikacyjnej dla Nurków (M.P. Nr 49 poz. 265), a więc tylko w oparciu o egzamin teoretyczny z zakresu umiejętności starszego nurka. Pan S. będzie zobowiązany do wymiany posiadanych uprawnień na nowe i wobec tego, że nie spełnia aktualnych wymagań (dyplom nurka II klasy i roczne doświadczenie zawodowe na stanowisku nurka II klasy) nie uzyska dyplomu kierownika prac podwodnych II klasy. W dokumentach oferty nie wykazano, że p. S. posiada uprawnienia i praktykę zawodową nurka II klasy. Posiadane przez p. S. uprawnienia, niezależnie od ich zakresu, tracą ważność w dniu 25 maja 2009 r. Roboty objęte przedmiotem zamówienia zakończą się w dniu 19 czerwca 2009 r., zatem przez ok. 3 tygodnie wykonawca nie będzie dysponował kierownikiem prac podwodnych. Protestujący podniósł, że p. S. nie posiada wymaganego doświadczenia, ponieważ Konsorcjum w złożonej ofercie nie wykazało stosownego doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu zamówienia. W żadnym

z czterech zadań wymienionych w wykazie p. S. nie występował jako kierownik robót podwodnych bądź nurkowych, a występował jako kierownik robót bliżej niesprecyzowanych. Biorąc pod uwagę uprawnienia p. S. mógł on wykonywać funkcję kierownika robót wyłącznie z zakresu inżynierii wodnej.

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

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Zamawiający podniósł, iż decyzja z dnia 3 października 2008 r. została dokonana z uwagi na uwzględnienie wszystkich żądań protestującego tj. zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp. Zamawiający zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp powstrzymał się z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Decyzja powyższa została zatwierdzona przez Zastępcę Dyrektora zamawiającego, który z mocy prawa zastępuje Dyrektora we wszystkich czynnościach podczas jego nieobecności. Stosowne pełnomocnictwo zostało udzielone przez Dyrektora Zakładu Komunalnego w Sopocie na mocy uchwały Rady Miasta Sopotu Nr 60/95 z dnia 11 stycznia 1995 r. Zamawiający uznał za bezzasadny zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Hydrobudowa z powodu nie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz. Decyzja zamawiającego z dnia 3 października 2008 r. posiada zdaniem zamawiającego wymagane przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp elementy w postaci uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zamawiający uznał za niezasadny zarzut nie spełniania przez p. S. warunku dotyczącego posiadanych uprawnień i doświadczenia w realizacji robót budowlanych w postaci ułożenia rurociągów zgodnie z wymaganiami siwz. Zamawiający uznał, że osoba ta posiada uprawnienia odpowiadające uprawnieniom kierownika prac podwodnych II klasy. Potwierdził ten fakt Urząd Morski Komisji Kwalifikacyjnej dla Nurków i Departament Bezpieczeństwa Morskiego Ministerstwa Infrastruktury w odpowiedzi na pisma zamawiającego w tej sprawie. W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego wykluczenia KB DORACO Sp. z o.o. i odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu z dnia 18 września 2008 r.

Protestujący wykonawca KB DORACO Sp. z o.o. nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP. Wykonawca podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście, a ponadto podniósł zarzuty w zakresie naruszenia:

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

Odwołujący rozszerzył również zarzuty podniesione w proteście w zakresie nie spełniania przez Konsorcjum Hydrobudowa warunku udziału w postępowaniu o zarzut dotyczący nie posiadania przez p. W. S. min. 5 letniego doświadczenia w zakresie prac podwodnych.

Wykonawca wniósł w odwołaniu o:

- łączne rozpoznanie odwołania od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r. i 10 października 2008 r.
- uznanie decyzji z dnia 3 października 2008 r. za nieważną z mocy prawa – dokonaną przedwcześnie i zatwierdzoną przez osobę nieuprawnioną,
- uchylene wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa jako najkorzystniejszej,
- nakazanie ponownego badania i oceny ofert,
- przyznanie odwołującemu kosztów poniesionych w postępowaniu odwoławczym,
- wezwanie na rozprawę jako świadka osoby p. Rolanda S. na okoliczność charakteru robót wykonywanych przez niego w ramach działalności gospodarczej Zakład Usług Podwodnych i Hydrotechnicznych NEPTUN przy rurociągu układu tranzytowego ścieków oczyszczonych z oczyszczalni Wschód w Gdańsku oraz układzie dwóch sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I – go stopnia UM Straszyn.

Odwołujący podniósł, że w przypadku zgłoszenia żądań przez przystępującego zamawiający nie może dokonać powtórzenia czynności, ponieważ nie następuje tu uwzględnienie wszystkich żądań zgłoszonych w postępowaniu protestacyjnym, biorąc pod uwagę, że żądania protestującego i przystępującego są sprzeczne. Zdaniem odwołującego termin „niezwłocznie” oznacza w tym samym dniu, a najpóźniej w dniu następnym tymczasem w przedmiotowym postępowaniu decyzja została podjęta po kilku dniach od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r. W ten sposób zamawiający, zdaniem Odwołującego, naruszył zasadę koncentracji postępowania, a odwołujący był zmuszony wnieść drugie odwołanie w tej samej sprawie dotyczące faktycznie tego samego zakresu merytorycznego.

W odwołaniu wykonawca podniósł, że p. W. S. nie spełnia żadnego z wymogów określonych w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz w tym także wymogu posiadania 5 letniego

doświadczenia w zakresie kierowania zespołem ludzi i prowadzeniu prac podwodnych, wskazując, że zadania wykazane przez wykonawcę nie wskazują, aby prace te obejmowały prace podwodne nurkowe (wykonanie sztucznego zasilania Półwyspu Helskiego, budowa Morskiego Terminalu Kontenerowego Gdańsk S.A., rozbudowa Oczyszczalni ścieków Gdańsk - Wschód etap II, przekroczenie rzeki Wisły dwoma rurociągami DN1400 w okolicach Włocławka). W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Hydrobudowa podtrzymując dotychczasowe stanowisko w sprawie i wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację zawartą w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp uprawniający wykonawcę do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Oferta odwołującego się wykonawcy KB DORACO Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą według kryterium opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w odwołaniu poprzez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy, jako nie spełniającego warunku podmiotowego, interes prawny odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia niewątpliwie doznałby uszczerbku. Ponadto, odwołujący w momencie rozpoznawania odwołań nie został ostatecznie wykluczony z postępowania i oferta odwołującego nie została ostatecznie odrzucona. Uznanie, że odwołujący został wykluczony z postępowania mogłoby nastąpić dopiero w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu dotyczącego zarzutów skutkujących ewentualnym wykluczeniem. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 lit.a Pzp ostateczne rozstrzygnięcie protestu może nastąpić w przedmiotowym postępowaniu z dniem wydania wyroku KIO w sprawie wniesionego odwołania. Odwołujący na etapie łącznego rozpoznawania obu wniesionych odwołań legitymuje się interesem prawnym w sprawie odwołania wniesionego od rozstrzygnięcia protestu z dnia 10 października 2008 r.

I. W sprawie odwołania wniesionego przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. sygn. akt KIO/UZP 1138/08:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdz. 10 siwz) opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. W pkt 1.2 wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do prawidłowego i kompletnego wykonania zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełniać m.in. warunek polegający na wskazaniu osoby kierownika robót podwodnych (pkt 1.2.4.5 siwz) posiadającego:

- uprawnienia do prowadzenia prac podwodnych – dyplom kierownika prac podwodnych II klasy,
- co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem ludzi i prowadzeniu prac podwodnych,
- doświadczenie zdobyte przy wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu niniejszego zamówienia

wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych czynności.

Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpoznawała zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 22 ust. 1 Pzp poprzez nieprecyzyjne i budzące wątpliwości, interpretacyjne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wymaganego wobec kierownika robót podwodnych oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które zostały zgłoszone przez wykonawcę po upływie terminu na wniesienie protestu wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzuty powyższe zostały zgłoszone z naruszeniem terminów określonych w ustawie i jako spóźnione nie podlegają rozpoznaniu stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

Izba uznała, że z treści zapisu zawartego w tiret trzecie pkt. 1.2.4.5 siwz został określony czytelny wymóg dotyczący doświadczenia osoby wskazanej jako kierownik robót podwodnych w zakresie udziału tj. wykonywania prac w ramach dwóch robót budowlanych, obejmujących ułożenie (budowę) rurociągów min. DN1000 pod wodą. Z analizy powyższego zapisu wynika również, że zamawiający nie określił przy tym wymagania odnośnie funkcji lub stanowiska osoby, która wykonywała prace w realizacji tych robót budowlanych. W szczególności z zapisu powyższego nie wynika wymaganie, aby prace takie miały być wykonywane na stanowisku kierownika prac podwodnych.

W odpowiedzi na wymagania określone w siwz wykonawca KB DORACO Sp. z o.o. zaproponował w swojej ofercie na stanowisko kierownika robót podwodnych osobę

p. Jarosława M., który po wezwaniu przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (pismo z dnia sierpnia 2008 r.) do uzupełnienia dokumentów został zastąpiony przez wykonawcę osobą p. Rolanda S. Wykonawca, w wyniku wezwania, przedłożył uzupełniony wykaz osób i dokumenty potwierdzające posiadane uprawnienia.

W celu potwierdzenia, że p. Roland S. posiada doświadczenie zdobyte przy wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu zamówienia, wykonawca złożył oświadczenie (zawarte w wykazie osób w kolumnie „doświadczenie zawodowe/ nazwa inwestycji/zakres robót...”), że p. Roland S. wykonywał pracę przy rurociągu układu tranzytowego ścieków oczyszczonych z Oczyszczalni Wschód w Gdańsku – praca przy dwóch rurociągach 218 mb każdy, w tym 118 mb rur o średnicy dn=1016 mm wraz z komorą rozdziału i dyfuzorami polegające na szczegółowej inwentaryzacji, pomiarach osiowości, odchyłach poziomych i pionowych rurociągu wraz z podporami oraz pracę przy układzie 2 sztuk rurociągów czerpnych dn=1400 mm dł.125 mb każdy na terenie Pompowni I-go stopnia UW Straszyn biegnącego pod dnem zbiornika wodnego UW Straszyn – rurociąg A i B.

Protestujące Konsorcjum Hydrobudowa zakwestionowało prawdziwość powyższych oświadczeń złożonych przez KB DORACO Sp. z o.o. Konsorcjum stwierdziło, że jako Generalny Wykonawca wskazanej inwestycji dotyczącej Oczyszczalni Wschód w Gdańsku nie potwierdza udziału p. Rolanda S. przy wykonywaniu przez niego robót budowlanych na stanowisku kierownika robót nurkowych, ani udziału w innych pracach podwodnych na podanym zadaniu. W celu sprawdzenia tych informacji zamawiający zwrócił się z zapytaniem do inwestora tj. Gdańskiej Infrastruktury Wodno-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z prośbą o potwierdzenie okoliczności wynikających ze złożonego przez KB DORACO Sp. z o.o. oświadczenia. W odpowiedzi zamawiający uzyskał informację (pismo z dnia 24 września 2008 r. iż „ Pan Roland S. nie widnieje na załączonej do oferty liście kluczowego personelu ani w pozostałych dokumentach dotyczących wykonania ww. kontraktu...” Ponadto Konsorcjum Hydrobudowa w przystąpieniu do postępowania odwoławczego złożyło pismo wystawione przez Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych AQUAMOR Sp. z o.o. – podwykonawcę w zadaniu „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków Gdańsk Wschód – Etap II” (pismo z dnia 16 września 2008 r.), w którym ww. firma oświadczyła, że Pan R. S. nie był i nie jest zatrudniony w PRP AQUAMOR Sp. z o.o. i w okresie realizacji podanych prac nie realizował żadnych robót związanych z wykonaniem ww. zadania, nie pełnił też funkcji kierownika robót nurkowych w ramach opisanego zadania „Pan Roland S. dokonywał jedynie kontrolnych inspekcji oraz sprawdzenia rurociągów na zlecenie Saur Neptun Gdańsk, jednak już po zakończeniu realizacji przedmiotowego zadania.” KB DORACO Sp. z o.o. przedłożyła w dniu 22 września 2008 r. referencję wystawioną przez Saur Neptun Gdańsk S.A. (pismo z

dnia 6 września 2008 r.), której treść nie potwierdza, że p. Roland S. w okresie 1 stycznia 2003 r. – 3 kwietnia 2004 pełnił funkcję kierownika robót nurkowych przy wykonywaniu robót budowlanych polegających na ułożeniu 2 rurociągów min. DN1000 pod wodą. Z treści tej referencji wynika, że prace wykonywane przez Zakład Usług Podwodnych i Hydrotechnicznych NEPTUN w Gdyni w latach 2004 i 2005 obejmowały przeglądy, filmowanie, inwentaryzację i pomiary. Powyższe usługi podwodne nie stanowią robót budowlanych obejmujących ułożenie rurociągów pod wodą, zgodnie z wymogiem określonym w siwz, a zatem nie potwierdzają posiadania wymaganego doświadczenia. Izba nie uznała przy tym za istotne w tej sprawie okoliczności stwierdzone pismem Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z dnia 3 listopada 2008 r. dotyczące dat wystawienia świadectwa odbioru robót, wypełnienia gwarancji wykonania robót i przekazania do eksploatacji robót budowlanych przy układzie tranzytowym ścieków oczyszczonych z Oczyszczalni Gdańsk Wschód w Gdańsku.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że z informacji zawartej w załączniku nr 4 nie wynika jednoznacznie, że p. R. S. w okresie od 1 lipca 1999 r. do 20 sierpnia 1999 r. pełnił funkcję kierownika robót w zadaniu polegającym na ułożeniu rurociągów min. DN1000 mm pod wodą – dotyczy pracy przy układzie 2 sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I – go stopnia UW Straszyn. Z załączonej referencji Saur Neptun Gdańsk S.A. z dnia 22 września 2008 r. nie wynika potwierdzenie spełniania wymogu siwz. Treść ww. pisma wskazuje, że usługa wykonana przez p. R. S. to roboty podwodne związane z przeglądem i czyszczeniem wewnętrznej części dwóch rurociągów o średnicy 1400 mm wraz z czerpnią i kratami na terenie Pompowni I - go stopnia Ujęcia Wody w Straszynie. Wskazane czynności nie mogą być zakwalifikowane jako roboty budowlane. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz zważywszy, że odwołujący nie przedstawił dowodów, na poparcie twierdzenia, że p. R. S. realizował prace w ramach wykonania inwestycji (robót budowlanych) wskazanych w wykazie zadań inwestycyjnych, w ocenie Izby, nie zostało potwierdzone spełnienie wymagania odnośnie doświadczenia kierownika robót podwodnych zgodnie z opisem zawartym w pkt 1.2.4.5 siwz.

W świetle powyższego należało uznać, że wykonawca KB DORACO Sp. z o.o. nie spełnił opisanego w siwz warunku udziału w postępowaniu, a wobec tego podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i rozdz. 10 pkt 1.2.4.5. siwz. Oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego podlega uznaniu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu, iż zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp poprzez interpretację warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności, w wyniku rozpoznania zarzutów

dotyczących wykluczenia KB DORACO Sp. z o.o. jako nie spełniającej warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu dwóch robót budowlanych wymaganego wobec osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót podwodnych Izba uznała, że ocena spełniania warunku została dokonana przez zamawiającego zgodnie ze sposobem oceny opisanym w siwz i odpowiednio do treści warunku. Nie potwierdziło się twierdzenie odwołującego, że zamawiający inaczej interpretował i oceniał spełnienie powyższego warunku w odniesieniu do obu wykonawców.

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

**II. W sprawie odwołania wniesionego przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. sygn. akt KIO/UZP 1239 -08:**

Izba uznała za niezasadne zarzuty podniesione przez odwołującego w proteście i odwołaniu dotyczące nieważności czynności powtórzenia badania i oceny ofert oraz powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego w wyniku wykluczenia wykonawcy z postępowania, dokonanych przez zamawiającego w dniu 3 października 2008 r. Odwołujący zarzucił w tym zakresie zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 184 ust. 1 i 2 oraz art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a Pzp poprzez przedwczesne dokonanie ponownej oceny ofert tj. przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 18 września 2008 r., stwierdzając, że czynność powyższa jest bezwzględnie nieważna z mocy prawa jako sprzeczna z ww. przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 58 § 1 K.c. czynność jest nieważna, gdy jest sprzeczna z ustawą lub zmierza do jej obejścia. Czynność jest nieważna wówczas, gdy treść tej czynności lub jej cel jest niezgodny z ustawą, sprzeciwia się bezwzględnie obowiązującej normie prawnej lub wówczas, gdy zmierza do osiągnięcia skutku zakazanego przez prawo. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże skutku nieważności dla czynności dokonanej niezgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 Pzp. Ustawa wskazuje jako jedyną czynność bezwzględnie zabronioną przepisem ustawy – podpisanie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W świetle powyższego czynność ponownej oceny ofert nie stanowi czynności, której treść sprzeciwia przepisowi ustawy lub zmierza do obejścia przepisu ustawy. Uchybienie formalne w zakresie terminu dokonania czynności nie stanowi o sprzeczności treści czynności z ustawą i nie wywołuje skutku nieważności tej

czynności. Zauważyć należy, że zgodnie z ustawą Pzp wykonawcy przysługuje prawo wniesienia środków ochrony prawnej na każdą czynność zamawiającego dokonaną w toku postępowania. Podjęta przedwcześnie czynność przez zamawiającego jest formalnie niepoprawna i utrudnia prowadzenie postępowania zwłaszcza zamawiającemu, jednak w momencie jej dokonania podlega kontroli (uzasadnionej interesem prawnym wykonawcy) w zakresie prawidłowości, tak jak wszystkie inne decyzje zamawiającego w postępowaniu. Czynność dokonana przedwcześnie naraża zamawiającego na ryzyko korygowania tej decyzji (czynności) w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Czynność taka nie naraża jednak wykonawcy na konieczność wniesienia drugiego protestu i odwołania w tym samym zakresie merytorycznym. Decyzja (czynność) wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, dokonana w dniu 3 października 2008 r. w wyniku ponownej oceny ofert, nie może „uprawomocnić się” do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie odwołania wniesionego w wyniku wniesienia protestu z dnia 18 września 2008 r. Odwołanie zawierające zarzuty (te same okoliczności) będące przedmiotem innego odwołania w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 5 Pzp. W świetle powyższego, wykonawca nie ma obowiązku wnoszenia dodatkowego protestu obejmującego te same okoliczności tylko dlatego, że zamawiający przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu dokonał czynności wynikającej z uwzględnienia zarzutów protestu wniesionego wcześniej. Może natomiast, korzystając z uprawnienia do wniesienia protestu na nową czynność, zaskarżyć nowy wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę podczas, gdy wcześniej dokonana ocena ofert nie uprawniała do oprotestowania drugiej oferty z uwagi na brak interesu prawnego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez brak wskazania w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego. Informacja przekazana odwołującemu w dniu 3 października 2008 r. zawiera wymagane uzasadnienie faktyczne poprzez wskazanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w części 1 rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz oraz stosownych przepisów Pzp. Izba zważyła, że szczegółowe uzasadnienie wykluczenia wykonawcy zostało przedstawione wykonawcy w rozstrzygnięciu protestu z dnia 18 września 2008 r. Zaniechanie powtórzenia tej samej treści w zawiadomieniu nie stanowi w tym stanie faktycznym w ocenie Izby ograniczenia prawa wykonawcy do informacji uzasadniających decyzję zamawiającego.

Izba uznała również za niezasadny zarzut dotyczący nieważności czynności z dnia 3 października 2008 r. z powodu zatwierdzenia decyzji zamawiającego przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu kierownika zamawiającego. W świetle wyjaśnień zamawiającego, które nie zostały skutecznie podważone przez odwołującego Pan Wojciech

O. jako Zastępca Dyrektora jest osobą uprawnioną do zastępowania Dyrektora Zakładu podczas jego nieobecności we wszystkich sprawach związanych z funkcjonowaniem Zakładu Komunalnego, posiadającą pełnomocnictwo udzielone przez Dyrektora w dniu 3 marca 2000 r. na podstawie uchwały Rady Miasta Sopotu Nr 60/95 z dnia 11 stycznia 1995r.

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

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa z postępowania z uwagi na nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego nie wykazania doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót podwodnych nabytego przy wykonaniu dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów.

Odwołujący nie wykazał, że p. W. S. nie spełnia warunku posiadania doświadczenia w wykonaniu dwóch robót budowlanych obejmujących ułożenie rurociągów, stwierdzając, że Konsorcjum Hydrobudowa nie wykazało spełnienia tego warunku w treści wykazu załączonego do oferty. W odwołaniu wykonawca podniósł, że opis prac dotyczących wykonania zadania „przekroczenie rzeki Wisły dwoma rurociągami DN1400 w okolicach Włocławka” zawarty w wykazie osób jest inny niż w referencjach wystawionych przez HABAU Polska Sp. z o.o., w których stwierdzono, że PRCiP jedynie „asystował przy zatapianiu rurociągów”. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż powyższe świadczy o tym, że wymagane doświadczenie p. S. nie zostało potwierdzone. Opis zakresu prac przy wykonaniu inwestycji zawarty w wykazie oraz w referencjach nie jest sprzeczny. Treść referencji potwierdza, że członek Konsorcjum Hydrobudowa brał udział w wykonaniu wskazanej roboty budowlanej, gdyż niewątpliwie zatapianie rurociągów stanowi etap układania rurociągu, a zatem roboty budowlanej. Ponadto Izba stwierdziła, że Konsorcjum Hydrobudowa wskazało w wykazie roboty budowlane związane z ułożeniem rurociągów pod wodą, w których p. W. S. brał udział jako kierownik robót. Powyższe oświadczenie zostało potwierdzone przez wykonawcę w przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie. Przystępujący oświadczył, że p. W. S. uczestniczył we wskazanych w wykazie inwestycjach jako kierownik robót zgodnie z posiadanymi uprawnieniami budowlanymi, nadzorując prace kierownika robót podwodnych. Zważywszy, że zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu „...robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów [...] pod wodą ...”, a zarazem nie określił rodzaju stanowiska lub funkcji pełnionej w ramach realizowanych robót brak jest podstaw do

twierdzenia, że zamawiający wymagał udziału w robocie budowlanej w charakterze kierownika prac podwodnych. W tym stanie faktycznym należało uznać, że udział p. W. S. w wykonaniu robót budowlanych na stanowisku kierownika robót budowlanych spełnia wyżej wskazane wymaganie.

W konsekwencji należało uznać, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa z postępowania.

W świetle powyższego nie został uznany za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 5 Pzp Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobą na stanowisku kierownika robót podwodnych, która posiada doświadczenie w wykonaniu dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą..., które odwołujący powtórzył w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu z dnia 10 października 2008 r. w treści tożsamej do treści zawartej w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r. Izba zważyła, że odwołujący powołał się na te same okoliczności (zarzuty), które są przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez KB DORACO Sp. z o.o. w tym samym postępowaniu – sygn. akt KIO/UZP 1138/08.

Stosownie do przepisu art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie rozpoznawała zarzutów nie zawartych w proteście. Izba uznała, że zarzut nie spełniania przez Konsorcjum Hydrobudowa warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez osobę zaproponowaną na stanowisko kierownika robót podwodnych min. 5 - letniego doświadczenia w zakresie prac podwodnych nie został zawarty w proteście. Odwołujący stwierdził w proteście, że Konsorcjum Hydrobudowa nie spełnia co najmniej dwóch z trzech warunków zawartych w pkt 1.2.4.5 siwz, wskazując jednocześnie wyłącznie zarzuty dotyczące niespełnienia dwóch warunków. W odwołaniu natomiast podniósł zarzuty w zakresie trzeciego warunku. Oceniając powyższe okoliczności, Izba uznała, że nie stanowi wskazania zarzutu użycie ogólnego, hipotetycznego sformułowania dopuszczającego samą możliwość jego wystąpienia, bez przytoczenia konkretnych okoliczności faktycznych.

Nie został podniesiony w proteście także zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 183 ust. 5 pkt 1 Pzp dotyczący niezachowania terminu „niezwłocznie”. Izba nie rozpoznawała tego zarzutu ograniczając się do stwierdzenia o charakterze ogólnym, że termin

„niezwłocznie” oznacza bez zbędnej zwłoki, a w związku z tym powinien być zawsze interpretowany w kontekście konkretnego stanu faktycznego.

Nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę, jako nie zawarty w proteście, zarzut dotyczący interpretacji warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz wobec nie potwierdzenia się zasadności zarzutów podniesionych w obu odwołaniach Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

- *niepotrzebne skreślić*