

**Sygn. akt: KIO 1104/18**

**WYROK  
z dnia 20 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński  
Magdalena Grabarczyk  
Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Soletanche Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Soletanche Bachy International S.A.S. z siedzibą w Rueil-Malmaison, w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, przy udziale:

- A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Soletanche Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Soletanche Bachy International S.A.S z siedzibą w Rueil-Malmaison i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**.....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowa Nabrzeża Zbożowego i Nabrzeża Wisłoujście w Porcie Gdańsk”, nr sprawy NPR/1P/2017/104, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 grudnia 2017 r. pod nr 2017/S 239-496796.

W dniu 4 czerwca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Soletanche Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Soletanche Bachy International S.A.S. z siedzibą w Rueil-Malmaison (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie w zakresie Części I zamówienia (Rozbudowa Wybrzeża Zbożowego), w którym zaskarżyli:

1. nieprawidłowe badanie i ocenę oferty złożonej przez Korporację Budowlaną Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej Przystępujący Doraco lub Doraco),
2. niezasadne zaniechanie wykluczenia Doraco z Postępowania,
3. niezasadne zaniechaniu wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty Doraco.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- I. W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - wiedza i doświadczenie (Rozdział V pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 SIWZ):
  1. nieuzasadnione przyjęcie, że Przystępujący Doraco na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2018 r. w trybie art 26 ust. 3 i 4 Pzp przedstawił dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu potwierdzające, że wykonawca ten posiada wymagane

doświadczenie w realizacji jednej roboty budowlanej obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę morskich budowli hydrotechnicznych o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto, a stanowiącej budowę lub przebudowę nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 8 m;

2. bezpodstawne uznanie, że Przystępujący Doraco spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wymaganej przez Zamawiającego, w sytuacji gdy na poparcie rzeczzonej okoliczności wykonawca ten przedstawił Wykaz Wykonanych Robót (poz. 1 Wykazu) oraz Poświadczenie wydane przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. wskazujące, że rzeczona robota budowlana (polegająca na przebudowie Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia) realizowana była przez Konsorcjum Wykonawców w składzie: Doraco i Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW-Service Sp. z o.o., a także głośłowne wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 25 kwietnia 2018 r., podczas gdy zakres robót referencyjnych faktycznie wykonywany był wyłącznie przez Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW-Service Sp. z o.o.
  3. zaniechanie wykluczenia Przystępującego Doraco z Postępowania, mimo że wykonawca ten, składając oświadczenie odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 SIWZ, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
  4. zaniechanie wykluczenia Przystępującego Doraco z postępowania wobec niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych;
- II. W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - dysponowanie osobami (Rozdział V pkt 1.2.4 ppkt 1.2.4.1 SIWZ):
5. nieuzasadnione przyjęcie, że wykonawca - Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22d ust. 2 Pzp należycie wyjaśnił wątpliwości dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu potwierdzając, że będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia osobą kierownika

budowy (w tym dodatkową osobą wskazaną do pełnienia tejże funkcji), pomimo zaangażowania zasobów zawodowych Przystępującego Doraco w inne przedsięwzięcia gospodarcze, co będzie miało negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia. Przy czym wyjaśnienia w zakresie pierwotnie wskazywanego kierownika budowy nie zostały rozwiane, zaś osoba wskazana na dodatkowego kierownika budowy również utrzymuje aktywności zawodowe pełniąc m.in. rolę Inspektora Nadzoru na zadaniach realizowanych dla innych zamawiających oraz występując jako Przedstawiciel Wykonawcy w ramach relacji z innymi wykonawcami,

6. zaniechanie wykluczenia Przystępującego Doraco z postępowania wobec niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych.

III. W zakresie zaniechania wezwania wykonawcy Doraco do wyjaśnienia ceny oferty pod kątem jej rażąco niskiej wysokości, w sytuacji gdy różnice w cenach ofertowych poszczególnych elementów wskazanych w Formularzu cenowym wskazują na pominięcie przez Doraco w wycenie ofertowej kosztów utylizacji odpadów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, a także art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 i 3 Pzp, przez:

1. nieuzasadnione przyjęcie gołosłownych wyjaśnień wykonawcy Doraco (pismo z dnia 25 kwietnia 2018 r.), że spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem rzekomo wartość robót wykonanych przez Doraco w zakresie przebudowy morskich budowli hydrotechnicznych dla zadania Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w zakresie robót rozbiórkowych i zmiennych, robót kafarowych i zakotwień, robót żelbetowych części nadwodnej i jej wyposażenia wynosiła 16 991 419,45 zł, podczas gdy Doraco w ramach tego zadania wykonywał wyłącznie czynności przypisane zwyczajowo do funkcji Lidera Konsorcjum, jak zakup materiału, kontraktacja usług, czy rozliczenia, nie zaś wykonania samej roboty, w szczególności w sytuacji gdy Konsorcjum zostało zbudowane w oparciu o podział zakresów robót;
2. zaniechanie wykluczenia Doraco z Postępowania, mimo że wykonawca ten, składając oświadczenie odnośnie spełnienia warunku zdolności technicznej, o których mowa w Rozdziale V pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 SIWZ, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził

Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;

3. nieuzasadnione przyjęcie, że wykonawca Doraco wykazał, że zatrudnienie osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy na innym zadaniu nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację przedmiotowego zamówienia, a także nieuzasadnione uwzględnienie wskazania przez Doraco do pełnienia tej funkcji dodatkowej osoby, która także jest aktualnie zaangażowana w inne aktywności zawodowe dla zamawiających publicznych
4. zaniechanie wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ceny oferty Doraco, pomimo, że analiza elementów ceny wyszczególnionych w Tabeli cenowej dla elementu Konstrukcje hydrotechniczne wskazuje, że Doraco mogło nie uwzględnić w cenie oferty kosztów utylizacji odpadów niebezpiecznych;

a w konsekwencji:

5. nieuzasadnione przyjęcie, że Przystępujący Doraco spełnia warunki udziału w postępowaniu;
6. zaniechanie wykluczenia Doraco z postępowania;
7. zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie decyzji z dnia 24 maja 2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. podjęcie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w niniejszym Odwołaniu - tj. z uwzględnieniem wykluczenia Przystępującego Doraco z postępowania, ewentualnie wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do należytej wyceny utylizacji odpadów niebezpiecznych,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W zakresie zarzutu naruszenia art 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Doraco z postępowania wobec niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej winien legitymować się doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących swoim zakresem budowę lub przebudowę morskich budowli hydrotechnicznych (w rozumieniu określonym w § 2 pkt 6 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. z 1998, nr 101, poz. 645 z późn zm.). Każda z robót budowlanych spełniających opisane wymagania musiała mieć wartość dla ww. zakresu robót budowlanych nie mniej niż 15 000 000 zł brutto. Przedmiotem przynajmniej jednej z ww. robót musiała być budowa lub przebudowa nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 8 m.

W myśl wskazanego w ramach opisu warunku zdolności technicznej § 2 ust. 6 Rozporządzenia przez morską budowlę hydrotechniczną, zwaną dalej "budowlą morską" - rozumie się przez budowlę nawodną lub podwodną, wznoszoną:

- 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.

Przystępujący Doraco w odniesieniu do warunku zdolności technicznej wykazał się doświadczeniem pozyskanym na dwóch zadaniach inwestycyjnych. Odwołujący zakwestionował jedno z nich, tj. uzyskane w ramach realizacji zadania na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A.. Zadanie to Przystępujący Doraco wykonywał w ramach konsorcjum, wspólnie z Zakładem Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW-Service Sp. z o.o. (dalej UW-Service) - firmą mającą zarówno wieloletnie doświadczenie, niezbędny sprzęt oraz zasoby kadrowe dla realizacji robót hydrotechnicznych.

Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. zastrzegł, że roboty w branży hydrotechnicznej o specjalności konstrukcyjno - budowlanej opisane w tomie 4 Projektu budowlanego i Tomie 04 Projektu Wykonawczego, nie mogą zostać powierzone podwykonawcom (postanowienie

Rozdziału 3 pkt 10 SIWZ dla zadania „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”. Tom 4 Projektu Budowlanego dla tego zadania obejmował Przebudowę Nabrzeża - Konstrukcje Hydrotechniczne, zaś Tom 04 Projektu wykonawczego dotyczył również Przebudowy Nabrzeża. Konstrukcje Hydrotechniczne i obejmował w ramach teczek - teczka 04-1 roboty rozbiórkowe, teczka 04-2 część podwodna i zakotwienia oraz teczka 04-3 część nadwodną. Jak wynika z powyższego Doraco nie realizowało na wskazanym zadaniu robót hydrotechnicznych i w tym zakresie nie nabyło niezbędnego wiedzy i doświadczenia. Powyższe, w powiązaniu z zastrzeżeniem Zamawiającego wskazującym na obowiązek wykonania własnymi siłami robót hydrotechnicznych, prowadzi do wniosku, że roboty w tym zakresie realizował Partner Konsorcjum (UW-Service), zaś Doraco dokonywało czynności przynależnych do Lidera Konsorcjum, tj. dokonywało płatności za materiały, nadzorowało organizację projektu, uczestniczyło przy rozliczaniu, odbiorze itp. Wykonawca ten z całą pewnością nie realizował robót hydrotechnicznych, co do których wiedza i doświadczenie są wymagane w ramach przedmiotowego zamówienia.

W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący Doraco powołał się na umowę konsorcjum, umowę realizacyjną, porozumienia, umowy, etc. zawarte z UW-Service, nie przedkładając jednak tych dokumentów. W związku z tym Zamawiający nie miał podstaw by uznać, że przedłożone przez Doraco wyjaśnienia są wystarczające, a warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia został spełniony.

Doświadczenie ma charakter niezbywalny i nie można go skutecznie przekazać na rzecz innego podmiotu, gdyż ma ono charakter niematerialny i związany ściśle z podmiotem, którego dotyczy. Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Odwołującego, Konsorcjum Doraco – UW-Service w ramach zadania „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego” zawarło umowę konsorcjum, w ramach której wyraźnie wydzielono zakresy prac, za których realizację byli odpowiedzialni poszczególni członkowie konsorcjum. Zatem ewentualne kwestie związane z rozliczeniami, uczestnictwem w czynnościach odbiorowych, czy też udzielenie zaliczek na poczet realizacji zamówienia (jak wskazał Przystępujący Doraco w piśmie z wyjaśnieniami), nie mogło być uznane za tożsame z realizacją wymaganego zakresu robót.

Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem całości zadania przez każdego z jego uczestników z osobna. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. Doświadczenie wykonawcy należy zatem postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę



części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów. Fakt solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum z tytułu wspólnej realizacji zadania nie przekłada się na automatyczne nabycie doświadczenia oczekiwanego przez zamawiającego.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Odwołującego, Przystępujący Doraco nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, ponieważ nie zrealizował wymaganych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia robot hydrotechnicznych i bezpodstawnie przyjął za swoje doświadczenie nabyte przez członka konsorcjum – UW-Service na zadaniu „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego Doraco z postępowania wobec niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V pkt 1.2.4 ppkt 1.2.4.1 SIWZ Odwołujący wskazał:

Zamawiający postanowieniem Rozdziału V pkt 1.2.4 pkt 1.2.4.1 SIWZ wskazał, że w zakresie warunku zdolności zawodowej uzna rzeczony warunek za spełniony, jeśli na etapie realizacji zamówienia wykonawca będzie dysponował następującymi osobami:

- a) Kierownikiem budowy, posiadającym odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży hydrotechnicznej - uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub ze specjalizacją morskie obiekty hydrotechniczne, bądź w zakresie budowli hydrotechnicznych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (...) i wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadającym doświadczenie w kierowaniu w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert przynajmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej (w rozumieniu pkt 1.2.3 SIWZ), o wartości nie mniejszej niż 15 000 000 zł;
- b) Kierownikiem robót hydrotechnicznych, posiadającym odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży hydrotechnicznej - uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub ze specjalizacją morskie obiekty hydrotechniczne, bądź w zakresie budowli hydrotechnicznych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (...) i wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadającym doświadczenie w kierowaniu w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert przynajmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej (w rozumieniu pkt 1.2.3 SIWZ), o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł.

Przynajmniej jedna z ww. osób musiała posiadać kwalifikacje do kierowania robotami budowlanymi opisanymi w art. 37 c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków. Ponadto Zamawiający dopuścił pełnienie przez jedną osobę funkcji kierownika budowy bądź robót w ramach obu części zamówienia, przy czym nie dopuścił pełnienia przez jedną osobę funkcji kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych. Wymogiem Zamawiającego była też codzienna obecność Kierownika Budowy na jej terenie (zgodnie z Załącznikiem 1-1 do SIWZ). Minimalne wymagania odnośnie składu i doświadczenia kadry kierowniczej Wykonawcy uczestniczącej w realizacji zamówienia określono w Załączniku 6.10 do SIWZ: Zamawiający oczekiwał kierownika budowy, kierownika robót hydrotechnicznych, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót teletechnicznych.

Zgodnie z treścią Wzoru Kontraktu (Warunki Szczególne Kontraktu) - Kl. 6.8 Zamawiający wymagał, aby do realizacji zamówienia skierowane zostały osoby wskazane w Ofercie wykonawcy. Zmiana rzeczonoego personelu wskazanego w ofercie nastąpić mogła z przyczyn uzasadnionych i przy akceptacji Inżyniera Kontraktu, Zgodnie z Warunkami Ogólnymi Kontraktu obowiązkiem wykonawcy było powołanie całej należącej kadry dla planowania, organizacji i kierowania, zarządzania, nadzorowania i badania Robót w trakcie ich wykonywania i tak długo po ich ukończeniu, jak będzie to konieczne dla wypełnienia zobowiązań wykonawcy.

Prawdopodobnie we wszystkich ofertach złożonych w ramach projektu pn.: „Modernizacja toru wodnego, rozbudowa nabrzeży oraz poprawa warunków żeglugi w porcie Wewnętrzny w Gdańsku” realizowanego przez Zamawiającego Przystępujący Doraco do pełnienia funkcji kierownika budowy wskazał Pana M. Oprócz niniejszego postępowania były to dodatkowo następującego inwestycje:

1. „Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk” nr NPR/IP/2017/101, postępowanie w toku;
2. „Rozbudowa Nabrzeża Dworzec Drzewny w Porcie Gdańsk” nr NPR/IP/2017/105, postępowanie zakończone wyborem oferty innego wykonawcy;
3. „Modernizacja wewnętrznego toru wodnego w Porcie Gdańsk” nr NPR/IP/2017/099, postępowanie zakończone wyborem oferty Doraco.

Ponadto Doraco aktualnie realizuje na rzecz Zamawiającego zadanie pn.: „Rozbudowa i przebudowa Nabrzeża Obrońców Poczty Polskiej oraz Nabrzeża Mew w Porcie Gdańsk” gdzie funkcję kierownika budowy również pełni Pan M.

Zamawiający, w dniu 23 kwietnia 2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22d ust. 2 Pzp wezwał Doraco do uzupełnienia wykazu osób w taki sposób, aby wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności zawodowej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący Doraco dokonał uzupełnienia Wykazu Osób o drugą osobę predystynowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy - Pana S.. Jednak również ta osoba jest aktualnie zaangażowana w realizację innych przedsięwzięć m.in. na rzecz Urzędu Morskiego w Gdyni, pełniąc funkcję Inspektora Nadzoru ds. Robót hydrotechnicznych na zadaniu pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na projekcie „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku”. Z treści Umowy zawartej przez Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z Urzędem Morskim w Gdyni wynika, że Inżynier Kontraktu zobowiązany jest zapewnić świadczenie usługi przez wszystkich członków swojego personelu w godzinach pracy wykonawcy robót na projekcie, a w okresie przed rozpoczęciem prowadzenia robót przez wykonawcę w godzinach pracy Zamawiającego (7.15-15.15).

Pan S. wystąpił również w ofercie złożonej przez Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna Società Cooperativa z siedzibą w Rawennie w ramach przetargu na „Modernizację układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”, jako osoba predestynowana do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy. Oferta rzeczonoego wykonawcy została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Realizacja zadania na rzecz Urzędu Morskiego w Gdyni oparta została o warunki Kontraktowe FIDIC, z których w ramach Subkl. 4.3 Warunków Ogólnych „Przedstawiciel Wykonawcy poświęci cały swój czas kierowaniu wypełnieniem Kontraktu przez Wykonawcę”, co przesądza o braku możliwości podjęcia przez tą osobę innych aktywności. Nie bez znaczenia jest fakt, że realizacja kontraktu na rzecz Urzędu Morskiego obejmuje wysoce specjalistyczne i skomplikowane roboty budowlane, zatem obecność całości personelu wykonawcy jest bezwzględnie wymagana w każdym dniu.

Zaangażowanie tak Pana M., jak i Pana S. w inne zadania inwestycyjne może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia. Niniejsze zadanie inwestycyjne w części 1 i części 2 - dla których to powołany został Pan M. oraz Pan S. do pełnienia funkcji kierownika budowy, obejmuje rozbudowę i przebudowę nabrzeża z wykonaniem robót przygotowawczych, rozbiórkowych, prac w konstrukcji nabrzeża, instalacji wod.-kan., instalacji elektrycznych, nawierzchni, wykonania badań ferromagnetycznych i oczyszczenia akwenu, prac czerpalnych i zasypowych wraz z umocnieniem dna i uzyskanie w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie. Część I - Rozbudowa Nabrzeża Zbożowego dotyczy wykonania powyższego zakresu robót na odcinku c.a. 660 mb, Część II - Rozbudowa Nabrzeża Wisłoujście na odcinku c.a. 456 mb. Łączna wartości robót budowlanych wynosi 31 112 677,00 zł brutto wg. budżetu Zamawiającego dla części I oraz 32 904 611,00 zł brutto wg. budżetu Zamawiającego dla części II. Obie części zadania charakteryzuje znaczny stopień skomplikowania, w tym konieczność realizacji działań

obejmujących prowadzenie ratowniczych badań archeologicznych, które należy wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami. Dodatkowym obowiązkiem dla Wykonawcy podczas prowadzenia robót budowlanych są badania osadów dennych oraz utylizacja zanieczyszczonego gruntu na lądzie.

Zakres prac dotyczących robót archeologicznych oraz prac związanych z zanieczyszczonym urobkiem jest dodatkowym elementem związanym z obowiązkiem nadzorowania przez Kierownika Budowy. Pan M. pełniąc funkcję kierownika budowy na zadaniu pn.: „Rozbudowa i przebudowa Nabrzeża Obrońców Poczty Polskiej oraz Nabrzeża Mew w Porcie Gdańsk” na rzecz Zamawiającego napotkał znaczące problemy realizacyjne i techniczne, obejmujące trudności z pogrążaniem ścianek szczelnych oraz wywołane robotami uszkodzenia Twierdzy Wisłoujście nieopodal Nabrzeża Mew i Obrońców Poczty Polskiej, co oznacza że jego obecność na rzeczonym zadaniu w pełnym wymiarze czasu pracy, wymuszona została okolicznościami faktycznymi.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 16 i 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Doraco z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Aby możliwe było zastosowanie względem wykonawcy sankcji, o której mowa w art 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

1. przedstawione przez wykonawcę informacje muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd;
2. są to informacje, które dotyczą oceny podstaw do wykluczenia, spełnienia warunków (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) lub mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (art 24 ust 1 pkt 17 Pzp);
3. przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp).

W ocenie Odwołującego, w przypadku działań Doraco ziszczenie się przesłanki, o której mowa w pkt 2 nie budziło wątpliwości (informacje dot. spełnienia warunku udziału w Postępowaniu).

Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na „wprowadzenie zamawiającego w błąd” jako skutek działania wykonawcy. Przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością, a wyobrażeniem o niej

lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, że dana okoliczność lub zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Do takiego stanu swoim działaniem doprowadzić musi wykonawca przedstawiający nieprawdziwe informacje, która stały się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności lub zdarzeniu. W przedmiotowej sprawie źródłem błędu było oświadczenie o spełnieniu przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 SIWZ. Przystępujący Doraco oświadczył w Wykazie Robót, że spełnia warunek zdolności technicznej. Informacja ta okazała się nieprawdziwa, bowiem wykonawca ten nie jest uprawniony do posługiwania się jako referencyjną robotą wykonaną w Konsorcjum, z uwagi na fakt, że faktycznie prac hydrotechnicznych nie realizował.

Jednym z fundamentalnych obowiązków wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To właśnie na tej podstawie zamawiający podejmuje decyzję o możliwości dopuszczenia wykonawcy do realizacji zamówienia. Nie ulega więc wątpliwości, że wywiązanie się przez wykonawcę z obowiązków w tym zakresie musi być rozpatrywane przez pryzmat należytej staranności. Przystępujący Doraco nie wywiązał się z obowiązku działania z należytą starannością na etapie przygotowywania oferty. Jego działania nosiły znamiona nie tylko lekkomyślności czy niedbalstwa, ale i kwalifikowanych form wprowadzenia zamawiającego w błąd, o których mowa w art 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Trudno przyjąć, że Doraco nie miało wiedzy, że nie realizowało faktycznie robót hydrotechnicznych na zadaniu pn.: „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, w związku zaś z „rzeczowym” charakterem Umowy Konsorcjum, nie mogło się tym doświadczeniem skutecznie posłużyć.

Dla ustalenia obowiązku w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczające jest zmaterializowanie się przesłanek w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa. W ocenie Odwoływającego przesłanki te zostały ponad wszelką wątpliwość wypełnione, co powinno zobligować Zamawiającego do wykluczenia Przystępującego Doraco z postępowania.

W zakresie zarzutu nie ujęcia w cenie oferty Przystępującego Doraco kosztów utylizacji odpadów niebezpiecznych - Zamawiający w Rozdziale XII SIWZ w pkt 2 wskazał, że łączna cena ofertowa brutto za wykonanie części musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Szczegółowy zakres robót przewidzianych do wykonania określony został w projekcie budowlanym „rozbudowa nabrzeży wraz z pogłębieniem toru wodnego w Porcie Wewnętrznym w Gdańsku. Zadanie 5. Rozbudowa Nabrzeża Zbożowego i Nabrzeża Wisłoujście. Etap I: Rozbudowa Nabrzeża

Zbożowego. W toku postępowania przetargowego wykonawcy uczestniczący w postępowaniu powzięli wątpliwość w zakresie ustalenia dokładnej lokalizacji i ewentualnego zakresu potencjalnego zanieczyszczenia jak i przybliżonej ilości urobku, z którym trzeba będzie postępować w sposób inny niż zwyczajowo. Zamawiający w wyjaśnieniach (odpowieź na pytanie 60) wskazał, że należy przyjąć, że gruntu pochodzącego z wykopów nie będzie można wykorzystać do ponownego wbudowania - zasypów (należy dowieźć grunt zasypowy, a pochodzący z wykopów wywieźć i zutylizować jeśli to konieczne.) W ramach pytania nr 63 - Czy w przypadku wystąpienia zanieczyszczonego urobku Wykonawca będzie musiał ponosić jakieś dodatkowe opłaty za odkład na wskazanym polu? - Zamawiający wskazał, że grunt na lądzie należy uznać za zanieczyszczony i wszelkie opłaty związane z jego wywozem i utylizacją są po stronie Wykonawcy.

Mając na względzie, że grunt zanieczyszczony jest substancjami ropopochodnymi należy go zakwalifikować jako odpad objęty kodem ex 17 05 03\*. Zgodnie z Załącznikiem do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów, określającym katalog odpadów ze wskazaniem odpadów niebezpiecznych, kod 17 05 03\* obejmuje glebę i ziemię, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne (np. PCB). Natomiast zgodnie z art. 30 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach:

1. Zakazuje się przetwarzania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami.
2. Dopuszcza się odzysk poza instalacjami lub urządzeniami w przypadku:
  - 1) odzysku w procesie odzysku RIO, o którym mowa w załączniku nr 1 do ustawy, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie ust. 4;
  - 2) rodzajów odpadów wymienionych w przepisach wydanych na podstawie ust. 5, poddawanych odzyskowi, zgodnie z warunkami określonymi w tych przepisach, w procesach odzysku R3, RS, R11 i R12, o których mowa w załączniku nr 1 do ustawy;
  - 3) osób fizycznych prowadzących kompostowanie na potrzeby własne.
3. Odzysk poza instalacjami lub urządzeniami, o którym mowa w ust. 2, może być prowadzony, jeżeli nie stwarza zagrożenia dla środowiska, życia lub zdrowia ludzi oraz jest prowadzony zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych odpowiednio na podstawie ust. 4 lub 5,
4. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia, warunki odzysku w procesie odzysku RIO, wymienionego w załączniku nr 1 do ustawy, i rodzaje odpadów dopuszczonych do takiego procesu odzysku, uwzględniając potrzebę ochrony życia i zdrowia ludzi oraz środowiska.

5. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje odpadów oraz warunki ich odzysku w procesach odzysku R3, RS, R11 i R12 wymienionych w załączniku nr 1 do ustawy, poza instalacjami i urządzeniami, uwzględniając właściwości tych odpadów oraz możliwość bezpiecznego dla środowiska i zdrowia ludzi wykorzystania tych odpadów.

Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz. U. 2013 r., poz. 21 ze zm.), określa w załączniku rodzaje odpadów oraz warunki ich odzysku w procesach odzysku. Poszczególne kody zawarte w tym załączniku opisują rodzaj odpadu oraz warunki odzysku. I tak, kod ex 17 05 03\* wskazuje na glebę i ziemię zanieczyszczoną substancjami ropopochodnymi. Warunki odzysku dla tego urobku to odzysk wydobytej gleby i ziemi polegający na usunięciu z niej substancji ropopochodnych, na przykład za pomocą bakterii lub innych metod, np. rekultywacji przez bioremediację. Podkreślenia wymaga, że w celu przetwarzania odpadów o kodzie ex 17 05 03\* niezbędne jest uzyskanie decyzji zezwalającej na ich przetwarzanie. Mając zaś na względzie, że wszelkie koszty związane z powyższymi odpadami leżą po stronie Wykonawcy, koniecznym było ustalenie wartościowego udziału tychże kosztów w cenie oferty. Z porównania cen ujętych w Tabeli Cenowej przez wszystkich wykonawców w odniesieniu do elementu Konstrukcje hydrotechniczne, w ramach których ujęta miała być utylizacja odpadów zanieczyszczonych substancjami ropopochodnymi z łądu, wynika że niedoszacowanie, w stosunku do cen innych ofert, oferty Doraco obejmowało w stosunku do ceny kolejnego oferenta w rankingu ofert - Budimex S.A. – 5 321 025,82 zł oraz 5 999 794,60 zł w stosunku do średniej z wszystkich ofert w tym elemencie, a także 4 576 448,61 zł w stosunku do oferty Odwołującego (w tym elemencie). W konsekwencji niedoszacowanie Doraco elementu Konstrukcje hydrotechniczne, w zakresie utylizacji odpadów, której wycena została pominięta wynosi 19,80% w stosunku do średniej z wszystkich ofert w odniesieniu do całkowitej ceny ofertowej oraz aż 24,24% w stosunku do średniej cen z wszystkich ofert w elemencie Konstrukcje hydrotechniczne. W konsekwencji Odwołujący powziął w wątpliwość wycenę Doraco w opisywanym zakresie, co do ujęcia w oferowanej cenie kosztów utylizacji odpadów zanieczyszczonych substancjami ropopochodnymi.

Prawdopodobnym jest, że Przystępujący Doraco pominął w swojej wycenie koszty utylizacji odpadów niebezpiecznych, co w opisanych okolicznościach z całą pewnością winno zostać przez Zamawiającego zweryfikowane w trybie art 90 ust 1 Pzp, w drodze zapytania wraz z wnioskiem o przedstawienie stosownych dowodów, bowiem koszt utylizacji odpadów stanowi istotny koszt realizacji całego zadania.

Mając na względzie powyższą argumentację, w ocenie Odwołującego, Zamawiający

w sposób nieuzasadniony zaniechał wezwania Przystępującego Doraco do wyjaśnienia ceny w trybie art 90 ust. 1 Pzp, do czego - mając na względzie choćby nawet analizy porównawcze cen poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu - był zobowiązany, jako profesjonalista cedujący na wykonawcę zadania obowiązek zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, czyli należytego zadbania o aspekty środowiskowe w Projekcie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzuty odwołania związane z niespełnieniem przez Przystępującego Doraco warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - wiedza i doświadczenie, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie potwierdziły się.**

SIWZ w Rozdziale V. Warunki udziału w postępowaniu, w punkcie 1.2.3 określała warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Dla części I przedmiotu zamówienia: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał (...) co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące swoim zakresem budowę lub przebudowę morskich budowli hydrotechnicznych (w rozumieniu określonym w § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie - Dz. U. z 1998, nr 101, poz. 645 z późn. zm). Każda z robót budowlanych spełniających ww. wymagania musi mieć wartość dla ww. zakresu robót budowlanych nie mniejszą niż 15 000 000 PLN (brutto – z VAT). Przedmiotem



przynajmniej jednej z robót budowlanych spełniających ww. wymagania musi być budowa lub przebudowa nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 8 m.”

W odpowiedzi na wezwanie z 6 kwietnia 2018 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Przystępujący Doraco na potwierdzenie spełniania warunku wykazał wykonanie następujących zadań:

1. Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia, o wartości 89 068 915,03 zł, wykonana w okresie od czerwca 2013 r. do września 2015 r. na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A.,
2. Modernizacja portu rybackiego w Mrzeżynie, o wartości 34 604 222,11 zł, wykonana w okresie od grudnia 2011 r. do kwietnia 2014 r. na rzecz Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno.

Dotyczące zadania nr 1 poświadczenie z 23 października 2015 r. wystawione przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. załączone przez Przystępującego do wykazu wykonanych robót potwierdzało należyłą realizację przedmiotu zamówienia przez konsorcjum wykonawców Doraco i UW-Service. Wskazany w poświadczeniu zakres wykonanych robót obejmował:

1. nabrzeża ze ścianki szczelnej zakończonej ocepem posadowionym na palach o długości 392,4m;
2. roboty czerpalne do głębokości 13,5m —42 710,00 m<sup>3</sup>;
3. umocnienie skarp podwodnych — 7 915,4 m<sup>2</sup>;
4. drogi manewrowe betonowe i parkingi z kostki betonowej o łącznej powierzchni ok. 12 082,00 m<sup>2</sup>;
5. torowiska na żelbetowej o łącznej długości 1 983,0 m plus 13 rozjazdów;
6. torowiska na podkładach drewnianych o łącznej długości 397,0 m;
7. torowiska na podkładach strunobetonowych o łącznej długości 205,0 m;
8. torowisko poddźwigowe z dwoma belkami podsuwnicowymi oraz niezbędną Infrastrukturą o łącznej długości ok. 472,50 m (montaż szyny podsuwnicowej o łącznej długości 945,0 m);
9. sieć kanalizacji sanitarnej tłocznej średnicy 110 mm o łącznej długości 187,42 m wraz 2 przepompownią ścieków;
10. sieć kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej średnicy 160 do 200 mm o łącznej długości ok. 494,0 m;
11. sieć kanalizacji deszczowej średnicy 110 do 630 mm o łącznej długości 2 821,52 m wraz 2 czterema zespołami podczyszczania z pięcioma separatorami;
12. sieć wodociągową o średnicy 80 mm do 200 mm o łącznej długości 687,72 m;
13. sieć elektroenergetyczna 0,4 W i 15 kV o łącznej długości 6 270 m;

14. sieć teletechniczna o łącznej długości 645 m.

Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. wskazał ponadto, że wartość ww. robót wyniosła 72 413 752,06 zł netto (89 068 915,03 zł brutto).

W dniu 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Przystępującego Doraco do złożenia wyjaśnień dotyczących m. in. Wykazu wykonanych robót budowlanych w zakresie Części nr 1 - Rozbudowa Nabrzeża Zbożowego. W ocenie Zamawiającego ze złożonego przez Doraco Wykazu robót nie wynikało spełnienie wymagań określonych w punkcie 1.2.3.1. rozdziału V SIWZ tj. wartość robót „dla ww. zakresu robót budowlanych”, czyli „budowy lub przebudowy morskich budowli hydrotechnicznych” (pytanie dotyczyło zadania nr 2 z wykazu robót, tj. portu w Mrzeżynie. Ponadto Poświadczenie należytego wykonania zadania nr 1 („Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”) wynikało, że robota wymieniona w Wykazie została zrealizowana przez Konsorcjum firm Doraco oraz UW-Service. W celu spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanym w Rozdziale V pkt. 1.2.3.1 SIWZ zdolność, biorąc pod uwagę wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14), Zamawiający wezwał Przystępującego Doraco do złożenia wyjaśnień jaki był jego udział w ramach Konsorcjum, w realizacji zamówienia wskazanego w Wykazie.

25 kwietnia 2018 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnił co następuje: „Wartość budowy i przebudowy morskich budowli hydrotechnicznych dla roboty budowlanej wskazanej w poz. 2 dla części 1. i części 2. Zamówienia, tj. „Modernizacja portu rybackiego w Mrzeżynie” wykonanych w ramach tego zamówienia wynosiła 16 503 891,39 zł brutto. Jednocześnie wyjaśniamy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Modernizacja wewnętrznego toru wodnego w Porcie Gdańsk” wskazano w wykazie robót wartość robót hydrotechnicznych na kwotę 14 670 000 zł brutto, a nie wartość wszystkich robót związanych z budową i przebudową morskich budowli hydrotechnicznych. (...) doświadczenie związane z wykonaniem zamówienia: „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” stanowi w całości własne doświadczenie Korporacji Budowlanej Doraco, niezależnie od faktu, że roboty te wykonywane były przez Doraco w ramach konsorcjum z Zakładem Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW-Service Sp. z o.o. Zgodnie z zawartą umową konsorcjum, umową realizacyjną i umowami i porozumieniami zawieranymi pomiędzy Doraco a UW-Service, Doraco pełniło przy wykonywaniu tego zamówienia role znacznie wykraczające poza wykonawstwo wyłącznie zakresu robót wykonywanych bezpośrednio siłami własnymi. Doraco uczestniczyło także w przygotowaniu, realizacji, odbiorze i rozliczeniu zakresu robót przypisanego Uw-Service, Doraco dokonywało zakupów materiałów dla wykonawstwa całego kontraktu, kontraktowało podwykonawców dla obydwu konsorcjantów, nadzorowało roboty wykonywane przez UW-Service, rozliczało te roboty

i dokonywało ich odbiorów od partnera konsorcjum na takich samych zasadach jak od innych podwykonawców, a także dokonywało zapłaty na jego rzecz na podstawie umowy realizacyjnej, w tym także udzieliło UW-Service zaliczki na poczet wynagrodzenia. Powyższe okoliczności powodują, że uprawnione jest powoływanie się na zdobyte doświadczenie w związku z wykonywaniem całego zamówienia. Dla wykluczenia wszelkich wątpliwości wyjaśniamy, że zgodnie z przewidzianym w umowie konsorcjum rzeczowo-finansowym podziałem robót, wartość robót wykonanych przez Doraco w zakresie przebudowy morskich budowli hydrotechnicznych w zakresie robót rozbiórkowych i ziemnych, robót kafarowych i zakotwień, robót żelbetowych części nadwodnej i jej wyposażenia wynosiła 16 991 419,45 zł brutto." W toku rozprawy Odwołujący argumentował, że Przystępujący Doraco nie wykonał samodzielnie robót hydrotechnicznych w wymaganym przez SIWZ zakresie i wartości. Na poparcie powyższego twierdzenia Odwołujący złożył szereg dowodów, w tym Załącznik nr 2A, tj. Rzeczowo-finansowy podział zakresów robót do Umowy Konsorcjum z 29 stycznia 2013 roku zawartej między przystępującym Doraco a UW-Service, na potrzeby realizacji zadania nr 1 wskazanego w ww. wykazie robót. Dokument ten przedstawiał podział zadań do zrealizowania w ramach planowanej realizacji przedmiotu zamówienia. Wartość robót hydrotechnicznych wskazana do wykonania przez Przystępującego Doraco wynosiła łącznie 13 814 182,16 zł netto. Całkowita wartość zadania wskazana w ww. dokumencie określona została na 68 691 000,00 zł netto.

W ocenie Izby o ile wszystkie pozostałe dowody nie wskazywały, by Przystępujący Doraco nie wykonał samodzielnie robót hydrotechnicznych w ramach wskazanego wyżej zadania nr 1 na wartość minimum 15 mln złotych brutto, to Załącznik nr 2A, mimo wskazania wartości całkowitej zadania mniejszej niż wynikająca z pochodzącego od inwestora poświadczenia, dowodził tezy przeciwnej niż stawiana przez Odwołującego. Zamawiający żądał wykazania się wykonaniem robót hydrotechnicznych za minimum 15 mln zł brutto, Doraco w ramach zadania Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia miało wykonać roboty za 13,8 mln zł netto, a zatem więcej niż wartość wymagana w SIWZ. O ile, ze względu na rozbieżność wartości zadania Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia między Załącznikiem nr 2A, a ww. wykazem robót Doraco Izba uznała, że dowód przedstawiony przez Odwołującego nie jest w pełni wiarygodny, o tyle podważa trafność zarzutów odwołania w rozpatrywanym zakresie i pośrednio wskazuje, że Przystępujący w należyty sposób wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie kwestionował zadania nr 2 z wykazu robót Przystępującego Doraco,

a zarzuty dotyczące zadania nr 1 nie zasługują na uwzględnienie, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy ze względu na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Obowiązkiem Odwołującego zatem było udowodnienie, że Przystępujący Doraco nie wykazał spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, w szczególności, że to UW-Service, konsorcjant Przystępującego, wykonał roboty hydrotechniczne na realizację których powołało się Doraco. Mimo przedstawienia bogatego materiału dowodowego przedstawionego przez Odwołującego obowiązkowi temu nie sprostał. W tej sytuacji Izba uznała, że wszystkie zarzuty związane z warunkiem zdolności technicznej nie zasługują na uwzględnienie.

**Zarzuty odwołania związane z niespełnieniem przez Przystępującego Doraco warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - dysponowanie osobami, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie potwierdziły się.**

SIWZ w Rozdziale V. Warunki udziału w postępowaniu, w punkcie 1.2.4 określała warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej: „Zamawiający uzna warunek dysponowania na etapie realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że będzie dysponować następującymi osobami:

1.2.4.1. Wymagania w zakresie Części 1:

- a) osoba Kierownik budowy, posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży hydrotechnicznej (uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub ze specjalizacją morskie obiekty hydrotechniczne, bądź w zakresie budowli hydrotechnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane - tj. z dnia 8 czerwca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1332 ze zm.), zwanej dalej „Prawo budowlane” i wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadająca doświadczenie w kierowaniu w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej (w rozumieniu podanym powyżej w punkcie 1.2.3. Rozdziału V SIWZ), o wartości nie mniejszej od 15 000 000 PLN (brutto - z VAT) każda.
- b) osoba Kierownik robót hydrotechnicznych, posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży hydrotechnicznej: uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub ze specjalizacją

morskie obiekty hydrotechniczne, bądź w zakresie budowli hydrotechnicznych w rozumieniu Prawa budowlanego i wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadająca doświadczenie w kierowaniu w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej (w rozumieniu podanym powyżej w punkcie 1.2.3. Rozdziału V SIWZ), o wartości nie mniejszej od 3 000 000 PLN (brutto - z VAT) każda.

- c) Przynajmniej jedna z osób wymaganych na podstawie punktów a) lub b) rozdz. V pkt 1.2.4. SIWZ musi posiadać kwalifikacje do kierowania robotami budowlanymi opisanymi w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2014r., poz. 1446 z późn. zm.).”

Na potrzeby wykazania spełniania ww. warunku, w zakresie wskazanym w lit. a Przystępujący Doraco, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 6 kwietnia 2018 r. do uzupełnienia dokumentów na podst. art. 26 ust. 1 Pzp złożył „Wykaz osób” wskazując, że funkcję kierownika budowy pełnić będzie Pan M., posiadający uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami w branży hydrotechnicznej tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, będący Członkiem Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, w okresie od czerwca 2013 r. do września 2015 r. pełniący funkcję kierownika budowy przy „Przebudowie Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, wartość inwestycji 89 068 915,03 zł brutto. Na potwierdzenie ww. danych Przystępujący Doraco załączył zaświadczenie wystawione przez Polską Izbę Inżynierów Budownictwa oraz Decyzję Pomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa o nadaniu uprawnień Panu M.

W dniu 23 kwietnia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień m. in. „dotyczących Wykazu osób w zakresie Części nr I - Rozbudowa Nabrzeża Zbożowego (Załącznik nr 3B-I do SIWZ). (...) W poz. I ww. formularzy Wykonawca wskazał osobę Kierownika budowy - Pana M., który jest jednocześnie Kierownikiem budowy w robocie budowlanej: „Rozbudowa i przebudowa Nabrzeża Obrońców Poczty Polskiej oraz Nabrzeża Mew w Porcie Gdańsk”, która jest wykonywana w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego i udzielonego Wykonawcy w roku 2017 r. Jednocześnie, na marginesie, Zamawiający zwraca uwagę, że w prowadzonym obecnie postępowaniu nr NPR/IP/2017/099 pn. „Modernizacja wewnętrznego toru wodnego w Porcie Gdańsk - Część I - Przebudowa nabrzeży stanowiących obudowę wewnętrznego toru wodnego”, w którym to postępowaniu złożyli Państwo ofertę, również wskazali Państwo na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej, w Wykazie osób jako Kierownika budowy

Pana M.. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie (oświadczenie Wykonawcy) w jaki sposób Wykonawca zamierza jednocześnie spełnić wymagania Zamawiającego poprzez zaangażowanie zasobów zawodowych (obowiązki wskazanej osoby Kierownika budowy) w wykonanie roboty budowlanej „Rozbudowa i przebudowa Nabrzeża Obrońców Poczty Polskiej oraz Nabrzeża Mew w Porcie Gdańsk” oraz jednocześnie w wykonanie umowy na roboty budowlane, będącej wynikiem niniejszego postępowania - ze szczególnym uwzględnieniem postanowień pktu 5.25 OPZ w zakresie Części I (Załącznik nr I-I do SIWZ) oraz postanowień pktu 5.26 OPZ w zakresie Części 2 (Załącznik nr 1-2 do SIWZ).”

W odpowiedzi, 25 kwietnia 2018 r. Przystępujący Doraco wyjaśnił m. in. „Kierownik budowy Pan M., jest wskazany jako proponowany kierownik budowy także w innych zadaniach, jednak nie można pomijać okoliczności, że ani w ramach tamtego zadania, ani niniejszego postępowania nie zastrzeżono konieczności zapewnienia kierownika budowy na zasadzie wyłączności. Nadto na podstawie subklauzuli 6.8 Warunków Szczególnych Kontraktu dopuszczone są zmiany osób pełniących funkcję kierownika budowy. Tak jak z powodzeniem Pan M. będzie zdolny do wypełnienia obowiązków kierownika budowy na obydwu budowach stanowiących części 1 i 2 niniejszego zamówienia, tak będzie w stanie pogodzić te obowiązki z innymi obowiązkami na sąsiadujących placach budowy zgodnie z wymaganiami tych zamówień. Organizacja pracy personelu Wykonawcy w taki sposób, aby zamówienie było wykonywane zgodnie z Umową należy do Wykonawcy. W przypadku braku możliwości prawidłowego wykonania powierzonych prac zastosowanie mogą mieć środki dyscyplinujące wskazane w Umowie. (...) Nie mniej jednak wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego tj. celem usunięcia wszelkich wątpliwości w tym zakresie Wykonawca w załączeniu do pisma składa rozszerzony Wykaz osób (Załącznik nr 3B-1, 3B-2 do SIWZ) w zakresie osób, którymi dysponuje Wykonawca do pełnienia funkcji kierownika budowy.”

Do wyjaśnień załączony został wykaz osób, w którym do pełnienia funkcji kierownika budowy oprócz Pana M. dodatkowo został wskazany Pan S., członek Pomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa, dysponujący uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie budowli hydrotechnicznych oraz do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W zakresie niezbędnego doświadczenia Pana S. Przystępujący wskazał: „w okresie 2014-01/2014-1 na zadaniu „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG”. Wartość kontraktu na roboty budowlane: 79 mln zł. brutto. Wykonanie robót budowlanych polegających na: Budowie dwóch dalb nawigacyjnych o konstrukcji żelbetowej prefabrykowanej posadowionej na palościance (rury

m 220/25 1—26,75+30,05; grodzice AZ 18-700 ze stalową wieżą oświetlenia nawigacyjnego. Kształt dalby ośmiokąt opisany na okręgu o średnicy 15 m, powierzchnia dalby ok. 200 m<sup>2</sup>, rzędna nadbudowy + 2,0 mnpm — dolny poziom i 5,0 mnpm — górny poziom, ogniskowej świateł nawigacyjnych: 13 m npm. Wykonanie robót pogłębiarskich i podczyszczeniowych toru wodnego podejściowego od km 0,80 do km 35,6. Parametry toru na odcinku od 0,80 do km 26,8 to: szerokość w dnie 200 m i 14,50 m głębokości. Parametry toru na odcinku od km 26,8 do 35,6 to: szerokość w dnie 220 m i głębokość 14,5 m, Kubatura wykonanych robót czerpalnych wyniosła 729 972 m<sup>3</sup>.

Wykonano badania ferromagnetyczne (wywiad saperski) akwenu i oczyszczono go z przedmiotów potencjalnie niebezpiecznych. Jako kierownik budowy w okresie 2014-06/2015-11 na zadaniu „Remont i odbudowa umocnień brzegowych w rejonie Oksywia (km 89,000 - 90,700)“.

Wartość kontraktu na roboty budowlane: 20,75 mln zł. brutto. Wykonanie umocnień brzegowych (opaski) o konstrukcji mieszanej złożonej z narzutu kamiennego i muru oporowego żelbetowego oddzielającego narzut od ciągu komunikacyjnego oraz pełniącego funkcję odbijacza fal nabiegających na skarpe narzutu“.

Odwołujący dążył do wykazania, że potencjał kadrowy Przystępującego Doraco w zakresie dysponowania osobami do pełnienia funkcji kierownika budowy jest niewystraczący dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Dowody złożone przez Odwołującego służyły jednak wykazaniu okoliczności, której nie zaprzeczał ani Przystępujący Doraco, ani Zamawiający - fakt, że Pan M. pełni funkcję kierownika budowy na kilku inwestycjach jednocześnie był między stronami niesporny. Biorąc pod uwagę, że normalną praktyką, dopuszczalną przez przepisy prawa budowlanego, jest jednoczesne pełnienie funkcji kierownika budowy przez jedną osobę na kilku budowach jednocześnie, oraz brak zastrzeżenia w SIWZ, że w ramach będącej przedmiotem zamówienia inwestycji Zamawiający żąda, by kierownik budowy był zagwarantowany na wyłączność, Izba uznała, że postępowanie zarówno Przystępującego Doraco w zakresie sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i Zamawiającego w toku oceny oferty Doraco było prawidłowe. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a Doraco wykazało, że wskazana do realizacji zdania osoba będzie w stanie prawidłowo pełnić swoją funkcję. Ponadto, wykonawca skierował do realizacji zamówienia dodatkowo Pana S. W tej sytuacji nie można stwierdzić, by Przystępujący Doraco nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w zarzutach odwołania. Z tego względu w ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że Przystępujący Doraco, jako wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Biorąc pod uwagę, że osoba Pana M. wskazana jest do pełnienia funkcji kierownika budowy przy wielu inwestycjach jednocześnie, wątpliwości Zamawiającego w zakresie realnej możliwości prawidłowego realizowania przez niego przedmiotowego zadania były uzasadnione. Przytoczony przepis art. 26 ust. 3 Pzp w takiej sytuacji uprawnia zamawiającego do wezwania wykonawcy, którego oferta budzi wątpliwości do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Biorąc pod uwagę powyższe, argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania, że sama czynność wezwania Przystępującego Doraco do złożenia wyjaśnień była nieprawidłowa nie zasługują na uwzględnienie.

**Zarzuty odwołania związane z zaniechaniem wezwania wykonawcy Doraco do wyjaśnienia ceny oferty pod kątem jej rażąco niskiej wysokości, tj. art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 i 3 Pzp nie potwierdziły się.**

Projekt budowlany rozbudowy Nabrzeża Zbożowego - Tom I, Cz. I Projekt zagospodarowania terenu, w punkcie 7. Charakterystyka ekologiczna inwestycji, ppkt 7.1. Budowa geologiczna terenu wskazywał: „Nabrzeże Zbożowe, zlokalizowane jest w rejonie dawnego przyczółka Twierdzy Wisłoujście – tzw. Szańca Zachodniego. (...) Szaniec Zachodni został rozebrany pod koniec XIX w., a na jego miejscu wybudowano zbiorniki paliwowe i bazę paliw, która została zamknięta w 1985 r. Jak wynika z archiwalnych analiz stopnia zanieczyszczenia podłoża byłej bazy paliw ze stycznia 2005 (Z. Klinski, B. Cieklińska) zarówno grunty strefy przypowierzchniowej jak i na głębokości graniczącej z poziomem wód podziemnych wskazują na zanieczyszczenie terenu byłej bazy paliw olejami mineralnymi (C12-C35). Wyniki te zostały potwierdzone podczas badań gruntu wykonanych w ramach opracowania.”

Pytanie nr 338 zadane do treści SIWZ przed upływem terminu do składania ofert brzmiało: „Według opisu technicznego Projektu Budowlanego rozbudowy Nabrzeża Zbożowego, oraz archiwalnych analiz zanieczyszczenia podłoża byłej bazy paliw ze stycznia 2005, zarówno grunty strefy przypowierzchniowej i jak na głębokości graniczącej z poziomem wód podziemnych wskazują na zanieczyszczenia terenu po byłej bazie paliw olejami mineralnymi



(C12-C35). Prosimy o potwierdzenie, że gleba dla całego nabrzeża Zbożowego jest zanieczyszczona i podlega wymianie dla danego zakresu prac. Jeśli tak czy Zamawiający ma wymagania co do sposobu utylizacji zanieczyszczonego gruntu (technologii, dokumentacji prac etc)?”. W dniu 16 marca 2018 r. Zamawiający udzielił na nie odpowiedzi wskazując, że: „Należy przyjąć, że cały grunt w rejonie Nabrzeża Zbożowego (część lądowa) jest zanieczyszczony. Wydobycie, wywóz i utylizacja musi być przeprowadzona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Potwierdzenie poddania utylizacji zanieczyszczonego gruntu musi jednoznacznie wskazywać zakład dokonujący utylizacji oraz ilość poddanego utylizacji materiału.”

SIWZ nie zawiera żadnej, bardziej szczegółowej regulacji w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie postępowania z zanieczyszczonym gruntem z terenu Nabrzeża Zbożowego. Nie ma również precyzyjnych wymogów, co do sposobu kalkulacji ceny oferty za wykonanie tej części przedmiotu zamówienia. Ogólne zasady kalkulacji ceny ofertowej zostały uregulowane w SIWZ, w Rozdziale XII. „Opis sposobu obliczania ceny:

1. Wykonawca zobowiązany jest określić cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia – odrębnie w zakresie Części przedmiotu zamówienia której oferta dotyczy, poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ) łącznej ryczałtowej ceny ofertowej (netto i brutto), ustalonej na podstawie Formularza cenowego (Załącznik nr 2A-1 lub odpowiednio 2A-2 do SIWZ).
2. Łączna cena ofertowa brutto za wykonanie Części musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z niniejszą SIWZ.”

Koszty usunięcia przeznaczonego do utylizacji gruntu wykonawcy mieli ująć w poz. 1.2 kosztorysu ofertowego, tj. Konstrukcje hydrotechniczne, ppkt 1.2.1. Roboty rozbiórkowe. Nie było żadnej, bardziej szczegółowej pozycji kosztorysu ofertowego, przeznaczonej do wyceny kosztów usunięcia skażonego gruntu. Opis Przedmiotu Zamówienia dotyczący części I w Punkcie 2 „Zakres Rzeczowy” zawierał wykaz podstawowych zadań do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia. Był to opis piętnastu rodzajów robót składających się na część I inwestycji. Roboty związane z usunięciem gruntu zawarte zostały w tiret pierwszym: „wykonanie robót rozbiórkowych istniejących konstrukcji nabrzeża skarpowego wraz z wyposażeniem, rozbiórki istniejących pomostów drewnianych, rozbiórkę tzw. "przyczółka kablowego" ze stanowiskiem postojowym, zdemontowanie sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej, likwidacja kabli elektroenergetycznych niskiego, likwidacja sieci oświetleniowej z lampami, wymiana odcinka kabli telekomunikacyjnych oraz likwidacja nieczynnych kabli telekomunikacyjnych;”. O ile w toku rozprawy nie było sporu między stronami, co do faktu, że usunięcie i utylizacja zanieczyszczonego gruntu zostało zawarte

w robotach rozbiórkowych, o tyle z przytoczonego opisu z punktu 2 OPZ wynika, że prace te nie stanowiły istotnego elementu składowego oferty w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp (Jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...)). Biorąc pod uwagę brzmienie przytoczonego przepisu Zamawiający nie miał obowiązku wezwania Przystępującego Doraco do złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w zakresie robót związanych z usunięciem i utylizacją zanieczyszczonego substancjami ropopochodnymi gruntu. Nie zostały też wypełnione przesłanki z art. 90 ust. 1a Pzp: W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Cena oferty Przystępującego Doraco nie dawała Zamawiającemu podstawy do obligatoryjnego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie był w stanie wykazać, że oferta Przystępującego Doraco, w szczególności sposób skalkulowania ceny za usunięcie i utylizację gruntu budzi na tyle istotne wątpliwości, że Zamawiający powinien wezwać Doraco do złożenia odpowiednich wyjaśnień. W tej sytuacji Izba uznała, że odwołanie w tej części nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:**.....

.....

.....