

**WYROK**  
**z dnia 24 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie:** **Barbara Bettman**  
**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant:** **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm w składzie: **Aarsleff Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff A/S - Dania, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02-830 Warszawa, ul. Lambady 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasta Sopot, 81-704 Sopot, ul. Kościuszki 25/27** protestu z dnia 2 października 2009 r.

przy udziale konsorcjum firm w składzie: **Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider konsorcjum), Energopol-Szczecin S.A., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm w składzie: Aarsleff Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff A/S - Dania, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02-830 Warszawa, ul. Lambady 6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez konsorcjum firm w składzie: **Aarsleff Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff A/S - Dania, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02-830 Warszawa, ul. Lambady 6,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez konsorcjum firm w składzie: **Aarsleff Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff A/S - Dania, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02-830 Warszawa, ul. Lambady 6** na rzecz **Gminy Miasta Sopot, 81-704 Sopot, ul. Kościuszki 25/27** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm w składzie: **Aarsleff Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Per Aarsleff A/S - Dania, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 02-830 Warszawa, ul. Lambady 6.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w ramach realizacji inwestycji "Przystań Jachtowa przy Molo w Sopocie wraz z budynkiem kubaturowym na Głowicy Mola oraz remont Ostrogi" wykonawca - konsorcjum firm w składzie: Aarsleff Sp. z o.o., Per Aarsleff A/S - Dania, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. (dalej protestujący lub odwołujący) w dniu 05.10.2009 r., pismem z dnia 02.10.2009 r., złożył protest na czynność i zaniechanie zamawiającego - Gminy Miasta Sopot, polegające na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hydrobudowa S.A., Energopol - Szczecin S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Hydrobudowa),
2. uznaniu za najkorzystniejszą i dokonaniu wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Hydrobudowa.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych ustawy (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej ustawa Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, poprzez nie wykluczenie konsorcjum Hydrobudowa pomimo tego, iż konsorcjum to nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, poprzez wykazanie, iż w okresie ostatnich pięciu lat wykonali należycie co najmniej jedną robotę budowlaną spełniającą wymogi określone w Rozdziale 9 pkt 2b) oraz w Rozdziale 10 pkt 8) SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum, pomimo tego, iż oferta złożona przez to konsorcjum jest sprzeczna z treścią Rozdziału 9 pkt 2b) oraz Rozdziału 10 pkt 8) SIWZ.

Protestujący wniósł o:

1. uchylenie czynności zamawiającego uznania za najkorzystniejszą i dokonania wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Hydrobudowa,
2. wykluczenie konsorcjum Hydrobudowa i odrzucenie oferty złożonej przez to konsorcjum,
3. dokonanie ponownej oceny złożonych ofert i uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez protestującego.

Protestujący podniósł, że żadna z trzech robót budowlanych wskazanych przez konsorcjum Hydrobudowa nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego.

Konsorcjum Hydrobudowa w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego oświadczyło, że referencje odnośnie robót wskazanych w pozycji 1 i 2 wykazu zostały załączone dodatkowo.

W ocenie protestującego, robota budowlana wskazana w pozycji 3 wykazu konsorcjum Hydrobudowa - budowa dwóch falochronów i oświetlenia nawigacyjnego w Porcie Handlowym w Sire - Libia, nie spełnia wymogów zamawiającego, ponieważ dołączone do oferty konsorcjum Hydrobudowa dokumenty nie potwierdzają, iż robota ta została wykonana należycie. Przeciwnie, z dołączonych do oferty dokumentów wynika, iż robota ta została wykonana nienależycie, tj. z przekroczeniem o ponad 31 miesięcy terminu ich wykonania.

Zdaniem protestującego „data zakończenia realizacji budowy falochronów w tym Porcie określona (...) na listopad 2004 roku oraz analogicznie w piśmie Wielkiej Arabskiej Libijskiej Dżamahiriji Ludowo Socjalistycznej z dnia 21 maja 2005 roku, jest błędna”.

Wykazując swój interes prawny protestujący wskazał, że jego oferta uzyskała największą liczbę punktów, zaraz po ofercie złożonej przez konsorcjum Hydrobudowa, która winna zostać odrzucona.

Zamawiający nie odpowiedział na protest, a zatem w świetle przepisu art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznać należy, że zamawiający protest oddalił.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty wskazane w proteście.

Zażądał:

1. uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. obciążenia zamawiającego kosztami postępowania.

W piśmie z dnia 16.11.2009 r., skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący dodatkowo zarzucił, że pismo referencji z dnia 21.05.2009 r. nie zostało podpisane, co oznacza, że pismo to nie stanowi dokumentu, a nadto, że tłumaczenie tego pisma z języka arabskiego przedłożone i załączone do oferty konsorcjum Hydrobudowa nie spełnia wymogów określonych w § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ponieważ nie zawiera podpisu osoby, która dokument ten tłumaczyła, jak też danych identyfikujących osoby, które dokument tłumaczyła.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, a także przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie zaniechał wykluczenia konsorcjum, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą i odrzucenia oferty tego konsorcjum, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia, skoro jego oferta byłaby wówczas ofertą z najniższą ceną, zaś cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby w poczet materiału dowodowego zaliczył:

1. ogłoszenie o zamówieniu z dnia 24.07.2009 r. zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE 2009/S 140-204576,
2. specyfikację istotnych warunków zamówienia,
3. ofertę przystępującego,
4. złożone przez przystępującego wraz z pismem z dnia 18.11.2009 r., stanowiącym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, tj.
  - 1) Uchwała Komitetu Ludowego Shabiyatu Sirte nr 51/1372 (2004) w sprawie przedłużenia Kontraktu nr 3/94 do dnia 30.11.2004 r.
  - 2) Pismo z dnia 23.11.2004 r., nr ref 288/2004 wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex - Cekop S.A. do Dyrektora Projektu i Budowy Portu Handlowego w Sirte - zgłoszenie zakończenia robót oraz wniosek o przeprowadzenie Odbioru Wstępnego.
  - 3) Faktura nr 94-9003/USD/1063/04-11 z dnia 30.11.2004 r. ,dowód wypłaty 0063 z dnia 30.11.2004 - potwierdzenie rozliczenia robót i ich rozliczenia.
  - 4) Pismo z dnia 3.10.2005, nr ref 124/2004, wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex - Cekop S.A. do Sekretarza Głównego Komitetu Ludowego ds. Komunikacji, Łączności i Transportu - potwierdzenie opóźnień Inwestora z podjęciem czynności odbiorowych, potwierdzenie zakończenia robót oraz rozpoczęcia biegu okresu gwarancyjnego na roboty.
  - 5) Pismo z dnia 20.12.2005 r., nr ref 173/2005 wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex - Cekop S.A. do Dyrektora Projektu Budowy Portu Handlowego w Sirte - wniosek o wyznaczenie terminu Odbioru Wstępnego oraz Terminu Odbioru Ostatecznego.
  - 6) Pismo z dnia 19.06.2006 r., nr ref 54/2006 wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex.- Cekop S.A. do Dyrektora Projektu Budowy Portu Handlowego w Sirte - ponowny wniosek o wyznaczenie terminów Odbiorów.
  - 7) Pismo z dnia 20.07.2006 r., nr ref 68/2006 wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex - Cekop S.A. do Dyrektora Projektu Budowy Portu Handlowego w Sirte - ponowny wniosek o Wyznaczenie Terminu Odbiorów.
  - 8) Pismo z dnia 09.10.2006 r., wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex - Cekop S.A. do Sekretariatu Generalnego Komitetu ds. Komunikacji, Łączności i Transportu w Trypolis oraz Sekretarza Generalnego Komitetu Ludowego ds. Komunikacji, Łączności i Transportu - opis stanu faktycznego - opóźnienia

Inwestora w dokonaniu Odbiorów oraz wykazanie strat finansowych Wykonawcy z w/w tytułu.

- 9) Pismo z dnia 10.11.2006 r., wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex - Cekop S.A. do Sekretarza Głównego Komitetu Ludowego ds. Komunikacji, Łączności i Transportu - wniosek o podjęcie ostatecznej decyzji w sprawie Odbiorów.
- 10) Pismo z dnia 17.01.2007 r., wystosowane przez J.V. Hydrobudowa SA - Polimex - Cekop S.A. do Sekretarza Komitetu Ludowego Departamentu Transportu i Komunikacji - ponowny wniosek o podjęcie ostatecznej decyzji w sprawie Odbiorów, opis postanowień kontraktowych w zakresie Odbiorów.
- 11) Pismo z dnia 18.01.2007 r., wystosowane przez J.V. Hydrobudowa S.A. - Polimex - Cekop SA do Dyrektora Projektu Budowy portu Handlowego w Sirte - ponowny wniosek o wyznaczenie terminów Odbiorów.
- 12) Protokół Odbioru Wstępnego zadania Inwestycyjnego ze stycznia 2008 r. - wskazujący na termin zakończenia robót na zadaniu (wg. Kontraktu) - 30.11.2004 r., potwierdzenie należytego wykonania robót (cyt. Stan zadawalający, roboty wykonane zgodnie z projektem, zastosowane materiały - bardzo dobra jakość), potwierdzenie odbioru wstępnego na dzień 26.12.2007 r.
- 13) Protokół Odbioru Ostatecznego zadania Inwestycyjnego ze stycznia 2008 r. potwierdzenie, iż prace zostały wykonane w sposób zadawalający i mogą zostać odebrane ostatecznie w dniu 22.06.2008 r. (błąd w tekście arabskim - wpisano 22.06.2007).
- 14) Dokument Referencyjny z dnia 28.10.2009 r. - potwierdzenie należytego, w tym terminowego wykonania zadania inwestycyjnego.

Skład orzekający odmówił zaliczenia w poczet materiału dowodowego:

1. tłumaczenia przysięgłego z języka arabskiego pisma z dnia 21.05.2005 r.,
2. tłumaczenia przysięgłego z języka arabskiego protokołu odbioru końcowego ze stycznia 2008 roku,

złożonych przez odwołującego wraz z pismem z dnia 16.11.2009 r., ponieważ zostały zgłoszone w związku z zarzutami braku podpisu na dokumencie w języku arabskim oraz braku podpisu i danych identyfikujących osobę dokonującą tłumaczenia, co do których Izba nie mogła orzec, o czym mowa poniżej.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

1. postępowanie wszczęto w dniu 24.07.2009 roku, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE 2009/S 140-204576,

2. warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie żadanego przez zamawiającego doświadczenia wykonawcy został wskazany w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz powtórzony w Rozdziale 9 pkt 2b SIWZ,
3. dokumenty, jakie wykonawcy byli zobowiązani złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie doświadczenia również zostały wskazane w Rozdziale 9 SIWZ oraz sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu; był to wykaz co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 60 mln zł polegającej na budowie, stanowiącej całość techniczno - użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, budowli kategorii XXI w rozumieniu załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane o współczynniku wielkości obiektu (w) nie mniejszym niż 1,5, wykonanej w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z podaniem jej wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że robota ta została wykonana należycie,
4. przystępujący tak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego (str. 3 wiersz 10 - 11, jak i odwoławczego (str. 4 wiersz 14 - 15) przyznał, że z trzech pozycji zamieszczonych w załączonym do oferty „Wykazie robót budowlanych” (str. 92 - 93 oferty) dwie pozycje, tj. pozycja nr 1 i 2 zostały wskazane dodatkowo i nie potwierdzały warunku udziału w postępowaniu w zakresie żadanego przez zamawiającego doświadczenia wykonawcy; zamawiający nie kwestionował tego stanowiska,
5. w złożonym „Wykazie robót budowlanych” w pozycji 3 konsorcjum Hydrobudowa wskazało:
  - Przedmiot roboty budowlanej: „Budowa dwóch falochronów i oświetlenia nawigacyjnego oraz wykonanie jettów w Porcie Handlowym w Sirte”,
  - Wartość netto: „267 587 474,52 zł”,
  - Miejsce wykonania: „Sirte Libia”,
  - Data wykonania roboty budowlanej: „od 01.1998 r. do 11.2004 r.”,
  - Współczynnik wielkości obiektu: „2,5”,
6. poza datą zakończenia robót, tj. listopad 2004 roku, odwołujący nie kwestionował żadnego innego elementu „Wykazu robót budowlanych”,
7. konsorcjum Hydrobudowa załączyło do oferty (str. 99) przetłumaczony z języka arabskiego na język polski list referencyjny, wydany przez Wielką Arabską Libijską Dżamahiriję Ludowo - Socjalistyczną - Powszechny Komitet Ludowy Shaabiyatu Sirte - Dyrekcję Budowy Portu Handlowego w Sirte z dnia 21.05.2005 r., w którym zawarto w szczególności następujące oświadczenia wiedzy:

- „Dyrekcja Budowy (dosł. Projektu) Portu Handlowego Sirte informuje, że polska Spółka Hydrobudowa S.A. wykonała projekt falochronów i oświetlenia nawigacyjnego w Porcie Handlowym Sirte na mocy kontraktu nr 3/94”
  - „W okresie od 1998 do 2004 projekt został zrealizowany przy użyciu najnowocześniejszej technologii światowej, o czym świadczy użycie bloków betonowych Accropode dla ochrony falochronów i zgodnie z warunkami kontraktu wybudowano (2) falochrony na akwenuie otwartym Morza Śródziemnego (...)”,
  - W listopadzie 2004 w/w projekt został zgłoszony do odbioru”,
  - „W naszej ocenie Spółka Hydrobudowa S.A. jest firmą w pełni profesjonalną. Dzięki właściwej organizacji pracy oraz fachowości personelu technicznego Hydrobudowa wykonała prace na wymaganym poziomie jakościowym”,
8. konsorcjum Hydrobudowa załączyło także do oferty (str. 105 - 107) przetłumaczony z języka arabskiego na język polski Protokół odbioru końcowego projektu falochronów w porcie Sirte ze stycznia 2008, w którym w szczególności wskazano:
- 3/94 jako kontrakt, którego dotyczy protokół,
  - 13.01.1998 jako datę rozpoczęcia robót,
  - 24.11.2004 jako datę przekazania placu budowy, a jednocześnie jako termin zakończenia budowy po przedłużeniu (czasu realizacji).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wskazał dwa dokumenty, jako właściwe dla wykazania warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy: wykaz zawierający określone dane, w tym między innymi datę wykonania wskazanej roboty oraz dokument potwierdzający jej należyte wykonanie.

W Wykazie załączonym do oferty konsorcjum Hydrobudowa w pozycji 3 wskazano zarówno termin wykonania czyli datę zakończenia budowy dwóch falochronów i oświetlenia nawigacyjnego (listopad 2004) oraz wykonanie jettów w Porcie Handlowym w Sirte, jak i termin rozpoczęcia tej budowy (styczeń 1998). Z załączonego do Wykazu Protokołu odbioru końcowego projektu falochronów w porcie Sirte ze stycznia 2008 wynika nadto, że roboty rozpoczęto w dacie 13.01.1998 roku i zakończono w dacie 30.11.2004 roku.

W ocenie składu orzekającego Izby, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia uznać należy, że konsorcjum Hydrobudowa w sposób przewidziany postanowieniami Rozdziału 9, tj. poprzez złożony „Wykaz robót budowlanych” (poz. 3) wykazało, że wykonało 1 robotę budowlaną o żądanych przez zamawiającego cechach.



Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że konsorcjum w sposób przewidziany postanowieniami Rozdziału 9 wykazało, że wskazana w pozycji 3 robota budowlana została wykonana należyście.

Po pierwsze, przewidziany przez zamawiającego sposób wykazania należytego wykonania roboty budowlanej, odpowiadający regulacji § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zakłada oparcie się przez zamawiającego na ocenie wykonania roboty przez podmiot na rzecz, którego robota została wykonywana. Jest to założenie uzasadnione, ponieważ to ten właśnie podmiot ma pełną wiedzę tak co do postanowień łączącego strony kontraktu, jak i co do sposobu wywiązywania się przez wykonawcę z ciężących na nim na podstawie tegoż kontraktu obowiązków.

Po drugie, z językowego punktu widzenia kwestią obojętną pozostaje, w jaki sposób zostaje wyrażona przez wystawcę listu referencyjnego aprobatą dla prawidłowej realizacji kontraktu. Właściwym jest tu zarówno użycie zwrotu „należyte wykonania umowy”, jak i każdego innego, który nie pozostawia wątpliwości co do pozytywnej oceny przez wystawcę dokumentu wyników działań wykonawcy.

Po trzecie, skład orzekający Izby stwierdza, że brak jest jakichkolwiek podstaw, aby podważać, że list referencyjny z dnia 21.05.2005 roku pochodzi od strony, która nie ma pełnych informacji na temat warunków realizacji kontraktu, na podstawie którego realizowana była budowa dwóch falochronów w Porcie Handlowym w Sirte (3/94), a w konsekwencji, aby twierdzić, że informacje w liście tym zawarte są błędne.

Po czwarte, z listu referencyjnego z dnia 21.05.2005 r. wynika wykonanie dwóch falochronów i oświetlenia nawigacyjnego w sposób należyty, odpowiednio do zawartego kontraktu, ponieważ w liście tym wprost wskazano: „(...) Spółka Hydrobudowa S.A. wykonała projekt falochronów i oświetlenia nawigacyjnego, projekt został zrealizowany (...), zgodnie z warunkami kontraktu wybudowano (2) falochrony na akwenie otwartym Morza Śródziemnego (...)”. Co więcej wyrażono pozytywną opinię co do profesjonalizmu, właściwej organizacji pracy oraz fachowości personelu technicznego Hydrobudowy oraz co do wykonania prac na wymaganym poziomie jakościowym. Takie brzmienie listu referencyjnego nie pozostawia wątpliwości co do prawidłowej, rzetelnej, należytej, zgodnej z oczekiwaniami wystawcy listu realizacji kontraktu.

W ocenie składu orzekającego Izby, akceptując założenie o rozstrzygającej roli wystawcy listu referencyjnego dla oceny wykonania roboty, o czym była mowa wyżej, nie do przyjęcia jest jednocześnie zaakceptowanie próby oceny realizacji kontraktu przez podmioty trzecie, które - jak odwołujący - nie posiadają wiedzy co do postanowień kontraktu 3/94,

a nadto w oparciu o przepisy polskie w sytuacji, gdy kontrakt, jak oświadczył przystępujący na rozprawie, był realizowany według prawa libijskiego.

Swoje zastrzeżenia co do należytego wykonania dwóch falochronów i oświetlenia nawigacyjnego w Porcie Handlowym w Sirte odwołujący oparł zasadniczo na tym, że w Protokole odbioru końcowego projektu falochronów w porcie Sirte wskazano datę 22.06.2007 r. jako datę końcowego odbioru projektu, która jest datą niezgodną z wyznaczonym umownie terminem.

Jednak w ocenie składu orzekającego Izby okoliczność ta nie może być odczytywana w oderwaniu od innych informacji zawartych w tym samym Protokole, w tym w szczególności co do terminu zakończenia budowy po przedłużeniu (czasu realizacji) jako 30.11.2004 rok oraz w oderwaniu od listu referencyjnego z dnia 21.05.2005 roku. Zwraca bowiem uwagę fakt, że już z treści listu referencyjnego wynika zarówno to, że projekt (budowa) został wykonany w okresie 1998 - 2004, jak i to, że w listopadzie 2004 projekt został zgłoszony do odbioru. Świadczy to o tym, że wystawca listu referencyjnego, był świadomy tego rozróżnienia, wydając list referencyjny w dacie 21.05.2005 roku.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby, list referencyjny z dnia 21.05.2005 r. potwierdza należyte wykonanie roboty wskazanej w pozycji 3 „Wykazu robót budowlanych”, a pozorne sprzeczności tego listu z Protokołem odbioru końcowego projektu nie mogą być odczytywane z perspektywy szczątkowej wiedzy podmiotu trzeciego - odwołującego.

Przedłożony przez przystępującego wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego list referencyjny z 28.10.2009 r. potwierdza trafność stanowiska Izby, ponieważ wprost odnosi się do terminowego wykonania kontraktu: „Dyrekcja Budowy Portu Handlowego Sirte informuje, że polska Spółka HYDROBUDOWA S.A. wykonała w ustalonym kontraktem terminie projekt falochronów i oświetlenia nawigacyjnego w Porcie Handlowym Sirte na mocy kontraktu nr 3/94”, przy jednoczesnym zawarciu w treści listu informacji, iż „Projekt został zgłoszony do odbioru w terminie kontraktowym” oraz „Odbiór końcowy Projektu nastąpił 22.06.2008 r. Komisja odbiorca stwierdziła, że Projekt został wykonany w sposób zadowalający, zgodnie z warunkami Kontraktu 3/94 oraz w terminie ustalonym w kontrakcie”.

Skład orzekający Izby stwierdza nadto, że pozostałe dokumenty przedłożone przez przystępującego wraz ze zgłoszeniem do postępowania odwoławczego świadczą o odbiegających od przyjętych w Polsce reguł i realiów odbioru robót budowlanych w Libii.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wskazał żadnej argumentacji na poparcie zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Rozumienie tego przepisu jako podstawy do odrzucenia oferty w następstwie wykluczenia wykonawcy jest, wobec brzmienia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, błędne.

Skład orzekający Izby, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie orzekł co do zarzutów, które nie zostały zwarte w proteście, a zgłoszonych przez odwołującego dopiero w piśmie z dnia 16.11.2009 r. (uzupełnienie odwołania), tj. co do

- 1) zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że pismo z dnia 21.05.2005 r. (list referencyjny) nie zostało podpisane,
- 2) zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że tłumaczenie pisma z dnia 21.05.2005 r. (list referencyjny) nie zawiera podpisu osoby, która dokument tłumaczyła, a nawet danych identyfikacyjnych osoby, która dokument tłumaczyła, co nie spełnia wymogów określonych w § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W ocenie składu orzekającego, wbrew stanowisku odwołującego, zaprezentowanym na rozprawie, w powyższym przypadku nie mamy do czynienia jedynie z nową argumentacją odnoszącą się do uprzednio zawartych w proteście i odwołaniu zarzutów, ale z nowymi zarzutami. Skład orzekający Izby podziela wyrażane już w orzecznictwie Izby stanowisko, iż zarzuty to oświadczenia odwołującego, w których wskazuje on istnienie okoliczności tak faktycznych, jak i prawnych, przemawiających za słusnością stawianych żądań. Dlatego wskazanie innych okoliczności faktycznych (brak podpisu na dokumencie w języku arabskim, brak podpisu i danych identyfikujących osobę dokonującą tłumaczenia) jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy stanowi nowy zarzut.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....