

Sygn. akt: KIO 1059/18

WYROK

z dnia 14 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 czerwca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Kamena C.D. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, Safe CO LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Deship - Naval Services G. G. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Celnet sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie** w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Celnet sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** z postępowania z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej czy skierowania wezwania do uzupełnienia w tym zakresie oraz odnoszących się do przyznania temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie personelu;
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Kamena C.D. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, Safe CO LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Deship - Naval Services G. G. z siedzibą w**

Gdańsku i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Kamena C.D. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, Safe CO LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Deship - Naval Services G. G. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania

3.2. Zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Kamena C.D. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, Safe CO LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Deship - Naval Services G. G. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz **zamawiającego Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie** kwotę 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

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, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Pełnienie funkcji Inżyniera Budowy dla inwestycji pod nazwą Budowa dwóch wielozadaniowych jednostek pływających*” (numer postępowania PO-II-370/ZZP-3/37/17). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2017 r. za numerem 2017/S 190-389346. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 28 maja 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Kamena C.D. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, Safe CO LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Deship - Naval Services G. G. z siedzibą w Gdańsku – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na: wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Polski Rejestr Statków S.A. oraz Celnet sp. z o.o. sp. k. - dalej Konsorcjum PRS, PRS lub Przystępujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I. względem oferty Odwołującego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, poprzez niezasadne uznanie, że Odwołujący nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a w rezultacie wykluczenie Odwołującego z postępowania;

2. art. 24 ust. 4 ustawy pzp, poprzez niezasadne uznanie oferty Odwołującego jako odrzuconą;

II. względem oferty PRS:

3. art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum PRS jako najkorzystniejszej;

4. art 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez uprzywilejowane traktowanie PRS w postępowaniu względem Odwołującego, co stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b lit. b ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PRS w sytuacji, gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;

6. art. 26 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania PRS do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;

7. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu;

oraz

8. art. 7 ust. 1 ustawy ozp w zw. z art. 3 ust. 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419) (dalej: uznk), poprzez utrudnianie Odwołującemu dostępu do zamówienia oraz stawianie PRS w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych uczestników postępowania;

9. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz.798) (dalej: uokik), poprzez nadużycie pozycji dominującej oraz podejmowanie działań zmierzających do wyeliminowania istnienia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu;

10. art. 96 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie do dnia złożenia przedmiotowego odwołania dostępu do protokołu z postępowania, który jest dokumentem jawnym, a przez to uniemożliwienie skutecznego oraz kompleksowego skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu w ramach pzp środków ochrony prawnej.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 18 maja 2018 r. polegających na wykluczeniu Odwołującego, odrzuceniu jego oferty oraz wyborze oferty PRS jako najkorzystniejszej;

2) uznania oferty Odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą;

ewentualnie: uznanie, iż PRS dokonało autouzupełnienia dokumentów w sposób nieskuteczny, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu skierowanie wezwania do PRS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;

ewentualnie: uznanie, że PRS nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, a w konsekwencji, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp i o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o: rozpatrzenie sprawy w składzie trzech arbitrów; nie wyznaczanie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniach 5, 11 i 12 czerwca 2018 r. z w związku z zaplanowanymi zobowiązaniami zawodowymi Odwołującego; zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia kompletnego protokołu z postępowania, w tym również dokumentów pozyskiwanych od podmiotów zewnętrznych dotyczących oceny dokumentów Odwołującego; obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż gdyby Zamawiający podejmował działania w zgodzie z dyspozycją pzp i nie wykluczył Odwołującego z postępowania, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku wygenerowanego wskutek realizacji przedmiotowego zamówienia. Odnosząc się do interesu w unieważnieniu postępowania Odwołujący wskazał na wyrok TSUE zapadły w sprawie C-689/13, w którym wskazano, że interes w unieważnieniu postępowania może przejawiać się w ten sposób że jeżeli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w takim nowym postępowaniu udział i w ten sposób otrzymać zamówienie. Zatem, Odwołujący upatruje swój interes jako potencjalne uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania Zamawiającego, które z uwagi na wybór wykonawcy robót musi zostać wszczęte oraz zakończone zawarciem umowy na nadzór ww. robót. Odwołujący zaznaczył, że posiada również interes do stawiania zarzutów w kontekście nieudostępnienia mu wszystkich dokumentów wchodzących w skład protokołu z postępowania, gdyż takie działanie uniemożliwia mu skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej oraz formułowanie precyzyjnych zarzutów względem oceny jego oferty oraz oferty konkurentów.

Odwołujący wskazał następnie, że otrzymał informację o wykluczeniu z postępowania oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 18 maja 2018 r., w związku z tym 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upływa 28 maja 2018 r. Odnosząc się do zarzutów 6 i 7 Odwołujący podkreślił, iż informację ww. zakresie pozyskał w dniu 22 maja 2018 r., kiedy to otrzymał informację od firmy Remontowa Shipbuilding. Odwołujący w dniu 23 maja 2018 r. otrzymał od Zamawiającego część dokumentów z postępowania. W dniu 24 maja 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przesłanie pozostałych, istotnych dla sprawy oraz wniesienia odwołania dokumentów. Do dnia wniesienia odwołania Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi zwrotnej w tej sprawie. Mając na względzie powyższe termin na wniesienie odwołania został w ocenie Odwołującego zachowany.

Odwołujący w ramach opisu stanu faktycznego zaznaczył, że Zamawiający w dniu 19 stycznia 2018 r. zawiadomił wykonawców o wyborze PRS jako oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż złożona oferta zawierała gwarancję wadialną wystawianą tylko na jednego członka konsorcjum. Odwołujący w dniu 29 stycznia 2018 r. złożył odwołanie, w którym zakwestionował ww. okoliczność, a także zakwestionował prawidłowość złożonej przez PRS polisy OC (brak umocowania do wystawienia polisy, mnogość podmiotów na których została wystawiona polisa, brak potwierdzenia dowodu opłaty polisy etc.). Zamawiający, jak również PRS uczestniczący w postępowaniu jako Przystępujący, w toku rozprawy przed KIO wskazywali na absurdalność stawianych zarzutów wskazując, iż polisa OC ma na celu wykazanie „zdolności bycia ubezpieczonym”, a wykonawca nie jest zobowiązany wykazywać czy też udowadniać okoliczności, na które zwrócił uwagę Odwołujący w uzasadnieniu ww. odwołania. W dniu 1 marca 2018 r. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie dotyczącym niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brzmienie wniesionej gwarancji wadialnej, w pozostałym zaś zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego lub stwierdziła, iż przedstawione przez Odwołującego dowody były spóźnione (Odwołujący powziął część informacji na temat nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez PRS po wniesieniu ww. odwołania) nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego. W dniu 14 marca 2018 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu pierwotnej decyzji oraz na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. W dniu 6 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 i 4 ustawy do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zdolność finansowa i ekonomiczna.

Odwołujący uczynił zadość treści wezwania składając obszernie wyjaśnienia oraz uzupełniając brakujące dokumenty. Zamawiający w dniu 18 maja 2018 r. poinformował o ponownym wyborze oferty PRS jako oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z uwagi na niespełnienie ww. warunku w postaci zdolności finansowej i ekonomicznej.

Odwołujący podkreślił, iż wszystkie czynności podejmowane w niniejszym postępowaniu od momentu jego wszczęcia po ponowny wybór, były nakierowane na preferowanie PRS jako wykonawcy w tym postępowaniu oraz wybór oferty PRS na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego przyjęte przez Zamawiającego rozstrzygnięcie stanowi rażące naruszenie naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Z tych względów ocena zasadności podnoszonych zarzutów wymaga szczegółowej analizy działań podejmowanych przez Zamawiającego w kontekście czynności podejmowanych względem oferty PRS (pobieżna analiza oferty, skutkująca koniecznością uwzględnienia w części odwołania z dnia 29 stycznia 2018 r., przyjęcie skuteczności dokonanego autouzupelniania dokumentów) oraz Odwołującego (kilkukrotne wzywanie do wyjaśnień, zasięganie opinii prawnych co do oceny poprawności jego oferty, zwracanie się do wystawcy referencji o potwierdzenie doświadczenia jednego z członków konsorcjum, pozyskanie opinii brokerskiej na temat polis OC Odwołującego etc.).

Odwołujący wskazał, że na potrzeby wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył trzy polisy OC, z czego każda z nich została zakwestionowana oraz uznana przez Zamawiającego jako niewystarczająca dla spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 5.2.3.2 SIWZ. Zdaniem Zamawiającego:

1. Polisa nr 307-17-430-05931054 - wskazuje, iż zakres działalności wykonawcy wskazany w polisie OC nie jest związany z przedmiotem zamówienia, co potwierdzać ma opinia sporządzona przez brokera ubezpieczeniowego. W przedmiotowej opinii broker miał wskazać, że wskazana w opinii „działalność wykonawcy nie pozostaje nawet w minimalnym związku z przedmiotem zamówienia”;
2. Polisa nr 307-17-430-05931055 - (która nota bene również formalnie jest literalnie tożsama z przedmiotem zamówienia) została uznana za poprawną, jednakże suma ubezpieczeniowa, na którą została wystawiona wynosi 2 mln zł;

3. Polisa nr 20/1024/2017 - polisa stanowiąca zasób podmiotu trzeciego; Zamawiający uznał, iż fakt przedłożenia polisy - w sytuacji rzekomej deklaracji na etapie składania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu - jest niedopuszczalny w świetle wyroku C-387/14. który ma wskazywać, że powołanie się na zdolności podmiotów trzecich nie jest dopuszczalne na etapie składania dokumentów.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż Opis Przedmiotu Zamówienia został określony szeroko i obejmuje wykonywanie „innych działań związanych z nadzorem, administrowaniem, zarządzaniem i/lub kontrolowaniem Inwestycji” (pkt 1 OPZ). W świetle braku jednoznacznego zdefiniowania przedmiotu zamówienia czynienie na tym etapie postępowania zarzutu, że Odwołujący przedłożył polisę potwierdzającą ubezpieczenie działalności niezwiązaną z przedmiotem zamówienia wydaje się być nieuprawnione oraz w sposób rażąco narusza dyspozycję przepisów ustawy pzp. W ocenie Odwołującego przedłożona polisa jest związana z przedmiotem zamówienia i w sposób jednoznaczny potwierdza, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż przyjęta przez Zamawiającego podstawa prawna podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest kuriozalna oraz wskazuje, iż Zamawiający dokonuje oceny dokumentów w sposób całkowicie dowolny oraz arbitralny. Odwołujący podkreślił, że w trakcie rozprawy w sprawie KIO 171/18 kwestionował on polisę OC złożoną przez PRS wskazując na szereg uchybień natury formalnej przedstawionej polisy (wielość podmiotów ubezpieczonych, brak dowodu istnienia ubezpieczenia z uwagi na brak dowodu opłaty, brak umocowania osoby podpisującej polisę itp.) - Zamawiający jednakże konsekwentnie stał na stanowisku, iż złożona polisa PRS jest prawidłowa (Zamawiający zaaprobował stanowisko Przystępującego PRS sformułowane na rozprawie KIO 171/18, że polisa składana jest w celu wykazania zdolności bycia ubezpieczonym, a kwestie formalne polisy mają znaczenie drugorzędne. W świetle powyższego Odwołujący wyraził zaskoczenie zachowaniem Zamawiającego, który w toku jednego postępowania przetargowego w sposób całkowity zmienia przyjmowaną dotychczas koncepcję oceny zdolności ubezpieczeniowej w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zależności od podmiotu, który jest oceniany. Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji inżyniera projektu. Odwołujący przedłożył trzy polisy wskazujące na następujące przedmioty działalności podmiotu ubezpieczonego: najem /użytkowanie nieruchomości oraz ruchomości związanych z budową statków, budowa kadłubów oraz wykonywanie remontów statków. Zakresy działalności nie pokrywają się z literalnym, dosłownym brzmieniem przedmiotu zamówienia, a niemniej to Zamawiający czyni zarzuty w stosunku tylko do jednej ze złożonych polis. Co więcej, konkurent Odwołującego złożył polisę OC, w której jako

przedmiot działalności ubezpieczeniowego wskazano nadzór klasyfikacyjny statków - który podobnie, jak najem, nie jest sensu stricte związany z przedmiotem zamówienia, gdyż odnosi się do pobocznej działalności wykonawcy. Odnosząc się do uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, iż Zamawiający podstawę swojej decyzji upatruje w opinii z dnia 9 kwietnia 2018 r. wydanej przez brokera ubezpieczeniowego. Odwołujący poddał pod rozagę Izby ocenę sporządzonej opinii, w której brak jest wskazania podstawy prawnej wydanej oceny, wskazania dokumentów w oparciu o które została sporządzona, roli w postępowaniu osoby ją podpisującej (biegły, konsultant) etc. jako miarodajnego. Odwołujący zwrócił również uwagę na datę jej sporządzenia, która przypada po dacie wezwania PRS do uzupełnienia brakujących dokumentów (które miało miejsce 28 marca 2018 r.), tj. została wydana po formalnym podjęciu przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Skoro bowiem Zamawiający wezwał PRS do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp Odwołujący musiał - jako podmiot, którego oferta uzyskała najwięcej punktów w ramach kryteriów oceny ofert - zostać wykluczony z postępowania. Powyższe może wskazywać, iż pozyskanie przedmiotowej opinii brokerskiej miało na celu iluzoryczne, formalistyczne potwierdzenie decyzji Zamawiającego, która została podjęta znacznie wcześniej. W świetle przytoczonych argumentów zarzuty Odwołującego, o których mowa na wstępie odwołania wydają się uzasadnione oraz potwierdzają, że Zamawiający podejmuje działania w celu powierzenia PRS zamówienia. Odwołujący zaznaczył, iż na potrzeby udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykazywanie się zdolnością finansową i ekonomiczną w postaci polisy ubezpieczeniowej nie ma celu potwierdzenia, iż realizacja przedmiotu zamówienia będzie objęta ochroną ubezpieczeniową, ale potwierdzenie, iż wykonawca posiada zdolność do bycia podmiotem ubezpieczonym. Każda firma ubezpieczająca przed wystawieniem polisy dokonuje weryfikacji kondycji i historii finansowej i biznesowej danej firmy i na podstawie tej analizy określa ryzyka związane z udzieleniem ewentualnego ubezpieczenia. Podmiot, co do którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia sytuacji skutkującej koniecznością wypłaty sumy gwarancyjnej nie ma możliwości uzyskania ubezpieczenia. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie powinien utożsamiać polisy OC składanej na potrzeby wykazania się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu na etapie przetargu z polisą OC zabezpieczającą wykonanie umowy na nadzór czy też gwarancją zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Do złożenia takiej polisy Wykonawca będzie zobowiązany dopiero na etapie realizacji umowy - zgodnie z § 10 oraz § 13 wzoru umowy na nadzór. Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2444/17). Odwołujący

wskazał, iż przywołany przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia fragment ww. wyroku został wyrwany z kontekstu. Odwołujący powołał się na wyroki KIO 2084/151, KIO 1431/15, KIO 2395/15, KIO 1083/14, KIO 1505/12, KIO 2215/13, KIO 915/15 oraz stanowisko doktryny i UZP. Odwołujący wskazał, że w świetle ww. orzeczeń wywodzone przez Zamawiającego argumenty nie zasługują na aprobatę. Podejmowane przez Zamawiającego działania przeczą w zasadzie jednolitemu i wypracowanemu na przestrzeni lat stanowisku ww. brzmieniu. Wydanie orzeczenia w odmiennym brzmieniu będzie stanowiło zaprzeczenie ugruntowanemu stanowisku Izby w tym zakresie. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający działa w sposób stronniczy i w zależności czy problem dotyczy Odwołującego czy PRS podejmuje odmienne decyzje w sprawie. Krajowa Izba Odwoławcza jako podmiot legitymowany do oceny działań podmiotów publicznych powinna orzec i wydać stanowisko czy tego rodzaju działania mieszczą się w kategoriach czynności zgodnych z dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznał, iż Odwołujący w sposób nieskuteczny powołał się na zasób ALKOR Sp. z o.o. w zakresie zdolności ubezpieczeniowej na kwotę 3 mln euro z uwagi na brzmienie orzeczenia C- 387/14, gdyż „powołanie się na zdolności podmiotów trzecich nie jest dopuszczalne na etapie uzupełnienia dokumentów”. Odwołujący na etapie składania ofert wskazał, iż będzie korzystał z potencjału podmiotów trzecich; z JEDZ konsorcjantów wynika zupełnie inna informacja aniżeli ta, która została wywiedziona przez Zamawiającego. Zamawiający powołał się na JEDZ spółki SAFE pominał natomiast informacje znajdujące się w dokumentach pozostałych konsorcjantów; w żadnym z nich nie wynika, iż zdolność ekonomiczna i finansowa będzie wykazywana jedynie na podstawie zasobów własnych. Zamawiający dokonał własnej, niewynikającej z posiadanych dokumentów, interpretacji złożonych oświadczeń; konsorcjanci w JEDZ wskazali, iż będą korzystać z zasobów podmiotów trzecich. Przedmiotowe orzeczenie (C-387/14), co potwierdza Urząd Zamówień Publicznych, ma zastosowanie do sytuacji, w których wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp. uzupełnia zobowiązanie i dokumenty podmiotu trzeciego, który nie był wskazywany na wcześniejszym etapie postępowania. Orzeczenie pomija przedłożenie pierwotne dokumentów z art. 26 ust. 1 ustawy pzp - na dzień wszczęcia postępowania sądowego przed TSUE (2014 r.) instytucja złożenia (nie uzupełniania) dokumentów nie była jeszcze znana tak prawu unijnemu, jak i krajowemu, art. 26 ust. 1 ustawy pzp odwołuje się do „złożenia dokumentów”; art. 26 ust 3 ustawy pzp do „uzupełnienia”. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2336/17 oraz KIO 1581/17. Odwołujący zaznaczył, że w świetle stanowisk UZP i KIO przywołany wyrok TSUE nie ma zastosowania na kanwie niniejszego stanu faktycznego. Zamawiający w sposób

pobieżny dokonał wykładni ww. orzeczenia, co skutkowało przyjęciem niewłaściwych i nieadekwatnych do zaistniałego stanu faktycznego wniosków.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 ustawy pzp, gdyż w niniejszym stanie faktycznym zarówno Odwołujący, jak i PRS, nie wykazali, iż legitymują się polisą OC, która w swojej treści odnosi się do literalnego brzmienia opisu przedmiotu zamówienia, tj. nie jest sensu stricte związana z przedmiotem zamówienia. Niemniej jednak Zamawiający w stosunku do PRS nie poczynił żadnych zastrzeżeń przyjmując, iż treść przedłożonej przez tego wykonawcę polisy OC nie pozostawia wątpliwości co do tego, czy ten wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. W ocenie Odwołującego zasada równego traktowania wykonawców została przez Zamawiającego zachwiana. Odwołujący zaznaczył, że przyjmując założenia Zamawiającego skierowane względem Odwołującego Zamawiający powinien uznać, iż PRS również nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Zaniechanie podjęcia decyzji ww. brzmieniu Zamawiający stawia PRS w preferencyjnej sytuacji względem Odwołującego. W dalszej kolejności idąc w ślad za przyjętym przez Zamawiającego stanowiskiem dotyczącym konieczności wykazania się polisą OC, w zakresie ubezpieczenia „związanego z przedmiotem zamówienia” Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający nie wskazał czy i w jaki sposób ocenił polisy OC złożone w ramach autouzupelnienia, tj. bez wezwania Zamawiającego do ich uzupełnienia. Odwołujący wskazał, że PRS w dniu 29 grudnia 2017 r. dokonał złożenia polisy OC w ramach odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp, w dniu 19 stycznia 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru PRS jako oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 29 stycznia 2018 r., na rozprawie w dniu 14 lutego 2018 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględni odwołanie w części dot. zarzutu zaniechania wezwania PRS do uzupełnienia brakujących zaświadczeń z KRK dla członków zarządu konsorcjantów, 4 marca 2018 r. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała przeprowadzić ponowne badanie oraz ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, 28 marca 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp dokonał wezwania PRS do uzupełnienia brakujących oświadczeń, 9 kwietnia 2018 r. Zamawiający pozyskał opinię brokerską na temat polisy OC Odwołującego, 24 kwietnia 2018 r. PRS dokonał autouzupelnienia polis OC, dnia 5 maja 2018 r. PRS dokonał autouzupelnienia odpisu z KRS powołując się na pomyłkę w piśmie z dnia 28 marca 2018 r. W ocenie Odwołującego dokonanie autouzupelnienia polis przez PRS było skutkiem pozyskania przez Zamawiającego opinii brokerskiej oraz negatywne zweryfikowanie przez PRS wskazanego potencjału (co dodatkowo potwierdza, że złożona pierwotnie polisa nie spełniała warunku udziału w postępowaniu). Odwołujący zauważył, że w świetle najnowszego orzecznictwa

Krajowej Izby Odwoławczej samodzielne uzupełnianie dokumentów przez wykonawcę należy uznać za bezskuteczne i nie zwalniające Zamawiającego z konieczności skierowania względem wykonawcy stosowanego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp (KIO 61/15, KIO 2343/17; KIO 2344/17, r. KIO 2079/14, KIO 1122/16, KIO 1716/13). W świetle powyższego jeżeli Zamawiający uznał, że polisa OC musi w swoim brzmieniu przynajmniej w minimalnym stopniu odnosić się do przedmiotu zamówienia to powinien uznać, iż polisa OC PRS złożona na wezwanie z art 26 ust. 1 ustawy pzp nie spełnia przedmiotowego warunku. Ubezpieczony przedmiot działalności polisy OC odnosi się do działalności klasyfikacyjnej w zakresie konwencji nie mających zastosowania w przedmiotowej sprawie. Zatem, Zamawiający był zobowiązany wezwać PRS do uzupełnienia polisy OC na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 2 ust. 1 lit. e wzoru umowy, do jednych z zadań wykonawcy wyłonionego w ramach przedmiotowego postępowania będzie należała współpraca z Towarzystwem Klasyfikacyjnym w zakresie realizacji przedmiotu Kontraktu. Odwołujący w dniu 22 maja 2018 r. pozyskał informację, iż z ww. Towarzystwem będzie PRS. W świetle powyższego w niniejszym stanie faktycznym w przypadku nieuwzględnienia przedmiotowego odwołania nastąpi sytuacja, iż PRS będzie pełnił dwojaką funkcję na kontrakcie (nadzór na budowę statku i podwykonawstwo przy budowie statku) i faktycznie współpracował sam ze sobą i kontrolował sam siebie. W ocenie Odwołującego powyższe stanowi rażące naruszenie przywołanych ww. treści zarzutów przepisów, gdyż będzie prowadzić do sytuacji, iż to PRS będzie decydował o kształcie i sposobie realizacji zamówienia, mimo tego, iż jako Inżynier Budowy będzie zobowiązany działać w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Z uwagi na okoliczność, iż co do zasady dla budowy wszystkich elementów statku potrzebne są wytyczne, zgody lub zatwierdzenia Towarzystwa Klasyfikacyjnego ww. sytuacja wymaga szczególnego rozważenia w kontekście tego czy PRS jako Inżynier Budowy daje rękojmię działania w sposób bezstronny i niezależny. Odwołujący stoi na stanowisku, iż podejmowane przez Zamawiającego działania mają na celu ograniczenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu oraz nadanie PRS statusu monopolisty, który z jednej strony będzie budował, a także nadzorował budowę jednostek pływających. Działania Zamawiającego w sposób ewidentny preferują konkretnego wykonawcę, o czym świadczy sposób zachowania oraz zakres badania przeprowadzony względem oferty Odwołującego oraz oferty PRS. Odwołujący na marginesie wskazał, iż w toku postępowania odwoławczego sam pełnomocnik PRS przyznał, iż w ofercie na potrzeby wykazu osób na kryteria oceny ofert wskazano nieprawdzie informacje odnośnie doświadczenia p. R. i p. P.. Powyższe jednakże nie skłoniło Zamawiającego do dokonania

weryfikacji ww. informacji - Zamawiający ponownie przyznał PRS maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium doświadczenie personelu, tj. pomimo informacji, że ww. oferta PRS nie powinna otrzymać punktów w ramach ww. kryterium. Zamawiający jako gospodarz postępowania nie podjął żadnych działań zmierzających do wyjaśnienia ww. sytuacji. Pominięcie przez Izbę ujawnionych nieprawidłowości nie zwalniało Zamawiającego jako podmiot publiczny oraz dysponenta środków publicznych z weryfikacji tych informacji, tym bardziej że złożenie fałszywych oświadczeń na potrzeby udziału w przetargu o udzielenie zamówienia stanowi przestępstwo, o którym mowa w art. 297 § 1 kodeksu karnego. Zamawiający, jako podmiot dzierżący oryginały złożonych dokumentów był zobowiązany na podstawie § 2 ww. przepisu zgłosić właściwym organom podejrzenie popełnienia przestępstwa przez PRS.

Odwołujący zauważył także, że powyższe permanentnie wiąże się z kolejnym zarzutem, tj. zaniechaniem, opieszałością Zamawiającego w przekazywaniu Odwołującemu dokumentów wygenerowanych w toku przedmiotowego postępowania, w tym protokołu, który jest jawny. Działanie Zamawiającego polegające na udostępnianiu dokumentów po terminie na złożenie odwołania (jak miało to miejsce na kanwie sprawy KIO 171/18) w sposób ewidentny dowodzi jaki jest faktyczny cel i intencja Zamawiającego oraz prowadzi do tego, iż Odwołujący nie ma możliwości skutecznie bronić swojego interesu oraz formułować skuteczne zarzuty. Zamawiający działa z pokrzywdzeniem interesu Odwołującego, w sposób bezpośredni godząc w zasadę równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Dnia 11 czerwca 2018 r. Zamawiający złożył pismo procesowe, w którym uwzględnił część zarzutów odwołania, a mianowicie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i na tej podstawie Zamawiający zobowiązał się unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 maja 2018 roku. Zamawiający podniósł, że w związku z okolicznościami opisanymi w odwołaniu oraz wątpliwościami w zakresie informacji podanych przez Przystępującego w treści oferty (kryteriów pozacenowych) - w odniesieniu do tej części zarzutów, które nie zostały dotychczas rozpoznane w sprawie KIO 171/18 - Zamawiający zobowiązał się do zweryfikowania przedmiotowych informacji i wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie i dokonania ponownej oceny ofert.

W dniu 12 czerwca 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał częściowe

uwzględnienie zarzutów odwołania oraz wnioś o przeprowadzenie dowodów z dokumentów oraz wydruków korespondencji e-mail załączonych do odpowiedzi na odwołanie. Ponadto wnioś o oddalenie odwołania w całości, ewentualnie: odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w części dotyczącej spóźnionych zarzutów oraz na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w części dotyczącej powołania się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę oraz oddalenie odwołania w pozostałej części, a także zasądzenie od Odwołującego wobec Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3567,00 zł. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odnosnie zarzutów dotyczących wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wskazał, że zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 5.2.3.2 IDW, wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni - w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia wykazać posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie niższą niż 4,0 mln złotych. Zamawiający w toku badania i oceny ofert uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku, co stanowiło podstawę do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. W cenie Zamawiającego niezasadny pozostaje zarzut Odwołującego, dotyczący rzekomego nieistnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum Kamena z udziału w postępowaniu oraz uznania oferty tegoż Wykonawcy za odrzuconą. W przedmiotowym zakresie Zamawiający podniósł, iż niesporna pozostaje okoliczność, iż nie jest dopuszczalne utożsamianie polisy OC składanej na potrzeby wykazania się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu ma etapie przetargu, z polisą OC złożoną jako ubezpieczenie realizacji umowy lub z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Zamawiający nie kwestionował poglądów wyrażanych w piśmiennictwie, do których odwołuje się również Wykonawca, iż warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji zdolności ekonomicznej j finansowej danego wykonawcy, a nie zabezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej tego wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem zamówienia ubezpieczenie przedkładane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest innym ubezpieczeniem niż ubezpieczenie, jakie będzie musiało zostać ustanowione w toku realizacji zamówienia, np. ubezpieczenie danej inwestycji. Pogląd taki wyraziła m.in. KIO w wyroku z dnia 29 kwietnia 2016 r. (KIO 572/16). Wbrew twierdzeniom podniesionym w odwołaniu, Zamawiający zastosował przedmiotowe stanowisko doktryny w toku badania ofert. Zamawiający nie dokonał bowiem analizy polis przedstawionych przez Konsorcjum Kamena w kontekście posiadania

ubezpieczenia na etap realizacji umowy (tj. polisy wymaganej we wzorze umowy), lecz w odniesieniu do obowiązku wykazania warunku udziału w postępowaniu, który to warunek został jednoznacznie określony w SIWZ oraz ustawie pzp. Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii pozostaje jednak przyjęcie zgodnie z regulacjami pzp, że warunek udziału w postępowaniu obejmuje posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego oraz przytoczonymi w samym odwołaniu orzeczeniami KIO, badaniu podlegać powinna kwestia zdolności do bycia ubezpieczonym. Zamawiający zauważył, iż zgodnie z wymaganiami określonymi zarówno w SIWZ, jak i wynikającymi z treści przepisu § 2 ust. 2 pkt 4) Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Wykonawca winien dysponować ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W tym kontekście i na podstawie powołanego przez Odwołującego orzecznictwa, konieczne pozostaje przyjęcie, że ustalenie zdolności do bycia ubezpieczonym wymaga dokonania badania nie tyle zdolności posiadania ubezpieczenia jakiegokolwiek rodzaju, lecz zdolności do ubezpieczenia takiej działalności, która pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia. Zamawiający podniósł, iż obecnie prezentowane stanowisko Zamawiającego, nie stanowi zmiany wobec twierdzeń prezentowanych przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 171/18. W poprzednim postępowaniu nie badano kwestii zakresu ubezpieczonej działalności PRS, gdyż zarzuty ówczesnego odwołania dotyczyły wyłącznie: objęcia ubezpieczeniem kilku podmiotów, braku przedstawienia dowodu opłacenia polisy oraz jej podpisania przez osobę nieumocowaną. Konsorcjum Kamena nie podnosiło w odwołaniu w sprawie KIO 171/18 zarzutów odwołujących się do zakresu ubezpieczonej działalności PRS. Zamawiający konsekwentnie i niezmiennie podtrzymał stanowisko, iż konieczne pozostaje uznanie polisy Konsorcjum PRS złożonej w dniu 29 grudnia 2018 r. (polisa TUIR Warta S.A. z dnia 30 października 2017 r.), za dokument potwierdzający wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w postaci posiadania przez PRS ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów Wykonawcy wskazał również, iż nieuzasadnione pozostaje stanowisko, że Opis Przedmiotu Zamówienia określony został szeroko lub niejednoznacznie. Odwołujący nie składał odwołania w zakresie treści SIWZ w ustawowym terminie, a obecne twierdzenia pozostają w ocenie Zamawiającego spóźnione, merytorycznie bezzasadne i przygotowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. W treści punktu 3 IDW wskazano w sposób nie budzący wątpliwości, iż przedmiotem

zamówienia pozostaje świadczenie usług polegających na nadzorze i kontroli podmiotu, który wybrany zostanie przez Zamawiającego w odrębnym postępowaniu przetargowym w toku realizacji zadania pod nazwą: „Budowa dwóch wielozadaniowych jednostek pływających”. Badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia wymagało zatem analizy obszaru prowadzonej i ubezpieczonej działalności wykonawców w kontekście zakresu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że zarówno w treści wyjaśnień z dnia 11 kwietnia 2018 r., jak i w odwołaniu, Konsorcjum Kamena konsekwentnie odnosił się do stanowisk wyrażonych w orzecznictwie KIO, w odniesieniu do badania okoliczności zdolności do bycia ubezpieczonym. Wbrew zarzutom odwołania, przytoczone przez Zamawiającego w treści decyzji z dnia 18 maja 2018 r. fragmenty przedmiotowych orzeczeń (inne, niż te które powołał Odwołujący), nie zostały wyrwane z kontekstu. Zamawiający ponownie podniósł, iż nie kwestionuje ogólnego przesłania tychże orzeczeń, że co do zasady KIO stoi na stanowisku, że sformułowanie „działalność związana z przedmiotem zamówienia” nie oznacza wymagania, aby wykonawca już w toku postępowania o udzielenie zamówienia posiadał ubezpieczenie wykonania danego zamówienia. Cytaty zaczerpnięte z uzasadnień przedmiotowych orzeczeń, miały jednak na celu wykazanie, że wbrew stanowisku Konsorcjum Kamena KIO zawsze dokonywała oceny (nawet pobocznie, przy okazji badania ubezpieczeniowych), czy dane polisy dotyczą działalności pozostającej co najmniej w minimalnym związku z przedmiotem zamówienia. Zamawiający przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 grudnia 2017 roku, KIO 2444/17, z dnia 03 stycznia 2017 roku, KIO 2395/15, z dnia 07 października 2015 roku, KIO 2084/15, z dnia 17 czerwca 2014 roku, KIO 1083/14, z dnia 30 lipca 2012 roku, KIO 1505/12.

Zamawiający podkreślił, że dokonanie oceny spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (w postaci dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia) wymagało ustalenia, czy Wykonawca prowadzi działalność związaną z przedmiotem zamówienia i czy działalność ta jest ubezpieczona w zakresie OC. Odnosząc powyższe do poszczególnych polis złożonych w toku postępowania przez Konsorcjum Kamena, Zamawiający dokonał ich analizy, ustalając, co następuje.

1) Polisa OC nr 307-17-430-05931054 wystawiona na rzecz spółki Safe przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A. Z treści polisy nr 307-17-430-05931054 wynika, że obejmuje ona ubezpieczenie następującego rodzaju działalności: najem nieruchomości położonych w Gdańsku, przy ul. Doki 1 oraz najem ruchomości we wskazanej

lokalizacji. Zamawiający podniósł, iż w związku z wątpliwościami w zakresie przedmiotu ubezpieczenia, zapisy polisy nr 307-17-430-05931054 poddane zostały analizie przez specjalistyczny podmiot (eksperta) brokera ubezpieczeniowego. Broker wyraził opinię, że ubezpieczona w tejże polisie działalność nie pozostaje w jakimkolwiek związku - nawet minimalnym z przedmiotem zamówienia. Najem nieruchomości lub ruchomości albo podobne czynności nie będą bowiem przedmiotem umowy zawartej z wykonawcą. Tego rodzaju działalność nie stanowi jakiegokolwiek nawet pobocznego - obowiązku umownego. Zamawiający zaznaczył, że niezależnie od powyższej opinii, powzięte zostały w toku badania polisy dalsze wątpliwości, w zakresie dopuszczalności interpretacji treści polisy. Powzięte wątpliwości zmierzały do wyjaśnienia, czy obejmuje ona ubezpieczenie w takiej postaci, że dotyczy szkód w wynajmowanych przez Safe nieruchomościach, powstałych w toku prowadzonej przez Safe działalności. Z odpisu z KRS spółki Safe wynikało bowiem, że spółka ta prowadzi działalność m.in. oznaczoną w Polskiej Klasyfikacji Działalności pod numerem 71.1 (tj. „Działalność w zakresie architektury i inżynierii oraz związane z nią doradztwo techniczne”), a także PKD nr 74.90.Z (tj. „Pozostała działalność profesjonalna, naukowa i techniczna, gdzie indziej niesklasyfikowana”). Powzięto zatem wątpliwość, czy możliwe byłoby korzystne dla Odwołującego założenie, że przedmiotowa polisa dotyczy takiej sytuacji, iż jeśli Safe wyrządzi szkodę w wynajmowanej nieruchomości swoją działalnością inżynierską czy doradczą (jeśli uznać związek takiej działalności z przedmiotem zamówienia), to takie zdarzenie będzie objęte ubezpieczeniem ze wskazanej polisy. Broker ubezpieczeniowy Zamawiającego zwrócił się o wyjaśnienie powyższej wątpliwości bezpośrednio do wystawcy polisy - TUiR Allianz Polska S.A. Przedstawiciel ubezpieczyciela oraz broker w informacjach e-mail z dnia 10 maja 2018 r. oraz uzupełnieniu z dnia 16 maja 2018 r. wyjaśnili, że polisa ta stanowi jednak wyłącznie OC najemcy nieruchomości. Wskazano, iż polisa nie obejmuje ubezpieczenia działalności zawodowej, rozumianej jako związana z przedmiotem zamówienia. Wyjaśniono bowiem, że „Ochrona w ramach niniejszej polisy obejmuje wyłącznie szkody w najmowanych ruchomościach i nieruchomościach zgodnie z lokalizacją wskazaną w rodzaju ubezpieczonej działalności. Do zakresu ubezpieczenia klient nie zgłaszał nam: „Pozostała działalność profesjonalna, naukowa i techniczna, gdzie indziej niesklasyfikowana” - za co nie ponosimy odpowiedzialności. W ramach zawartych polis odpowiadamy jedynie za zgłoszony rodzaj działalności, a nie wszystkie wpisane w regonie czy też KRS nr PKD” (...) „W przedmiotowej polisie brak jest odpowiedzialności za OC zawodowe, za jakie należy uznać „działalność w zakresie architektury i inżynierii oraz związane z nią doradztwo techniczne.” Zamawiający wskazał, że na podstawie powyższych wyjaśnień konieczne pozostaje zatem przyjęcie, że

polisa nr OC nr 307-17-430-05931054 stanowi potwierdzenie posiadania przez spółkę Safe ubezpieczenia innego rodzaju działalności, niż wymagał tego Zamawiający oraz regulacje pzp - tj. nieposiadającej związku z przedmiotem zamówienia. Czynności związane z najmem nieruchomości i ruchomości nie stanowią przedmiotu zamówienia oraz nie pozostają w minimalnym nawet związku z tymże przedmiotem. Zamawiający podkreślił, że wbrew bezpodstawnym zarzutom Odwołującego, opisane powyżej czynności, podejmowane w toku badania ofert, nie stanowiły w jakimkolwiek zakresie przejawu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Przeciwnie - Zamawiający podejmował wyłącznie takie czynności, które miały na celu potwierdzenie spełniania przez Konsorcjum Kamena warunku udziału w postępowaniu wobec treści polisy nr 307-17-430-05931054. W związku z faktem, że Zamawiający nie pozostaje podmiotem posiadającym specjalistyczną wiedzę w zakresie ubezpieczeń, obiektywne i szczegółowe badanie przeprowadzone zostało z uwzględnieniem zarówno udziału brokera ubezpieczeniowego, jak i wystawcy polisy. Kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego zmierzały do zapewnienia zasady równego traktowania wykonawców. Czynności sprawdzające przyjmowały bowiem korzystną dla Konsorcjum Kamena interpretację złożonej do postępowania polisy. W tym zakresie decydujące znaczenie miała jednak wykładnia autorska wystawcy polisy - TUIR Allianz S.A.

2) Polisa OC nr 307-17-430-05931055 wystawiona na rzecz spółki Safe przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca przedłożył dodatkowo drugą polisę, wystawioną przez TUIR Allianz S.A. (polisa nr 307-17-430-05931055). Analiza przedmiotowej polisy prowadziła do wniosku, iż nawet gdyby z daleko idącej ostrożności przyjąć istnienie - szeroko rozumianego - związku ubezpieczonej w tejże polisie działalności („budowa kadłubów statków, konstrukcje stalowe, remonty statków”) z przedmiotem zamówienia, to przedmiotowa polisa nie potwierdzała posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z zapisami punktu 5.2.3.2 SIWZ, Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 4 mln zł. Przedstawiona polisa nr 307-17-430-05931055 nie spełniała wymagań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie, gdyż wskazana w jej treści suma ubezpieczenia wynosi 2 mln zł.

Zamawiający zauważył, że analiza przytoczonej odpowiedzi TIJiR Allianz S.A. potwierdza stanowisko, iż badanie zakresu ubezpieczonej działalności pozostaje celowe w kontekście weryfikacji zdolności ubezpieczeniowej danego wykonawcy. Zakres zgłoszonej do ubezpieczenia działalności stanowi bowiem podstawę ustalenia zakresu

odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń - i w związku z powyższym decyduje o wysokości składki. Powyższe natomiast stanowi wyznacznik dla ustalenia zdolności danego podmiotu do uiszczenia przedmiotowej składki, co ma istotne znaczenie dla określenia zdolności do bycia ubezpieczonym. Skoro w stanie faktycznym sprawy nie została zgłoszona do ubezpieczenia (nie jest ubezpieczona działalność związana z przedmiotem zamówienia - Wykonawca nie zgłosił takiej przy zawieraniu polisy nr 307-17-430-05931054), to uznać należy, że Konsorcjum Kamena nie posiada oraz nie wykazało zdolności do bycia ubezpieczonym w tym zakresie. Potwierdzeniem powyższego pozostaje analiza wysokości składek w polisach przedstawionych przez Odwołującego. Pomimo, iż suma ubezpieczenia w polisie nr 307-17-430-05931054 (dot. najmu) wynosi aż 10 mln zł, składka za to ubezpieczenie opiewa jedynie na kwotę 13.600 zł. Tymczasem odnosząc powyższe do polisy nr 307-17-430-05931055 (dot. budowy statków i konstrukcji stalowych), której suma ubezpieczenia pozostaje 5-krotnie niższa (wynosi 2 mln zł), składka jest wielokrotnie wyższa (wynosi 44.000 zł). Konieczność badania zakresu i przedmiotu ubezpieczonej działalności ma zatem znaczenie kluczowe, gdyż - oprócz faktu, że jest wymagana obowiązującymi przepisami i SIWZ, pozostaje niezbędna dla ustalenia zdolności do bycia ubezpieczonym w koniecznym zakresie.

3) Polisa OC nr 20/1024/2017 wystawiona na rzecz spółki ALKOR sp. z o.o. przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Zamawiający podniósł, iż pozbawiony uzasadnienia pozostaje zarzut zawarty w odwołaniu, dotyczący rzekomo skutecznego złożenia dodatkowej polisy podmiotu trzeciego polisy OC nr 20/1024/2017 dla spółki ALKOR sp. z o.o. Nie pozostaje bowiem prawidłowe interpretowanie przez Odwołującego kwestii pierwotnego złożenia dokumentów lub ich uzupełnienia w odniesieniu do stanowisk opartych o wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Kluczowe znaczenie dla ustalenia możliwości uwzględnienia przedmiotowej polisy wraz z dokumentami towarzyszącymi pozostaje fakt złożenia ich dopiero na etapie postępowania po wezwaniu do złożenia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 1 ustawy pzp. Stanowiska prezentowane w orzecznictwie przeczą twierdzeniom Odwołującego, iż powołanie się na zdolności podmiotów trzecich nie jest dopuszczalne wyłącznie na etapie uzupełniania dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy pzp), a możliwe jest ich złożenie w trybie wezwania opartego o art. 26 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z jednolitą linią orzecznictwa, badanie możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich, wymaga oceny deklaracji wykonawcy, jakie złożył na etapie składania ofert. Zamawiający przywołał stanowiska orzecznictwa komentatorów w przedmiotowym zakresie i podniósł, iż nie pozostaje możliwe przyjęcie, że członkowie Konsorcjum Kamena

skutecznie powołali się w JEDZ na zdolność podmiotów trzecich w zakresie ubezpieczenia OC. Wobec całokształtu okoliczności sprawy oraz udzielanych przez Wykonawcę odpowiedzi, w ocenie Zamawiającego nie pozostaje w rzeczywistości możliwe przyjęcie, że oznaczenie przez konsorcjantów odpowiedzi „TAK” w Części II punkt C. JEDZ „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” - „Zależność od innych podmiotów”, oznaczało skuteczne powołanie się na zdolność finansową spółki ALKOR sp. z o.o. na etapie składania oferty. Oczywistym pozostaje, iż na etapie składania ofert Wykonawca zadeklarował samodzielne spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie polisy, poprzez wskazanie w JEDZ spółki Safe, że spółka ta posiada ubezpieczenie OC na kwotę 10 mln zł. W ocenie Zamawiającego nie pozostaje możliwa taka interpretacja JEDZ konsorcjantów, że oznaczenie powyższej odpowiedzi „TAK” nastąpiło w innym celu, niż dla powołania się na etapie składania ofert na zasoby spółki EURO-LIDER Group sp. z o.o. Powyższe koresponduje ze złożonymi dokumentami - do oferty załączono bowiem stosowne oświadczenie i JEDZ spółki EURO-LIDER Group sp. z o.o. Następnie zakres przedmiotowego udostępnienia został wyjaśniony przez Wykonawcę w treści pisma z dnia 21 marca 2018 r. (wskazanie, iż zobowiązanie stanowi wyłącznie potwierdzenie posiadania doświadczenia przez osoby). Obecnie prezentowane twierdzenia Wykonawcy winny zostać - wobec okoliczności sprawy - uznane za przygotowane wyłącznie na potrzeby odwołania i nie mogą być uznane za skuteczne. Wobec powyższych okoliczności, Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wzywał Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających powołanie się na zasoby innych podmiotów, przyjmując, że zobowiązanie dotyczy wyłącznie spółki EURO-LIDER Group sp. z o.o. Nadto, Wykonawca w treści pisma z dnia 21 marca 2018 roku wskazał, iż samodzielnego złożenia polisy ALKOR sp. z o.o. dokonuje jedynie „z ostrożności” a nie jako uzupełnienie oświadczeń zawartych w JEDZ oraz bez wezwania Zamawiającego. Gdyby natomiast przyjąć, że obecnie prezentowane stanowisko Konsorcjum Kamena jest uzasadnione, konieczne pozostawałoby nieracjonalne założenie, że w przypadku oznaczenia przedmiotowej odpowiedzi „TAK”, Zamawiający winien wezwać do uzupełnienia oferty - poprzez złożenie JEDZ podmiotów trzecich - dla wszystkich warunków udziału w postępowaniu (również wtedy, gdy Wykonawca zadeklarował w innym miejscu JEDZ, że spełnia dany warunek samodzielnie). Dodatkowo Zamawiający podniósł, że Konsorcjum Kamena konsekwentnie twierdzi w odwołaniu, iż „autouzupelnianie” dokumentów w toku postępowania nie jest dopuszczalne. Tymczasem złożenie polisy ALKOR sp. z o.o. nastąpiło wyłącznie jako przejaw „autouzupelniania” dokumentów. Zamawiający wzywał bowiem Odwołującego w dniu 14 marca 2018 r. wyłącznie do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy pzp i wskazanych przez Zamawiającego w pkt 6.5. i 6.6 SIWZ. Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do treści JEDZ oraz do złożenia dokumentów w celu spełnienia obowiązku, o którym mowa w punkcie 6.3 SIWZ lub art. 26 ust. 3 ustawy pzp (tj. dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego). Złożenie przedmiotowych dokumentów „z ostrożności” i bez wezwania Zamawiającego nastąpiło z wyłącznej inicjatywy Konsorcjum Kamena, co w świetle stanowiska samego Odwoływającego, nie może zostać uznane za dokonane skutecznie. Zamawiający wskazał, że nawet gdyby uznać dopuszczalność złożenia polisy podmiotu udostępniającego dopiero na etapie wykonania wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy pzp, wątpliwości budzi kwestia realnej możliwości skorzystania przez Wykonawcę/Zamawiającego z tego zasobu. Kluczowa wątpliwość dotycząca przedmiotowej polisy dotyczy faktu, iż ubezpieczeniem nie pozostaje objęty żaden z konsorcjantów, a polisa przedstawiona została jako zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci zdolności ekonomicznej i finansowej. Zgodnie z treścią art. 22a ust. 2 ustawy pzp, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W doktrynie wskazuje się, iż dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne, niebudzące wątpliwości i realne, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że dysponowanie zasobami tego podmiotu ma charakter realny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2017 r. w sprawie KIO 1421/17). Spółka ALKOR sp. z o.o. wskazała w oświadczeniu, iż udostępnienie zasobu w postaci polisy miałyby nastąpić w następującej postaci: „w razie potrzeby zaspokojenie ewentualnych roszczeń majątkowych Zamawiającego z tytułu powstałych szkód związanych z realizacją zamówienia przez Wykonawcę”. Nie istnieje możliwość realnego skorzystania z polis przez Wykonawcę lub Zamawiającego, skoro ubezpieczonym jest inny podmiot, a nie członkowie Konsorcjum Kamena. Oświadczenie, że dany podmiot trzeci będzie zaspokajać roszczenia Zamawiającego, mogłoby zostać również złożone przez ten podmiot nawet w przypadku, gdyby nie posiadał on żadnej polisy. W teorii podmiot ten mógłby bowiem sam zaspokajać roszczenia, a jego zobowiązanie pozostaje zatem niezależne od posiadania jakiegokolwiek ubezpieczenia. Powyższe dodatkowo podważa realność udostępnienia zasobu w postaci ubezpieczenia. Wskazuje się w doktrynie, iż o ile skorzystanie z sytuacji finansowej podmiotu trzeciego (potwierdzonej informacją z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej) nie powinno nastroczać szczególnych problemów, tyle

możliwość realnego udostępnienia potencjału ekonomicznego (weryfikowanego przez badanie posiadania stosownego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej lub za pomocą określonych przez zamawiającego wskaźników ekonomicznych, potwierdzanych sprawozdaniem finansowym lub innym odpowiednim dokumentem) nie jest już tak oczywista. Sytuacja ekonomiczna podmiotu trzeciego jest bowiem ściśle związana z tym podmiotem. Możliwość skorzystania przez wykonawcę z tego potencjału podmiotu trzeciego doznaje w praktyce istotnych ograniczeń tkwiących w samej istocie tego potencjału. Opisana powyżej sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Istota polisy odpowiedzialności cywilnej wskazuje, że objęty ubezpieczeniem pozostaje wyłącznie podmiot wskazany w umowie ubezpieczenia i realne skorzystanie przez Wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego w postaci polis OC, pozostawać będzie w praktyce niemożliwe. Powyższe potwierdza rzeczywistość nieskuteczność powołania się na zdolność innego podmiotu w odniesieniu do ubezpieczenia OC.

W zakresie zarzutów wobec polisy OC Konsorcjum PRS oraz „autouzupelnienia” dokumentów przez PRS Zamawiający wskazał, iż w stanie faktycznym sprawy, w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 171/18, Wykonawca kwestionował wykazanie posiadania przez Konsorcjum PRS ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie złożonej polisy OC nr 908210600017 z dnia 30 października 2017 r., wystawionej przez TUR Warta S.A. W przedmiotowym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego, dokonując oddalenia przedmiotowych zarzutów. Obecnie Odwołujący rozszerzył zarzuty dotyczące przedmiotowej polisy, podnosząc, iż zakres ubezpieczenia nie pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia. Zarzuty Konsorcjum Kamena pozostają spóźnione, gdyż stan faktyczny w przedmiotowym zakresie nie uległ zmianie wskutek ponownego badania ofert przez Zamawiającego. Podniesienie tychże zarzutów pozostawało możliwe w treści odwołania w sprawie KIO 171/18, a obecne zarzuty odwołania w tym zakresie winny zostać odrzucone na podstawie dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Analogiczne stanowisko w zakresie spóźnionych zarzutów - i to na podstawie podobnego stanu faktycznego - przedstawiła KIO w postanowieniu w sprawie KIO 246/13.

Niezależnie od faktu, iż wskazane zarzuty pozostają spóźnione, z daleko idącej ostrożności proceduralnej Zamawiający podniósł, iż przedmiotowe twierdzenia nie znajdują merytorycznego uzasadnienia. Wbrew stanowisku Odwołującego, analiza porównawcza polis OC złożonych przez obu oferentów, nie prowadzi do wniosku, że polisa OC Konsorcjum PRS obejmuje (jak ma to miejsce w przypadku polis spółki Safe) ubezpieczenie działalności

nie związanej z przedmiotem zamówienia. W odróżnieniu od polis ubezpieczenia OC przedłożonych przez Konsorcjum Kamena, treść polisy OC wystawionej na rzecz spółki Polski Rejestr Statków S.A. w dniu 30 października 2017 r. pozostaje jednoznaczna i nie wymagała pozyskiwania przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych opinii lub wyjaśnień ubezpieczyciela. Powyższą okoliczność pośrednio potwierdza również fakt braku kwestionowania zakresu ubezpieczenia przez Odwołującego w toku postępowania przed KIO w sprawie KIO 171/18 i spóźniony charakter twierdzeń podnoszonych obecnie. Jak wynika z przedmiotowej polisy PRS, działalność, która podlega ubezpieczeniu polega na wykonywaniu inspekcji, przeglądów i audytów w zakresie dotyczącym m.in. wskazanych w polisie międzynarodowych konwencji. Niesporne pozostaje, że przedmiotowe konwencje (np. Międzynarodowa Konwencja o bezpieczeństwie życia na morzu SOLAS 1974) traktują m.in. o wymaganiach w zakresie budowy i konstrukcji statków morskich. Uzasadnione pozostawało zatem ustalenie przez Zamawiającego, że ubezpieczona działalność audytorska (tj. kontrolna), jaką prowadzi PRS, pozostaje w co najmniej minimalnym związku z przedmiotem zamówienia nadzorem i kontrolą podmiotu, który realizował będzie budowę statków. Jednocześnie wbrew twierdzeniom Odwołującego, polisa nr 908210600017 nie obejmuje wyłącznie szkód powstałych w wyniku wypadku morskiego. Do kwestii odpowiedzialności z tytułu wypadku morskiego odnoszą się bowiem wyłącznie określone w treści polisy podlimity kwotowe sumy gwarancyjnej - zakres ubezpieczenia wskazany jest natomiast jednoznacznie w punkcie „Ubezpieczona działalność”. W zakresie polisy 000-17-430-05931758 z dnia 20 czerwca 2017 r., złożonej przez Konsorcjum PRS w załączeniu do pisma z dnia 24 kwietnia 2018 r., Zamawiający wskazał, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostaje jednoznaczne w zakresie autouzupelniania dokumentów. KIO wyraża bowiem również stanowiska potwierdzające dopuszczalność dokonania takiej czynności przed oferenta. Zamawiający podniósł, iż w związku z argumentacją przedstawioną powyżej w zakresie prawidłowości polisy z dnia 30 października 2017 r. nr 908210600017, dla ustalenia spełniania przez Konsorcjum PRS warunków udziału w postępowaniu nie pozostaje konieczne uwzględnianie dodatkowego ubezpieczenia. Z daleko idącej ostrożności proceduralnej Zamawiający podniósł, iż w przypadku uznania dopuszczalności samodzielnego uzupełnienia dodatkowej polisy, dodatkowo potwierdzone zostanie, że Konsorcjum PRS posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej działalności związanej z przedmiotem zamówienia i spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu.

Z daleko idącej ostrożności proceduralnej Zamawiający wskazał, iż bez znaczenia dla niniejszego postępowania pozostawało także złożenie przez Konsorcjum PRS odpisu

z rejestru KRS z dnia 1 lutego 2018 r. w piśmie z dnia 5 kwietnia 2018 r. (vide art. 26 ust. ustawy pzp), a odpis ten nie musiał zostać uwzględniony przez Zamawiającego. Przedmiotowe uzupełnienie dotyczyło bowiem jedynie wyjaśnienia, że tenże odpis z KRS (z dnia 1 lutego 2018 r.) został już złożony przez Konsorcjum PRS na etapie postępowania odwoławczego w sprawie KIO 171/18. Późniejsze przedłożenie tegoż odpisu pozostawało zatem bez znaczenia dla wykonania przez Konsorcjum PRS wezwania w takim zakresie, jak oczekiwał tego Zamawiający (tj. w zakresie złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy pzp: zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do prezesa zarządu spółki CELNET sp. z o.o. Pana W. G. w postaci dokumentu w wersji elektronicznej (plik XML) oraz zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego dla członka rady nadzorczej spółki Polski Rejestr Statków S.A. Pana P. P.). Konsorcjum PRS złożyło bowiem stosowne zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, a odpis z KRS składany był wyłącznie jako dodatkowe potwierdzenie wykreślenia Pana P. P. z KRS (brak obecności tej osoby w radzie nadzorczej wynikał także z przedłożonej kopii rezygnacji). Zarówno omyłkowo złożony odpis z KRS z dnia 29 marca 2018 r., jak i „autouzupełniony” odpis z KRS z dnia 1 lutego 2018 r. pozostawały dokumentami tożsamej treści (oba odpisy potwierdzają ten sam stan wpisów w KRS - odnoszą się do ostatnio dokonanej zmiany w KRS w dniu 29 grudnia 2017 r.). Zatem również odpis z dnia 29 marca 2018 r. potwierdza tożsame okoliczności faktyczne, które miał potwierdzić dodatkowo złożony odpis z dnia 1 lutego 2018 r. - nieobecność wpisu w KRS Pana P. P. najpóźniej w grudniu roku 2017.

Odnośnie pozostałych zarzutów wobec oferty Konsorcjum PRS oraz działań Zamawiającego wskazał, że chybione i mające charakter możliwej konfabulacji pozostają zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego regulacji art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz ustaw o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez rzekome stawianie PRS w pozycji uprzywilejowanej lub podejmowanie działań zmierzających do wyeliminowania konkurencji albo utrudnianie Wykonawcy dostępu do zamówienia. Jak zasadnie zważył sam Wykonawca w treści Odwołania, orzecznictwo KIO jednoznacznie wyklucza możliwość badania zarzutów w takim zakresie, jak sformułował je Odwołujący. Wskazuje się bowiem w szczególności, że w postępowaniu odwoławczym prowadzonym na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych niedopuszczalne jest rozpoznanie zarzutu dotyczącego nieważności oferty w związku z zarzucanym przystępującemu zastosowaniem praktyk ograniczających konkurencję, a polegających na nadużywaniu pozycji dominującej przez narzucanie nieuczciwych cen (art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów) oraz przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów). Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający wskazał, iż zarzuty dotyczące rzekomego uprzywilejowania Konsorcjum PRS, czy też prób wyeliminowania konkurencji w postępowaniu, pozostają pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia. Wskazuje się, że z naruszeniem art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych mamy do czynienia wówczas, gdy dochodzi do zróżnicowania przez podmiot zamawiający działań wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej lub faktycznej. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie wskazanego przepisu następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w Prawie Zamówień Publicznych lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych - mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej. Zamawiający podniósł, iż w toku postępowania stosował dostępne i wymagane instytucje ustawowe w takim samym zakresie w stosunku do obu oferentów - dostosowując te działania do sytuacji prawnej i faktycznej tychże podmiotów. Jak wynika z protokołu postępowania, Zamawiający stosował wielokrotnie wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia ofert w odniesieniu do stwierdzonych uchybień zarówno wobec Konsorcjum Kamena, jak i PRS. Ponadto, jak wskazano powyżej, konieczność skierowania polisy OC do zweryfikowania przez brokera ubezpieczeniowego wynikała wyłącznie z wątpliwości w zakresie jej treści oraz konieczności zajęcia stanowiska przez eksperta dysponującego wiedzą specjalistyczną w zakresie ubezpieczeń. Istotnym elementem w sprawie jest okoliczność, iż przedmiotem weryfikacji pozostawała także przyjmowana przez Zamawiającego korzystna dla Konsorcjum Kamena, szeroka wykładania postanowień polisy. Jednoznaczne stanowisko wystawcy dokumentu wykluczyło jednak możliwość uznania polisy OC za spełniającą wymogi SIWZ i PZP. Brak dokonania takich czynności wobec polisy Konsorcjum PRS wynika natomiast z odmiennej sytuacji faktycznej i prawnej w tym zakresie - w postaci braku wątpliwości Zamawiającego, co do zakresu ubezpieczenia i jego związku z przedmiotem zamówienia, który wynika z samych zapisów polisy. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego w zakresie faktu pełnienia przez PRS funkcji Towarzystwa Klasyfikacyjnego Zamawiający wskazał, że Konsorcjum PRS już na etapie postępowania przez KIO w sprawie 171/18, w pismach procesowych z dnia 13 lutego 2018 r. oraz 22 lutego 2018 r. wykazało, iż w pełni dopuszczalne i stosowane w praktyce pozostaje łączenie funkcji klasyfikatora oraz Inżyniera Nadzoru. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z zapisami kontraktu na realizację jednostek pływających, przedmiot Kontraktu zostanie wykonany pod nadzorem uznanego towarzystwa klasyfikacyjnego. Prowadzenie przez dany podmiot

nadzoru klasyfikacyjnego, w oparciu o mające zastosowanie przepisy klasyfikacji i budowy (konstrukcji i wyposażenia jednostek pływających), służy nadaniu statkom odpowiedniej klasy. Wbrew stanowisku Odwołującego, powyższy nadzór klasyfikacyjny nie wyklucza jednak równoległego wykonywania czynności nadzorczych nad realizacją jednostek pływających, w zakresie wynikającym z Umowy z Zamawiającym. W związku z powyższym brak jest podstaw do twierdzenia, że w przypadku pełnienia jednocześnie funkcji klasyfikatora i Inżyniera Budowy, PRS kontrolowałby sam siebie. W obu przypadkach bowiem podstawową funkcją podmiotu pełniącego takie funkcje, pozostawać będzie kontrolowanie i nadzorowanie wykonawcy jednostek pływających (a nie samego siebie). W przypadku nadzoru klasyfikacyjnego celem takiego działania pozostawać będzie doprowadzenie do uzyskania przez stocznnię odpowiedniego świadectwa klasy tychże jednostek oraz stosownych certyfikatów, które jednostka pływająca powinna posiadać, aby mogła być dopuszczona do eksploatacji przez odpowiednie władze. Nie pozostaje w tym zakresie wykluczony równoległy nadzór budowy na zlecenie Zamawiającego, którego celem pozostawać będzie kontrola terminowości i jakości realizacji prac przez wykonawcę oraz rozliczenie tegoż Kontraktu.

Zamawiający podkreślił, że zarzuty Odwołującego, iż Zamawiający rzekomo utrudnia dostęp do protokołu postępowania pozostają również pozbawione uzasadnienia. Pełnomocnik Odwołującego złożył mailowy wniosek o przekazanie protokołu postępowania oraz udzielenie szeregu informacji w treści wiadomości mailowej z dnia 24 maja 2018 r. Ze względu na konieczność przygotowania elektronicznej postaci przedmiotowych dokumentów (załączniki do protokołu) oraz z wagi na datę wpływu przedmiotowej wiadomości e-mail podczas usprawiedliwionej nieobecności w pracy pracownika Zamawiającego odpowiedzialnego za dokonanie powyższych czynności, wymagane dokumenty przekazano bez zbędnej zwłoki - jednakże już po uzyskaniu informacji o złożeniu odwołania. W związku z faktem, iż oprócz wniosku o przekazanie protokołu postępowania złożono szereg próśb o informacje mające charakter informacji publicznej, Zamawiający w tym zakresie udzielił informacji również bez uchybienia wymaganemu ustawowo terminowi, w treści pisma z dnia 7 czerwca 2018 r.

W zakresie zarzutów dotyczących osób powołanych w ofercie PRS na potrzeby wykazu osób, Zamawiający wskazał, iż w tej części, która nie została rozpoznana przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 171/18, Zamawiający uznał odwołanie zgodnie z petitum niniejszego pisma. Wskazał jednak, iż część zarzutów w tym zakresie została przez Krajową Izbę Odwoławczą co do zasady oddalona („za chybione uznano zarzuty

odwołującego dotyczące złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji w celu uzyskania wyższej liczby punktów w kryteriach pozacenowych”). W pozostałym zakresie Zamawiający zobowiązał się do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownego badania ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Konsorcjum firm: Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Celnet sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie. Nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części, gdyż w ich ocenie uwzględnione przez Zamawiającego zarzuty odwołania pozostają spóźnione. W dniu 12 czerwca 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania złożyli pismo procesowe, w którym przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i podnieśli, iż zarzuty zawarte na str. 19-23, a także 24-25 odwołania są zarzutami wniesionymi po terminie. W pozostałym zakresie wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona, zaś jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Przystępującego. Oferta Odwołującego była ofertą korzystniejszą od oferty Przystępującego na podstawie kryteriów oceny ofert. Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia własnej oferty oraz wykonania czynności wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu skierowania wezwania do PRS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej bądź o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Celnet sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone

w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Polski Rejestr Statków S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Celnet sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę Odwołującego, ofertę Przystępującego, wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, odpowiedź Przystępującego na ww. wezwanie z dnia 29 grudnia 2017 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 stycznia 2018 r., odwołanie z dnia 29 stycznia 2018 r. wraz z załącznikami, dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie KIO 171/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie KIO 171/18 wraz z uzasadnieniem, zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 14 marca 2018 r., wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, odpowiedź Odwołującego na ww. wezwanie z dnia 21 marca 2018 r. wraz z załącznikami, wezwanie Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2018 r. do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 11 kwietnia 2018 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu oferty Odwołującego z dnia 18 maja 2018 r. zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutów podniesionych względem oferty Przystępującego, a dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej czy skierowania wezwania do uzupełnienia w tym zakresie. W ocenie Izby zarzuty te są na obecnym etapie postępowania spóźnione, zatem odwołanie podlegało w tym zakresie odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Odwołujący zakwestionował bowiem prawidłowość złożonej przez Przystępującego polisy OC, która była znana i możliwa do zakwestionowania już po pierwszym wyborze

najkorzystniejszej oferty. Izba nie rozpoznała również zarzutów odnoszących się do przyznania Przystępującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie personelu, ponieważ Odwołujący podniósł takie okoliczności, które częściowo były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego się, a częściowo zarzut ten należy uznać za spóźniony. Dlatego też w tym zakresie odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

W punkcie 5.2.3.2. IDW (Instrukcja dla wykonawców) SIWZ Zamawiający określił warunek dotyczący zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy, w następujący sposób: *Wykonawca musi wykazać spełnienie warunku w postaci posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 4,0 mln. złotych.*

W pkt 6.6.2. IDW (Instrukcja dla wykonawców) SIWZ zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia ww. warunku wykonawcy mają obowiązek złożyć *dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.*

W odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp Przystępujący przedłożył Zamawiającemu przy piśmie z 29 grudnia 2017 r., na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.2.3.2. IDW SIWZ: *polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pochodzącą od TUIR Warta S.A. nr 90821060001.*

Ponadto ustalono, że Zamawiający w pkt 21 SIWZ wskazał, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej ofert będzie stosować kryteria oceny ofert, wśród których wymieniono m.in.

pkt 2) doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia,

pkt 3) doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej.

W opisie pierwszego z ww. kryteriów Zamawiający wskazał, że kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez wykonawcę w formularzu oferty w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w pkt 5.2.2.2 ppkt 1 SIWZ (kierownik zespołu), w zakresie uczestnictwa tej osoby w wykonaniu usług nadzoru nad budową i rozliczeniem specjalistycznych statków pełnomorskich (...). W celu otrzymania punktów wykonawca miał złożyć listę usług zawierającą szczegółową informację

o uczestnictwie ww. osoby w wykonywaniu usług nadzoru nad budową i rozliczeniem statków. Lista ta winna zawierać: informację o zajmowanych przez wskazaną osobę stanowiskach i okresie uczestniczenia w wykonywaniu usług nadzoru, nazwy zamawiających statków i opisy przedmiotów dostaw.

W opisie drugiego z ww. kryteriów pozacenowych Zamawiający wskazał, że kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez wykonawcę w formularzu oferty w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w pkt 5.2.2.2 ppkt 1 SIWZ (kierownik zespołu) albo w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w pkt 5.2.2.2 ppkt 2 (zastępca kierownika zespołu), w odniesieniu do uczestnictwa jednej z tych osób w wykonaniu usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej (...). W celu otrzymania punktów wykonawca miał złożyć listę usług zawierającą szczegółową informację o uczestnictwie ww. osoby w wykonywaniu usług nadzoru i rozliczania projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej. Lista ta winna zawierać: imię i nazwisko wskazanej osoby, informację o zajmowanych przez wskazaną osobę stanowiskach i okresie uczestniczenia w wykonywaniu usług nadzoru, nazwy zamawiających i opisy przedmiotów zamówienia.

Ustalono następnie, że celem uzyskania punktów w tak opisanych kryteriach pozacenowych Przystępujący złożył listy usług.

W liście usług wykonywania nadzoru nad budową i rozliczeniem specjalistycznych statków pełnomorskich wskazał m.in. następujące dane: *Z. R., Koordynator projektu, 03.2013 – 10.2016, Stocznia remontowa „Nauta” Gdynia, Oceanograf specjalistyczny statek naukowo - badawczy; Zbigniew R., Koordynator projektu, 09.2013 – 12.2016, Remontowa Shipbuilding SA., Gdańsk, Kormoran- specjalistyczny pełnomorski statek niszczyciel min.*

W liście usług wykonywania nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z UE Przystępujący wskazał m.in. następujące dane: *G. P., Kierownik Inspektoratu, Członek Zarządu, 01.03.2013 – 30.03.2015, Uniwersytet Gdański, Zatwierdzenie dokumentacji technicznej oraz nadzór nad budową jednostki naukowo badawczej Oceanograf.*

W dniu 19 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 29 stycznia 2018 r. wniósł odwołanie i zarzucił m.in. *naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na okoliczność, iż przystępujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2.3.2 SIWZ, tj. Przystępujący nie posiada ubezpieczenia na kwotę 4.000.000 zł.* W tym zakresie Odwołujący podniósł, że z ww. polisy OC wynika objęcie

ubezpieczeniem kilku podmiotów, z których tylko jeden bierze udział w postępowaniu. Wywiódł, że z dokumentu nie wynika wyraźnie, iż wykonawca jest objęty ochroną ubezpieczeniową na kwotę zgodną z SIWZ i nie konkuruje on z podmiotami objętymi wspólnym ubezpieczeniem w zakresie tej ochrony ubezpieczeniowej na wymaganą SIWZ kwotę. Odwołujący podniósł również, że Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu dowodu opłacenia polisy OC oraz że polisa została podpisana przez osoby nieuprawnione do reprezentowania Warta S.A. Odwołujący zarzucił także naruszenie *art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w zw. z art 91 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego w sytuacji przedstawienia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w celu uzyskania wyższej liczby punktów w ramach kryterium „doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” oraz „doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej”*. W tym zakresie Odwołujący podważył okoliczność pełnienia przez pana R. funkcji koordynatora projektu na projekcie Oceanograf, a także na projekcie ORP Kormoran oraz pełnienia przez pana P. funkcji kierownika Inspektoratu na projekcie Oceanograf.

Wyrokiem z dnia 1 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 171/18) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, a odnośnie powyżej przywołanych zarzutów odwołania uznała je za chybione. Ponadto Izba, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy pzp, nie rozpoznała zarzutu, w którym Odwołujący podniósł, że projekt budowy jednostki naukowo-badawczej Oceanograf nie był współfinansowany ze środków Unii Europejskiej, gdyż zarzut nie został przedstawiony w odwołaniu, a został podniesiony przez Odwołującego po raz pierwszy dopiero w jego piśmie procesowym z dnia 13 lutego 2018 r.

Dnia 14 marca 2018 r. Zamawiający w związku z wyżej przywołanym wyrokiem unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. Przystępujący bez wezwania Zamawiającego przedłożył dwie polisy: polisę ubezpieczeniową nr 000-17-430-05931758 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A. oraz polisę ubezpieczeniową nr 1021036289 wystawioną przez PZU S.A.

Ustalono, że dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego należy zauważyć, że w zakresie spełnienia przez Przystępującego warunku zdolności ekonomicznej i finansowej przedmiotem orzekania

Izby w sprawie KIO 171/18 była prawidłowość pierwotnie złożonej przez Przystępującego polisy od odpowiedzialności cywilnej, jednak w innym zakresie niż zostało to podniesione przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu. Co istotne, dokument samej polisy był Odwołującemu znany już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, a zatem jego prawidłowość w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu w aspekcie „związania z przedmiotem zamówienia” mogła zostać przez Odwołującego zakwestionowana w odwołaniu z dnia 29 stycznia 2018 r. Tymczasem w pierwszym odwołaniu Odwołujący całkowicie pominął tą kwestię, pomimo że dokument polisy Przystępującego był przez niego podważany pod wieloma innymi względami. Dopiero po powtórny wyborze oferty Przystępującego zdecydował się na rozszerzenie wcześniejszego zarzutu. Nie sposób więc zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby wszelkie zarzuty podnoszone w przedmiotowym odwołaniu dotyczyły nowych okoliczności faktycznych i prawnych, które powstały po wydaniu wyroku przez KIO w dniu 1 marca 2018 r. Nie jest argumentem potwierdzającym to stanowisko fakt dokonania autouzupelnienia polis przez Przystępującego, gdyż okoliczność że Zamawiający uznał pierwotnie złożoną polisę za spełniającą warunek udziału w postępowaniu, o czym świadczy pierwotny wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, była Odwołującemu znana w dacie tegoż wyboru. Uznać zatem należało, że podniesiony zarzut został oparty na takich samych okolicznościach faktycznych, które były znane już w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej i w tym zakresie odwołanie podlegało odrzuceniu.

Przechodząc do zarzutu odnoszącego się do niezasadnego przyznania Przystępującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie personelu wskazać należy, że kwestia ta była częściowo przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w wyroku z dnia 1 marca 2018 r., która nie uwzględniła odwołania w tym zakresie. Odnośnie zarzutu, że projekt budowy jednostki naukowo-badawczej Oceanograf nie był współfinansowany ze środków Unii Europejskiej Izba uznała go za spóźniony, bowiem nie został podniesiony w odwołaniu, a dopiero na rozprawie. Zaznaczenia wymaga, że zarzuty odwołania dotyczyły przedstawienia nieprawdziwych informacji względem osób wskazanych w formularzu oferty Przystępującego. W świetle powyższego również ten zarzut został podniesiony w oparciu o okoliczności faktyczne, które były znane Odwołującemu w dacie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, dlatego też odwołanie w tej części podlegało odrzuceniu.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzuty sformułowane względem oferty Odwołującego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, poprzez niezasadne uznanie, że Odwołujący nie wykazał się spełnieniem

warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a w rezultacie wykluczenie Odwołującego z Postępowania oraz art. 24 ust. 4 ustawy pzp, poprzez niezasadne uznanie oferty Odwołującego jako odrzuconą.

Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Ustalono, że w punkcie 5.2.3.2. IDW (Instrukcja dla wykonawców) SIWZ Zamawiający określił warunek dotyczący zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy, w następujący sposób: *Wykonawca musi wykazać spełnienie warunku w postaci posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 4,0 mln. złotych.*

W pkt 6.6.2. IDW (Instrukcja dla wykonawców) SIWZ Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia ww. warunku wykonawcy mają obowiązek złożyć *dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.*

Ponadto ustalono, że Zamawiający w pkt 3 (Instrukcja dla wykonawców) SIWZ określił przedmiot zamówienia w następujący sposób: *Przedmiotem zamówienia pozostaje świadczenie usług (zwanych w treści niniejszej IDW, Usługami) polegających na nadzorze i kontroli podmiotu, który wybrany zostanie przez Zamawiającego w odrębnym postępowaniu przetargowym (podmiot ten zwany jest w treści niniejszej IDW również „Dostawcą”), w toku realizacji przez Dostawcę zadania pod nazwą: „Budowa dwóch wielozadaniowych jednostek pływających”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wskazany został w części III SIWZ. W szczególności do obowiązków Wykonawcy będzie należało: 1. nadzór nad sporządzeniem, weryfikacja, opiniowanie i zarządzanie dokumentami sporządzanymi przez Dostawcę, w tym projektem techniczno-klasyfikacyjnym, dokumentami dotyczącymi urządzeń i materiałów oraz ich próbek, 2. koordynacja i nadzór prac projektowych, dostaw, usług wykonywanych przez Dostawcę, 3. nadzorowanie przestrzegania zasad BHP i przepisów prawa przez Dostawcę, 4. administrowanie i zarządzanie umową zawartą przez Zamawiającego z Dostawcą, 5. nadzór nad przestrzeganiem przekazanego przez Zamawiającego budżetu zadania, 6. nadzór nad usunięciem wad przedmiotu realizowanego przez Dostawcę, 7. rozliczanie umowy zawartej przez Zamawiającego z Dostawcą w oparciu o dokumenty finansowe i zasady obowiązujące dla dofinansowania ze Środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 — 2020 i przygotowanie niezbędnych dokumentów do i przy realizacji tej umowy dostawy w ramach finansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 2020. OŚ priorytetowa III Rozwój Sieci Drogowej TEN-T i Transportu Multimodalnego. Działanie 3.2 Rozwój transportu*

morskiego, śródlądowych dróg wodnych i połączeń multimodalnych; 8. wszelkie inne działania związane z nadzorem, administrowaniem, zarządzaniem i/lub kontrolowaniem realizacji umowy przez Dostawcę. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności: 1. Nadzór nad budową dwóch wielozadaniowych jednostek pływających 2. Kontrola wszystkich etapów budowy pod kątem zgodności z projektem oraz opisem zamówienia oraz zgodności z przepisami Tow. Klasyfikacyjnego 3. Kontrola budowy pod kątem Harmonogramu Budowy.

W odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący przedłożył Zamawiającemu przy piśmie z dnia 21 marca 2018 r., na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.2.3.2. IDW SIWZ:

1. Polisę OC nr 307-17-430-05931054 wystawioną na rzecz spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A. Z treści polisy nr 307-17-430-05931054 wynika, że obejmuje ona ubezpieczenie następującego rodzaju działalności: najem nieruchomości położonych w Gdańsku, przy ul. Doki 1 oraz najem ruchomości we wskazanej lokalizacji. Suma ubezpieczenia wynosi 10 mln. zł. W polisie wskazano, że: Z zakresu ochrony ubezpieczeniowej ustanowionej na podstawie niniejszej umowy ubezpieczenia, wyłączone są szkody związane z pozostałą działalnością Ubezpieczonego tj. budowa kadłubów statków, konstrukcji stalowych, remonty statków— działalność objęta osobną polisą wstawioną przez T.U i R. Allianz Polska SA. Ochrona w ramach niniejszej polisy obejmuje wyłącznie szkody w najmowanych ruchomościach i nieruchomościach zgodnie z lokalizacją wskazaną w rodzaju ubezpieczonej działalności.

2. Polisę OC nr 307-17-430-05931055 wystawioną na rzecz spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A. Z treści polisy nr 307-17-430-05931055 wynika, że obejmuje ona ubezpieczenie następującego rodzaju działalności: budowa kadłubów statków, konstrukcje stalowe, remonty statków. Suma ubezpieczenia wynosi 2 mln. zł.

3. Polisę OC nr 20/1024/2017 wystawioną na rzecz spółki ALKOR sp. z o.o. (Ubezpieczający) przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Odwołujący wskazał w treści pisma, że dokument ten składa „dodatkowo, z ostrożności”. Z treści polisy nr 20/1024/2017 wynika, że obejmuje ona ubezpieczenie następującego rodzaju działalności: Odpowiedzialność Cywilna stoczni z tytułu wykonywania remontów jednostek pływających w Polsce. Suma ubezpieczenia wynosi 3 mln. euro. Jednocześnie Odwołujący złożył przy piśmie zobowiązanie spółki ALKOR sp. z o.o. do oddania zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w postaci zdolności ekonomicznej i finansowej do dyspozycji Odwołującego: Zdolność ekonomiczna i finansowa w postaci posiadania ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 4 mln zł potwierdzoną polisą OC nr 20/1024/2017 wystawioną przez TUiR Warta SA. Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano: W razie potrzeby - zaspokojenie ewentualnych roszczeń majątkowych Zamawiającego z tytułu powstałych szkód związanych z realizacją zamówienia przez Wykonawcę. Wskazano: Oświadczam, że jestem świadomy, iż w przypadku szkody Zamawiającego powstałej wskutek nieudostępnienia ww. zasobów odpowiadam wobec Zamawiającego solidarnie z ww. Wykonawcą. Moja odpowiedzialność wygasa jeżeli nieudostępnienie przedmiotowych zasobów nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponoszę winy. Dołączono również dokumenty dotyczące spółki ALKOR sp. z o.o.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów i wskazał: *1. W zakresie polisy ubezpieczenia OC nr 307-17-430-05931054, wystawionej na rzecz spółki Safe w dniu 23 maja 2017 roku przez TUR Allianz Polska S.A. (suma ubezpieczenia 10 mln zł) Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w jakim zakresie przedmiotowa polisa pozostaje zgodna z wymaganiem określonym w punkcie 5.2.3.2 SIWZ, tj. w szczególności dotyczy posiadania ubezpieczenia OC działalności związanej z przedmiotem Zamówienia. 2. W zakresie polisy ubezpieczenia OC nr 307-17-430-05931055, wystawionej na rzecz spółki Safe w dniu 23 maja 2017 roku przez TUiR Allianz Polska S.A. (suma ubezpieczenia 2 mln zł) Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w jakim zakresie przedmiotowa polisa pozostaje zgodna z wymaganiem określonym w punkcie 5.2.3.2 SIWZ, tj. w szczególności dotyczy posiadania ubezpieczenia OC działalności związanej z przedmiotem Zamówienia. 3. W zakresie polisy ubezpieczenia OC nr 20/1024/2017 wystawionej w dniu 28 kwietnia 2017 roku na rzecz spółki ALKOR sp. z o.o. przez TUiR WARTA S.A.: a) na jakiej zasadzie i podstawie możliwe jest realne skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego przez Wykonawcę (lub/i podmiot, któremu Wykonawca wyrządzi szkodę), tj. na jakiej podstawie możliwe jest spełnienie z przedmiotowej polisy roszczeń z tytułu odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy, skoro zgodnie z zapisami polisy jedynym ubezpieczonym jest spółka ALKOR sp. z o.o., b) w związku z faktem, iż nie pozostaje możliwe ustalenie, czy zastosowanie do polisy znajdzie możliwość nieprzedstawienia dowodów uiszczenia składki (dot. polis z odroczonym terminem płatności i wcześniejszym objęciem Wykonawcy ochroną ubezpieczeniową), gdyż z treści polisy nie wynika termin zapłaty składki, a Wykonawca nie przedstawił dowodu wpłaty - wzywamy Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie lub przedłożenia dowodów opłacenia polisy, c) w jakim zakresie przedmiotowa polisa pozostaje zgodna z wymaganiem określonym w punkcie 5.2.3.2 SIWZ, tj. w*

szczegółności dotyczy posiadania ubezpieczenia OC działalności związanej z przedmiotem Zamówienia, d) do dokumentów złożonych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia spółki udostępniającej zasoby (ALKOR sp. z o.o.) nie załączono zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta tejże spółki — Pana A. Ż. — wzywamy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r. powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał m.in.: 1. Polisa OC nr 307-17-430-05931054 wystawiona na rzecz jednego z konsorcjantów spółki Safe jest ściśle związana z jego główną działalnością i obejmuje swoim zakresem odpowiedzialność cywilną deliktowo - kontraktową w związku z prowadzoną przez niego działalnością. 2. Polisa OC nr 307-17-430-059931055 - jej brzmienie potwierdza spełnianie warunku posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności „związanej z przedmiotem zamówienia”. 3. Polisa OC nr 20/1024/2017 na rzecz Spółki Alkor: a. Zasada i podstawa możliwe jest skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego przez Wykonawcę, tj. na jakiej podstawie możliwe jest spełnienie z przedmiotowej polisy roszczeń z tytułu odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy, skoro zgodnie z przepisami polisy jedynym ubezpieczonym jest ALKOR Sp. z o.o. - Wykonawca ponownie wskazuje, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony utożsamia polisę ubezpieczeniową składaną na etapie postępowania przetargową z polisą ubezpieczeniową wymaganą na podstawie § 13 wzoru umowy. Wykonawca zauważa, iż przyjęcie rozumowania Zamawiającego jako właściwego i wiążącego wykluczałoby możliwość posługiwania się zdolnością ubezpieczeniową podmiotu trzeciego na potrzeby wykazywania warunków udziału w postępowaniu, gdyż w przypadku zasobu zdolności ubezpieczeniowej podmiotem objętym ochroną zawsze będzie firma zobowiązująca się do użyczenia zasobów, a nie podmiot takie użyczenie przyjmujący (analogicznie w przypadku zdolności kredytowej - uprawnionym do uzyskania kredytu będzie zawsze podmiot trzeci, a nie wykonawca korzystający z zasobu). Skoro ustawodawca dopuścił w Pzp wprost możliwość użyczenia takiego zasobu ograniczanie tego uprawnienia przez Zamawiającego jest działaniem nieuprawnionym oraz naruszającym dyspozycję ww. przepisów. ALKOR Sp. z o.o. zobowiązała się do zaspokojenia ewentualnych roszczeń majątkowych Zamawiającego z tytułu ewentualnych szkód związanych z realizacją zamówienia przez Wykonawcę, jak również oświadczyła, iż będzie odpowiadała solidarnie z Wykonawcą za szkody związane z niedostępnością zasobów. W ocenie Wykonawcy powyższe oświadczenia w sposób dostateczny potwierdzają, że użyczenie ma charakter realny i skuteczny na potrzeby ubiegania się o zamówienie publiczne. W świetle przedstawionej argumentacji nie powinno budzić wątpliwości, że Wykonawca potwierdził

dysponowanie ww. zasobem. b. Dowody opłacenia polisy - w załączeniu niniejszych wyjaśnień. c. Zgodność polisy OC z SIWZ, tj. Wykonawca wskazuje, że przedłożona polisa potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż obejmuje sytuacje związane ze świadczeniem usług nadzoru inżynierskiego: szkody w mieniu: w pkt 6.11 polisy wskazano, że ubezpieczyciel jest odpowiedzialny za pokrycie kosztów związanych ze szkodami w mieniu będących pod kontrolą Ubezpieczającego; szkody powstałe w wyniku działań pracowników pkt 6.1.3 Roszczenie pokrycia o odpowiedzialności Stoczni za szkody powstałe w wyniku strajku, niepokojuw pracowniczych, zamieszczeni lub czynu jakiegokolwiek osoby działającej w złym zamiarze. W świetle powyższego Wykonawca stoi na stanowisku, iż przedmiotowa polisa spełnia oczekiwania Zamawiającego określone w SIWZ. d. Zaświadczenie o niekaralności p. A. Ż. - w załączeniu niniejszych wyjaśnień.

W dokumentach JEDZ spółek wchodzących w skład Konsorcjum Odwołującego wskazano „TAK” w Części II punkt C. JEDZ „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” - „Zależność od innych podmiotów”. Ustalono również, że w dokumencie JEDZ spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. zaznaczono, że spółka ta posiada ubezpieczenie OC na kwotę 10 mln zł. Do oferty załączono oświadczenie i JEDZ spółki EURO-LIDER Group sp. z o.o., jako podmiotu udostępniającego zasoby.

Ustalono następnie, że pismem z dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy pzp ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej i zgodnie z art. 24 ust 4 ustawy pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznał za odrzuconą. W treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Zamawiający wskazał: *Zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz w oparciu o § 2 ust. 2 pkt 4) Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Wykonawca winien dysponować ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiotowe stanowisko potwierdzone zostało w orzeczeniach KIO, których fragmenty Wykonawca przytoczył w wyjaśnieniach. Analiza uzasadnień przedmiotowych orzeczeń prowadzi do wniosku, iż w istocie KIO stoi na stanowisku, że sformułowanie „działalność związana z przedmiotem zamówienia” nie oznacza wymagania, aby wykonawca już w toku postępowania o udzielenie zamówienia posiadał ubezpieczenie wykonania danego zamówienia. Tym niemniej jednak KIO każdorazowo dokonywała oceny, czy dane polisy dotyczą działalności pozostającej co najmniej w minimalnym związku z przedmiotem zamówienia. [Zamawiający powołał się na*

orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej]. Dokonanie oceny spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (w postaci dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wymaga zatem ustalenia, czy Wykonawca prowadzi działalność związaną z przedmiotem zamówienia i czy działalność ta jest ubezpieczona w zakresie OC. Z treści polisy nr 307-17-430-05931054 wynika, że obejmuje ona ubezpieczenie następującego rodzaju działalności: najem nieruchomości położonych w Gdańsku, przy ul. Doki 1 oraz najem ruchomości we wskazanej lokalizacji. Zakres polisy nr 307-17-430-05931054 poddany został analizie przez brokera ubezpieczeniowego Zamawiającego. Broker wyraził opinię, że ubezpieczona w tejże polisie działalność nie pozostaje w jakimkolwiek związku — nawet minimalnym — z przedmiotem zamówienia. Zważyć należy, iż najem nieruchomości lub ruchomości albo podobne czynności nie będą przedmiotem umowy zawartej z wykonawcą. Tego rodzaju działalność nie stanowi jakiegokolwiek nawet pobocznego obowiązku umownego, a zatem nie stanowi potwierdzenia posiadania przez spółkę Safe ubezpieczenia takiego rodzaju działalności, którego wymagał tego Zamawiający tj. działalności mającej związek z przedmiotem zamówienia. Broker dokonał analizy zakresu obowiązywania przedmiotowej polisy w odniesieniu do prowadzonej przez Safe działalności. Na podstawie przedmiotowej analizy Zamawiający ustalił, że wskazana polisa nie obejmuje swoim zakresem ubezpieczenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, Przedstawiona polisa nr 30747-430-05931054 nie spełnia zatem wymagań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Wskazać należy, iż Wykonawca przedłożył dodatkowo drugą polisę, wystawioną przez TUR Allianz SA, (polisa nr 307-17-430-05931055). Analiza przedmiotowej polisy prowadzi do wniosku, iż nawet gdyby z daleko idącej ostrożności przyjąć istnienie — szeroko rozumianego — związku ubezpieczonej w tejże polisie działalności („budowa kadłubów statków, konstrukcje stalowe, remonty statków”) z przedmiotem zamówienia, to przedmiotowa polisa nie potwierdza posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z zapisami punktu 5.2.2.2 SIWZ Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia na kwotę 4 mln zł. Przedstawiona polisa nr 30747-430-05931055 nie spełnia wymagań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie, gdyż wskazana w jej treści suma ubezpieczenia wynosi 2 mln zł. W załączeniu do pisma z dnia 21 marca 2018 roku Wykonawca załączył dodatkowo polisę OC nr 2011024/2017 dla spółki ALKOR sp. z o.o. Ponadto w odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył dowody uiszczenia składki dla tej polisy a także brakującą informację z KRK dla prokurenta spółki ALKOR sp. z o.o.

Kluczowe znaczenie dla ustalenia możliwości uwzględnienia przedmiotowej polisy wraz z dokumentami towarzyszącymi pozostaje fakt złożenia ich dopiero na etapie postępowania po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art 26 ust. 1 ustawy pzp. Na etapie składania ofert Wykonawca deklarował bowiem samodzielne spełnienie warunku udziału w postępowaniu, poprzez wskazanie w JEDZ spółki Safe, że spółka ta posiada ubezpieczenie OC na kwotę 10 mln zł. Zgodnie z najnowszymi orzeczeniami KIO i stanowiskiem Prezesa UZP, które oparte zostały m.in. o wyrok Trybunał Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) wskazuje się, że powołanie na zdolności podmiotów trzecich nie jest dopuszczalne na etapie uzupełniania dokumentów.

Z opinii brokerskiej sporządzonej przez Kancelarię Brokerską J. i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach z dnia 9 kwietnia 2018 r. wynika: Polisa nr 307-17-430-05931054 określa rodzaj ubezpieczonej działalności jako „najem nieruchomości położonych w Gdańsku przy ul. Doki 1 (plac wraz z nabrzeżem, budynek magazynowo-produkcyjny i biurowy). Najem ruchomości we wskazanej lokalizacji.” W punkcie 2 Uwag jest natomiast wyłączenie odpowiedzialności za szkody związane z pozostałą działalnością firmy SAFE tj budowa kadłubów, statków: konstrukcji stalowych, remonty statków Te zapisy jednoznacznie wskazują że polisa ta nie spełnia wymogu określonego w SIWZI ponieważ jest przeznaczona dla innego rodzaju działalności niż wymagany przez Zamawiającego. Druga polisa o numerze 307-17-430-05931055 nie spełnia wymogu Zamawiającego jeśli chodzi o wysokość sumy gwarancyjnej. Zgodnie z punktem 5.2.3.2 SIWZ suma gwarancyjna powinna wynosić 4 000.000 zł, natomiast wysokość sumy gwarancyjnej w ww. polisie wynosi 2.000 000 zł. Wątpliwości budzą także zapisy określające przedmiot ubezpieczonej działalności - „budowa kadłubów statków, konstrukcje stalowe, remonty statków”. Przedmiot zamówienia jest określony jako świadczenie usługi nadzoru i kontroli podmiotu, który wykonywał będzie jednostki. Należy jednak zwrócić uwagę na dodatkowe zapisy w polisie — w punkcie 1 „Uwagi” znajduje się określenie w treści „Zakres ochrony obejmuje wyłącznie szkody powstałe i ujawnione w trakcie prac, usług przeprowadzanych na statkach podczas wykonywania usług w stoczniach nabrzeżnych, portach, terminalach morskich z wyłączeniem wszelkich szkód powstałych na morzu, w szczególności polegających na zatonięciu statku lub ładunku”. W naszej ocenie jest to rozszerzenie „Rodzaju ubezpieczonej działalności” jednak nie w pełni jasne, ponieważ rodzajem ubezpieczanej działalności jest budowa statków, konstrukcje stalowe, remonty statków a nie prowadzenie nadzoru i kontroli nad budową statków. Zapisy w Uwagach nie wyjaśniają, o jakie usługi chodzi, a ze względu na określony Rodzaj ubezpieczonej działalności należy zakładać, że chodzi o usługi

związane z budową i remontem statków oraz konstrukcjami stalowymi, a nie usługami nadzoru i kontroli budowy statków. Aby jednak wyzbyć się wszelkich wątpliwości, o interpretację zwróciliśmy się do źródła, czyli Ubezpieczyciela wystawiającego przedmiotowe polisy. TUIR Allianz Polska SA wyjaśnił, że „polisa SAFE Co. Ltd. Sp. z o.o. to polisa, której zakres ochrony ogranicza się do działalności stoczniowej, która dotyczy usług związanych z remontami, budową statków i budowy konstrukcji stalowych. Pokrywane są tu jedynie szkody osobowe i rzeczowe wyrządzone na statkach w trakcie wykonywanych prac i usług. Nie obejmuje odpowiedzialności z tytułu wykonywania czynności zawodowych jak i odpowiedzialności za czyste szkody majątkowe”. Podsumowując należy stwierdzić, że Wykonawca, czyli firma SAFE nie spełniła wymogu jeśli chodzi o wymaganą wysokość sumy gwarancyjnej oraz zakres ubezpieczonej działalności.

Z przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie wiadomości e-mail wynika, że opiniujący Broker zwracał się do wystawcy polisy TUIR Allianz Polska S.A. o wskazanie zakresu ubezpieczonej działalności w polisach przedłożonych przez Odwołującego.

Z briefu informacyjnego sporządzonego przez Kancelarię Radcy Prawnego P. S. Radca Prawny z dnia 27 marca 2018 r. wynikają podobne wnioski odnośnie spełnienia przez Odwołującego warunku wskazanego w pkt 5.2.3.2. SIWZ jak zostały przywołane w wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów z dnia 6 kwietnia 2018 r. oraz będące podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu [...].

W myśl § 2 ust. 2 pkt 4) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. poz. 1126) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia *W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać [...] dokumentów: potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.*

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że co do zasady Strony i Uczestnik Postępowania byli zgodni co do celu żądania dokumentu jakim jest polisa odpowiedzialności cywilnej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. *Ratio legis* wprowadzeniu

dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność, z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa OC w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 161/09). Celem zatem żądania dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego, jest jedynie ocena jego sytuacji ekonomicznej [sprawdzenie zdolności ekonomicznej wykonawcy pod kątem zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę gwarancyjną i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek – tak wyrok SO we Wrocławiu z 14.07.2011 r., X Ga 213/11, LEX nr 1125044). W ocenie sądu „decydujące znaczenie odgrywa okoliczność, że faktycznie pozyskanie ubezpieczenia pokrywającego się z przedmiotem zamówienia ma na celu przeniesienie na zakład ubezpieczeń ciężaru zobowiązań wpływających negatywnie na działalność ubezpieczonego lub których on sam nie mógłby udźwignąć nie narażając jej na szwank. Wobec tego ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu powinna przede wszystkim zmierzać do ustalenia, czy wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego. Każdy inny cel takiej oceny przeczyłby istocie ubezpieczenia OC, a także celowi, jakiemu służą warunki udziału w postępowaniu”. Podkreślenia wymaga, że zgodzić się należy z Odwołującym że brak jest wymagania w Rozporządzeniu aby polisa OC obejmowała zakresem ubezpieczenia cały przedmiot zamówienia. Jednakże zastrzeżenie zawarte w § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia nie uprawnia wykonawców do przedkładania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w jakimkolwiek zakresie, ale w zakresie tej działalności gospodarczej wykonawcy, która jest związana z

przedmiotem zamówienia. Musi zatem istnieć powiązanie tego ubezpieczenia z realną możliwością realizacji uprawnień także w ramach szkód zaistniałych na tle danego zamówienia publicznego (niezależnie od dodatkowej możliwości wymagania w samej umowie o zamówienie publiczne ubezpieczenia danego kontraktu). Ustawodawca nie określił przy tym w jakim stopniu ubezpieczenie objęte polisą OC ma pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia.

Decydujące znaczenie dla oceny zasadności podniesionego zarzutu ma więc ustalenie czy złożona przez Odwołującego polisa OC spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. na sumę ubezpieczenia 10 mln zł obejmuje działalność gospodarczą Odwołującego, która pozostaje chociaż w minimalnym stopniu związana z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Przywołane ustalenia faktyczne prowadzą do wniosku, iż polisa OC dotycząca spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. tego wymogu nie spełnia. Izba podziela w tym zakresie argumentację przedstawioną zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego. Jednocześnie wbrew twierdzeniom Odwołującego przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a argumentację przedstawiającą twierdzenia przeciwne należy uznać za spóźnioną. Odwołujący nie kwestionował opisu przedmiotu zamówienia na etapie ogłoszenia postępowania.

Odnosząc się do polisy nr 430-05931054 wskazać należy, że obejmuje ona ubezpieczenie działalności Odwołującego dotyczącej *najmu nieruchomości położonych w Gdańsku, przy ul. Doki 1 oraz najem ruchomości we wskazanej lokalizacji*. Nie sposób zatem uznać, że działalność wskazana w polisie spełnia wymóg minimalnego związania z przedmiotem zamówienia, jakim jest nadzór i kontrola nad budową statków - pełnienie funkcji Inżyniera Budowy. Jak wynika z opinii brokerskiej i informacji uzyskanej przez Zamawiającego od wystawcy polisy jest ona przeznaczona dla innego rodzaju działalności niż określono w SIWZ, a ochroną objęte pozostają szkody w ruchomościach i nieruchomościach w lokalizacji wskazanej w polisie. Co istotne działalność dotycząca budowy kadłubów statków, konstrukcji stalowych, remonty statków została wyłączona z ubezpieczenia i została objęta osobną polisą. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego Izba przyznała rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że polisa nie spełniała wymogu SIWZ w zakresie „prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych.

Przechodząc do drugiej polisy OC spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. nr 307-17-430-05931055 podkreślenia wymaga, że suma ubezpieczenia tej polisy wynosiła 2 mln. zł. Wobec jednoznacznych postanowień SIWZ określających obowiązek posiadania ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 4 mln zł oczywistym jest, że polisa ta nie mogła zostać uznana za spełniającą warunek udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe dalsze rozważania odnośnie wątpliwości w zakresie ubezpieczenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia pozostają bez znaczenia dla kwestii spełnienia warunku zdolności ekonomicznej przez Odwołującego.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Odwołujący przedłożył również polisę OC nr 20/1024/2017 wystawioną na rzecz spółki ALKOR sp. z o.o. (Ubezpieczający). W pierwszej kolejności istotnym jest ustalenie skuteczności przedłożonych dokumentów dotyczących udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego spółki ALKOR sp. z o.o. przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp. W świetle niniejszego stanu faktycznego Izba uznała powołanie się na zasób podmiotu trzeciego przez Odwołującego za nieskuteczny.

Zgodnie z art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy pzp Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu 1) składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jak zostało ustalone do oferty Odwołujący złożył jedynie JEDZ dotyczący spółki Euro Lider Group sp. z o.o. Jednocześnie w formularzu JEDZ spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. Wykonawca w zakresie warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej - posiadania polisy od odpowiedzialności cywilnej podał sumę ubezpieczenia 10 mln jako zasób własny jednego Konsorcjanta. W ocenie Izby ustalony stan faktyczny nie pozostawia wątpliwości, że na etapie złożonej oferty Odwołujący nie zakładał konieczności powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego spółki ALKOR sp. z o.o. celem spełnienia warunku posiadania polisy OC, gdyż w jego ocenie jeden z Konsorcjantów spełniał warunek udziału w postępowaniu. Świadczy o tym również fakt złożenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jako podstawowej polisy OC spółki Safe CO LTD Sp. z o.o. Dokumenty firmy ALKOR sp. z o.o. zostały załączone jedynie „z ostrożności” bez wezwania Zamawiającego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że gdyby przyjąć argumentację prezentowaną przez Odwołującego to Zamawiający w każdym postępowaniu gdzie wykonawca w formularzu JEDZ zaznaczył chęć powołania się na zasoby podmiotu trzeciego musiałby wzywać tegoż wykonawcę do ewentualnego uzupełnienia formularza JEDZ podmiotu trzeciego w stosunku do każdego postawionego warunku udziału w postępowaniu. Taka interpretacja jest

nieracjonalna i nie mogła zasługiwać na uwzględnienie. To po stronie Wykonawcy leży obowiązek przygotowania oferty tak aby z jej treści w sposób niebudzący wątpliwości wynikało w jakim zakresie, w odniesieniu do którego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca zamierza powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Mając powyższe na względzie, a także wyrok Trybunał Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) Izba uznała za nieprawidłowe działanie Odwołującego, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego niewskazanego w pierwotnie złożonej przez niego ofercie. Taka zmiana stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty, a zatem dokumenty złożone przez Odwołującego nie mogły stanowić podstawy dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej - posiadania polisy OC. Kwestią wtórną pozostają rozważania czy możliwe jest realne powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w świetle powszechnie obowiązujących przepisów. Jedynie na marginesie podnieść należy, że jedynym podmiotem wskazanym w dokumencie polisy przedłożonej przez Odwołującego jest firma ALKOR sp. z o.o. (Ubezpieczający) i to podmiot ubezpieczony a nie Wykonawca jest osobą uposażoną w przypadku wystąpienia wypadku ubezpieczeniowego.

Za chybiony Izba uznała zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu [...]*

Przedmiotowy zarzut został zgłoszony przez Odwołującego w świetle założenia, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na podniesione względem tej oferty zarzuty. Izba nie rozpatrzyła merytorycznie tych zarzutów w związku z czym w postępowaniu pozostaje oferta Przystępującego jako niepodlegająca odrzuceniu.

W ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez uprzywilejowane traktowanie PRS w postępowaniu względem Odwołującego, co stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców dochodzi, kiedy Zamawiający w sposób różny traktuje wykonawców pozostających w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej. *Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy*

Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej (wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2180/16.

W ocenie Izby taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie wskazać należy, że zarzut naruszenia art. 7 ustawy pzp jest niejako zarzutem wtórnym stanowiącym konsekwencję naruszenia innych przepisów ustawy pzp w toku postępowania przez Zamawiającego. Zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców czy naruszenia zasady uczciwej konkurencji nie może również pośrednio prowadzić do przywrócenia terminu do podniesienia zarzutów, które na obecnym etapie zostały uznane za spóźnione. W przedmiotowej sprawie Odwołujący w treści odwołania większość argumentacji dotyczącej naruszenia art. 7 ustawy pzp oparł na założeniu, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności ekonomicznej - posiadania polisy OC „związanej z przedmiotem zamówienia”. Izba nie rozpoznała zarzutów względem oferty Przystępującego, niemniej jednak zaznaczenia wymaga, że Odwołujący i Przystępujący nie pozostawali w tym zakresie w tożsamej sytuacji faktycznej i prawnej. Wykonawcy przedstawili różne polisy OC na potwierdzenie spełnienia warunku, a zarzut nierównego traktowania wykonawców wynika wyłącznie z subiektywnego przeświadczenia Odwołującego, że oferta Przystępującego nie spełnia wymagań postawionych w warunku z tych samych powodów co oferta Odwołującego. Jednocześnie nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający badając ofertę Przystępującego uznał za skuteczne autouzupelnienie polisy OC przez Przystępującego. Zamawiający już dokonując pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty stwierdził prawidłowość pierwotnie złożonej przez Przystępującego polisy, co zostało podniesione w odpowiedzi na odwołanie. O preferowaniu oferty Przystępującego nie świadczy również okoliczność, że Zamawiający najpierw wezwał Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia, a dopiero później pozyskał opinię Brokera. Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Wykonawcy znacznie później, a wcześniejszy etap stanowi wyłącznie proces badania i oceny ofert, a nie proces mający na celu wyeliminowanie Odwołującego z postępowania.

W pozostałej części zarzut został podniesiony z uwagi na ilość wezwań kierowanych do Odwołującego, która jest znacznie wyższa niż względem oferty Przystępującego. Zdaniem Izby także takie działanie Zamawiającego nie stanowi przejawu naruszenia zasady równego

traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, a jest skutkiem treści złożonych przez Wykonawców ofert i dokumentów w postępowaniu. Ustawodawca w sytuacji, gdy oferty zawierają błędy, czy nieprawidłowości, w uzasadnionych przypadkach ściśle skonkretyzowanych w poszczególnych przepisach ustawy uposażył Zamawiającego w narzędzia mające na celu niejako „ratowanie” oferty wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał złożenia, uzupełnienia, czy wyjaśnienia w zakresie, do jakiego obliguje go ustawa pzp. Oczywistym jest, że w zależności od treści złożonych ofert i dokumentów w postępowaniu, różnie będzie kształtowała się treść wezwań Zamawiającego. Izba nie doszukała się przesłanek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu, gdyż czynności Zamawiającego wynikały wyłącznie z procesu jakim jest badanie i ocena ofert. Kwestią irrelevantną pozostaje zasięgnięcie przez Zamawiającego opinii czy to Brokera czy też Kancelarii Prawnej, która świadczy obsługę prawną na rzecz Zamawiającego. Ustawa nie zabrania podejmowania takich działań, niemniej jednak ostateczna decyzja, jaką w tym przypadku był wybór oferty Przystępującego i wykluczenie Odwołującego z postępowania pozostaje decyzją Zamawiającego. Ponadto, jak podnosił Zamawiający kierując zapytania w zakresie polisy OC Odwołującego Zamawiający nakierowywał na korzystną dla Odwołującego wykładnię przedłożonych dokumentów w zakresie „związania z przedmiotem zamówienia”, na co wskazuje treść wiadomości e-mail kierowanych do wystawcy polis. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że naruszenie zasad wynikających z art. 7 ustawy pzp miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności nie wskazał na okoliczność pozostawiania przez obu Wykonawców w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419) (dalej: uznk), poprzez utrudnianie Odwołującemu dostępu do zamówienia oraz stawienie PRS w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych uczestników postępowania oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz. 798) (dalej: uokik), poprzez nadużycie pozycji dominującej oraz podejmowanie działań zmierzających do wyeliminowania istnienia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Ustalono, że z pisma z dnia 22 maja 2018 r. załączonego do odwołania Remontowa Shipbuilding S.A. wskazała, że *realizując kontrakt na budowę dwóch statków wielozadaniowych ze Skarbem Państwa, (Dyrektorem Urzędu Morskiego) w Szczecinie,*

zawarła z Polskim Rejestrem Statków S.A. umowę na prowadzenie nadzoru klasyfikacyjnego.

W odniesieniu do podniesionych powyżej zarzutów odwołania zaznaczenia wymaga, że Odwołujący nie skonkretyzował ich w treści uzasadnienia, ograniczając się jedynie do ogólnych stwierdzeń, że Wykonawca PRS jest stawiany przez Zamawiającego w uprzywilejowanej pozycji. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, za zarzut uznaje się przywołanie okoliczności faktycznych i towarzyszącej im argumentacji prawnej świadczących o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Takich sformułowań próżno szukać w treści odwołania. Jednocześnie Odwołujący ponownie odwołuje się w tym zakresie do art. 7 ustawy pzp, którego naruszenia Izba nie stwierdziła w niniejszym postępowaniu. Co istotne, zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy pzp *odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.* Jak wynika z powyższego Izba posiada kognicję do orzekania w zakresie naruszenia ustawy pzp. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż Izba rozpoznaje również zarzuty dotyczące naruszenia przepisów innych ustaw Izba wskazuje, że dotyczy to wyłącznie sytuacji kiedy przepisy ustawy pzp odwołują do tych konkretnych przepisów, a tak sformułowanych zarzutów Odwołujący nie podniósł. W treści odwołania wskazano jedynie, iż Przystępujący będzie nie tylko wykonawcą przedmiotowego zamówienia, ale również będzie działał jako Towarzystwo Klasyfikacyjne, co stawia go w pozycji dominującej. Odwołujący nie wskazał jednak naruszenia jakich przepisów dopuścił się wobec tej okoliczności Zamawiający i czy taka sytuacja stanowi naruszenie prawa w ogóle. Z treści pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie wynika, że jest to dopuszczalne, a działania Towarzystwa Klasyfikacyjnego nie kończą się w momencie oddania statku do użytkowania ale obejmują nadzór klasyfikacyjny przez cały czas istnienia statku. Ponadto nie oznacza powyższe również, że Wykonawca realizując przedmiot zamówienia będzie kontrolował „sam siebie”, a jedynie wykonawcę inwestycji pod nazwą Budowa dwóch wielozadaniowych jednostek pływających. Izba przyjęła argumentację Przystępującego i Zamawiającego w zakresie podniesionych zarzutów odwołania.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie do dnia złożenia przedmiotowego odwołania dostępu do protokołu z postępowania, który jest dokumentem jawnym, a przez to uniemożliwienie

skutecznego oraz kompleksowego skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu w ramach pzp środków ochrony prawnej.

Ustalono, że dnia 24 maja 2018 r. pełnomocnik Odwołującego zwrócił się drogą mailową do Zamawiającego na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy pzp: *o udostępnienie protokołu postępowania, karty oceny komisji przetargowej, w szczególności w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, informacji uzyskanych od wystawców referencji dołączonych do oferty Konsorcjum oraz przedłożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp, opinii prawnych kancelarii zewnętrznej stanowiących ocenę dokumentów Konsorcjum oraz o udzielenie informacji: Czy Zamawiający w związku z ujawnionymi na rozprawie przed KIO w dniu 27 lutego 2018 r. informacjami oraz wiarygodnymi dowodami na temat nieprawdziwych informacji podanych w ofercie przez PRS podjął jakiegokolwiek działania w celem zbadania ww. okoliczności, w tym czy wezwał PRS do złożenia wyjaśnień w tym zakresie? Czy autouzupelnienie odpisu KRS przez PRS zostało uznane przez Zamawiającego jako skuteczne - w świetle najnowszego orzecznictwa KIO? Czy Zamawiający badał polisę OC PRS? Czy w stosunku do polisy OC PRS Zamawiający również pozyskiwał opinię podmiotu zewnętrznego? Dlaczego Zamawiający zwrócił się o opinie w zakresie poprawności polisy OC Konsorcjum do brokera zewnętrznego, a nie bezpośrednio do wystawcy przedmiotowej polisy?* Wyżej wskazana prośba została ponowiona dnia 29 maja 2018 r.

Ustalono, że dnia 30 maja 2018 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu: protokół postępowania, wskazał że karty indywidualnej oceny komisji nie są sporządzane u Zamawiającego, udostępnił zapytanie dot. p. G. G. skierowane do Remontowa Shipbuiding S.A. wraz z otrzymaną odpowiedzią, brief informacyjny z dnia 27 marca 2018 r. W zakresie odpowiedzi na drugą część pytania (prośba o udzielenie informacji) Zamawiający poinformował, że *dokonał wszelkich czynności w postępowaniu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz z uwzględnieniem stanowisk wyrażonych w najnowszym orzecznictwie i doktrynie. Wszelkie określone przepisami informacje przekazane zostały Wykonawcy zgodnie z obowiązującym statusem prawnym.*

Dnia 30 maja 2018 r. oraz 4 czerwca 2018 r. Odwołujący skierował prośbę do Zamawiającego o udzielenie odpowiedzi na pytania sformułowane w treści wiadomości e-mail z dnia 24 maja 2018 r. powołując się na przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej. W dniu 4 czerwca 2018 r. Zamawiający odpowiedział: *W związku ze sprecyzowaniem wniosku wykonawcy w zakresie wskazania jakiej formule oczekujecie państwo dodatkowych informacji (ustawa o dostępie do informacji publicznej), uprzejmie informuję, że zamawiający udzieli wszelkich informacji w terminie zgodnym z art. 13 ust. 1*

ustawy o dostępie do informacji publicznej. Odwołujący dnia 4 czerwca 2018 r. jako podstawę prawną żądania wskazał art. 96 ust. 3 ustawy pzp. Dnia 7 czerwca 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania Odwołującego.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy pzp Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W myśl § 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) 1. *Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. 2. Przekazanie protokołu lub załączników następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. 3. W przypadku protokołu lub załączników sporządzonych w postaci papierowej, jeżeli z przyczyn technicznych znacząco utrudnione jest udostępnienie tych dokumentów przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do udostępnienia dokumentów, zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione. [...] 5. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. [...]*

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że zarzut zawarty w odwołaniu dotyczył informacji, o które wnosił Odwołujący 24 maja 2018 r. Na rozprawie Odwołujący rozszerzał zarzut o kolejne dokumenty, które nie zostały mu przekazane, które to okoliczności należy uznać za spóźnione na obecnym etapie, skoro nie znalazły odzwierciedlenia w treści odwołania. Wskazania również wymaga, że zgodnie z Rozporządzeniem Zamawiający jest zobowiązany na wniosek do niezwłocznego przekazania protokołu z postępowania wraz z załącznikami. Rozporządzenie nie określa przy tym konkretnego terminu udostępnienia dokumentów, uznać więc należy że musi to nastąpić bez zbędnej zwłoki. W świetle zebranego materiału dowodowego Izba stwierdziła, że protokół wraz z załącznikami był sukcesywnie przekazywany Odwołującemu. Nie można uznać zarzutu, że Zamawiający zwlekał z przekazaniem dokumentacji, gdyż sam Odwołujący w zakresie podniesionym w zarzucie dopiero na 5 dni po wyborze najkorzystniejszej oferty zwrócił się o przekazanie konkretnych dokumentów, a więc na dwa dni robocze przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Jednocześnie wskazać należy, że wnioski Odwołującego i zarzuty odwołania dotyczyły przede wszystkim odpowiedzi na pytania skierowane do Zamawiającego. Otóż art. 96 ust. 3 ustawy pzp obliuguje Zamawiającego do udostępnienia dokumentów, nie zaś do

dokonywania interpretacji dokumentów za Odwołującego. Nie ma również polegać na swojego rodzaju uzasadnianiu przez Zamawiającego działań podjętych w postępowaniu w ramach badania i oceny ofert, takie uzasadnienia zawarte są w treści decyzji podejmowanych przez Zamawiającego. To Odwołujący na podstawie przekazanego protokołu i załączników winien dokonać własnych analiz i w sposób samodzielny prześledzić przebieg postępowania. Przeprowadzenie takiego procesu za Odwołującego nie leży w obowiązkach Zamawiającego, a tym samym nie może być podstawą zarzutu odwołania. Jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego wiadomości e-mail w dniu 7 czerwca 2018 r. Odwołujący uzyskał mimo wszystko odpowiedzi na zadane pytania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego w wysokości 3 567,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....