

Sygn. akt: KIO 1356/19

## WYROK

z dnia 29 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz Monika Szymanowska
Protokolant:	Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę – **UXO MARINE S.A.** z siedzibą w Goczałkowicach-Zdroju przy ul. Szkolnej 72 (43-230 Goczałkowice-Zdrój) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** z siedzibą w Gdyni przy ul. Chrzanowskiego 10 (81-338 Gdynia)

przy udziale wykonawcy – **Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Przetocznej 66 (80-702 Gdańsk) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiadających im postanowień ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu wykonania zamówienia dla części I zamówienia, poprzez ustalenie go do 172 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy;

1.2. dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiadających im postanowień ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu wykonania zamówienia dla części II zamówienia, poprzez ustalenie go do 140 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy;

1.3. dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiadających im postanowień ogłoszenia o zamówieniu w zakresie kryteriów oceny ofert odnośnie do I i II części zamówienia, poprzez usunięcie kryterium – *Ilość ekip nurków saperów (N)*.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – **UXO MARINE S.A.** z siedzibą w Goczałkowicach-Zdroju tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego – **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** na rzecz wykonawcy – **UXO MARINE S.A.** z siedzibą w Goczałkowicach-Zdroju kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania;

2.3. nakazuje zwrot na rzecz wykonawcy – **UXO MARINE S.A.** z siedzibą w Goczałkowicach-Zdroju z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem nadpłaconego, w świetle § 1 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

## Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślan z Zatoką Gdańską”*, (nr sprawy: ZP.371.25.2019.ASc), zwane dalej „postępowaniem”. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części. Część pierwsza obejmuje oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych, na obszarze Zalewu Wiślanego w granicach sztucznej wyspy oraz na obszarze Zatoki Gdańskiej w granicach portu osłonowego, natomiast część druga zamówienia obejmuje usługi oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych, na obszarze Zalewu Wiślanego w granicach toru wodnego i na obszarze rzeki Elbląg.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2019 r., pod numerem 2019/S 128-313730.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca UXO MARINE S.A. z siedzibą w Goczałkowicach-Zdroju zwany dalej: „odwołującym” w dniu 15 lipca 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c.:

1.1) odwołujący wskazał, że Załącznik nr 4a, punkt 4. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) *„Opis przedmiotu zamówienia „Oczyszczenie Terenu Budowy z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych” Część I Termin realizacji zamówienia* w zakresie, w jakim wymaga od wykonawcy wykonanie całości zamówienia w terminie 60 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy narusza art. 7 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego, niemożliwego do dotrzymania przez wykonawcę terminu do wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia;

1.2) odwołujący wskazał, że Załącznik nr 4b, punkt 4. do SIWZ *„Opis przedmiotu zamówienia „Oczyszczenie Terenu Budowy z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych” Część II Termin realizacji zamówienia* w zakresie, w jakim wymaga od wykonawcy wykonanie całości zamówienia w terminie 110 dni kalendarzowych liczonych od dnia

podpisania umowy narusza art. 7 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego, niemożliwego do dotrzymania przez wykonawcę terminu do wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia;

2) art. 7 ust. 1 Pzp – odwołujący wskazał, że zapis w punkcie XIII podpunkt 1 oraz punkt XIII podpunkt 2 SIWZ w zakresie, w którym jako kryterium najkorzystniejszej oferty wskazuje ilość ekip nurkowych z pominięciem kryterium innych metod wydobywania obiektów ferromagnetycznych narusza zasadę uczciwej konkurencji i ogranicza dostęp do zamówienia podmiotom, które wydobywają obiekty ferromagnetyczne za pomocą sprzętu technicznego z pominięciem nurków jako dominującej metody wydobywania obiektów ferromagnetycznych.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący zażądał:

- zmiany załącznika nr 4a, punkt 4. do SIWZ „*Opis przedmiotu zamówienia „Oczyszczenie Terenu Budowy z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych” Część I Termin realizacji zamówienia* poprzez ustalenie 172 dniowego terminu na wykonanie prac przez wykonawcę;
- zmiany załącznika nr 4b, punkt 4. do SIWZ „*Opis przedmiotu zamówienia „Oczyszczenie Terenu Budowy z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych” Część II Termin realizacji zamówienia* poprzez ustalenie 140 dniowego terminu na wykonanie prac przez wykonawcę;
- zmiany punktu XIII SIWZ poprzez usunięcie jako kryterium oceny oferty ilości ekip nurków saperów (punkt XIII, podpunkt 1, cyfra 2 *Ilość nurków saperów - N* oraz tabela do punktu XIII, a także podpunkt 5).

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał nie tyle na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty. Ponadto w ocenie odwołującego zgodnie z niekwestionowanym orzecznictwem KIO, wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Na etapie składania ofert wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia, a interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. np. wyrok z 7 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 443/16). Odwołujący podkreślił, że zamawiający sporządził SIWZ w sposób uniemożliwiający mu złożenie rzetelnej oferty, pomimo posiadania doświadczenia w realizacji podobnych usług oraz odpowiedniej wiedzy, potencjału technicznego i osobowego, gwarantującego ich należyte wykonanie.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1.1. odwołujący podniósł, że zgodnie z SIWZ i załączonym do niej załącznikiem nr 4a, przedmiotem prac wykonawcy ma być usunięcie 1873 sztuk obiektów ferromagnetycznych z Zalewu Wiślanego w granicach sztucznej wyspy oraz 278 obiektów z obszaru Zatoki Gdańskiej w granicach portu osłonowego. Dodatkowo wykonawca ma obowiązek przeprowadzenia badania czystości dna na obszarze Portu Osłonowego i Sztucznej Wyspy po zakończeniu wydobywania obiektów ferromagnetycznych potwierdzonego kontrolnym rozpoznaniem ferromagnetycznym i atestem nurkowym (w przypadku potwierdzenia oczyszczenia terenu) wydanie Certyfikatu Czystości Obszaru objętego zamówieniem, który winien być podpisany przez uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika Prac Saperskich (punkt 5 Załącznika nr 4a w brzmieniu nadanym zmianą SIWZ z dnia 11 lipca 2019 r.). Wyżej opisane prace wykonawca ma obowiązek wykonać w terminie 60 dni (punkt 4 załącznika 4a do SIWZ). Odwołujący zakwestionował założony przez zamawiającego termin jako zbyt krótki.

W zakresie zaskarżonego SIWZ odwołujący wyjaśnił, że założony przez zamawiającego termin wykonania usługi jest nierealny do wykonania założonych prac. Zgodnie z SIWZ do wydobywania jest 2151 obiektów ferromagnetycznych (zwanymi dalej: „obiettami”). W ocenie odwołującego jedna ekipa nurków w składzie ustalonym przez zamawiającego w załączniku nr 4a do SIWZ oraz w punkcie XIII SIWZ jest w stanie wydobyć - przy warunkach pogodowych charakterystycznych dla Zatoki Gdańskiej i Zalewu Wiślanego średnio (tj. biorąc pod uwagę okres umowy) nie więcej niż 3 obiekty dziennie. Taka wydajność wynika z warunków pogodowych i hydrologicznych - należy przyjąć, że jeżeli umowa zostanie podpisana w sierpniu, to okres prac przypadnie na jesień, co będzie skutkowało zwiększeniem dni sztormowych oraz zafalowaniem. *Zalew Wiślany należy do akwenów groźnych. Silne, często nie przewidywane przez prognozy wiatry, nadchodzące szybko i gwałtownie, wywołują natychmiastowe falowanie, które zaledwie w ciągu godziny osiąga swoje maksimum. Przy wietrze sztormowym 25 m/sek (10° B) parametry fali obliczone przez Instytut Morski dla Zalewu Wiślanego wynoszą: wysokość fali 1,2 m, długość fali 26 metrów. Ze względu na małą głębokość akwenu falowanie powoduje wymieszanie wód i podnoszenie osadów dennych. Mało przejrzysta woda Zalewu upodabnia się do kawy z mlekiem.* (J. Kuliński, Locja Zalewu Wiślanego publikowana na stronach [http://www.kulinski.zaqlle.pl/zw/03\\_warunki\\_hydrologiczne.htm](http://www.kulinski.zaqlle.pl/zw/03_warunki_hydrologiczne.htm)). Z tego względu założenie, że prace będą prowadzone codziennie, abstrahuje od realiów akwenu. Dodatkowym utrudnieniem jest brak jakiegokolwiek przejrzystości wody na przedmiotowym akwenu, co wyłącza prowadzenie prac w okresie od zmierzchu do świtu oraz temperatura wody, która w okresie jesienno-zimowym będzie oscylować wokół zera. Jednostki pływające posiadające karty bezpieczeństwa nie mogą pracować w warunkach zafalowania, gdyż stwarza to

zagrożenie dla ludzi i sprzętu. Statystycznie należy założyć, że w okresie jesiennym w tygodniu będą możliwe 3-4 dni pracy, a pozostałe dni będą dniami przestoju ze względu na niekorzystne warunki pogodowe. Należy podkreślić, że ani SIWZ ani projekt umowy nie przewidują przestojów z tytułu niekorzystnych warunków atmosferycznych, co oznacza, że ryzyko złej pogody obciąża wyłącznie wykonawcę.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie odwołującego arytmetyka wskazuje, że łączna liczba obiektów (2151) podzielona przez ich średnie, możliwe do uzyskania tempo wydobywania (3 dziennie), wynosi 717 dni roboczych. Aby zmieścić się w terminie 60 dni należałoby zatrudnić 12 ekip nurkowych (5 osób każda zgodnie z wymogami SIWZ), co daje 60 nurków, z których każdy musi posiadać uprawnienia określone w punkcie 5 załącznika nr 4a. Liczba ta jest nierealna. W Polsce ani w Europie nie ma przedsiębiorcy, który posiadałby do dyspozycji taką liczbę nurków, którzy spełniliby wymagania SIWZ i wykonali pracę w ciągu 60 dni, tym bardziej, że zgodnie z punktem XIII SIWZ w brzmieniu nadanym w dniu 11 lipca 2019 r. ekipy nurków muszą być różne dla każdej z części zamówienia. Zgodnie z informacją uzyskaną od Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia 22 grudnia 2017 r. pokazującą ilość osób posiadających uprawnienia saperskie - są one ważne przez 5 lat i trzeba je odnawiać (wiec uprawnienia zdobyte w 2013 i 2014 są nieważne) i obejmują uprawnienia dla osób lądowych i nurków (niestety WITU nie jest w stanie udzielić informacji ile osób które szkolili to nurkowie) - idąc drogą dedukcji i mając 2019 rok należy zsumować uprawnienia zdobyte w latach 2015, 16, 17 - co daje liczbę  $187+65+38 = 290$  osób. Z tego nurków przypada nie więcej niż 20%, czyli 58 osób. Typową sytuacją jest posiadanie ekip w nurkowych w składzie określonym w SIWZ na poziomie 5-6 ekip, co powoduje wydłużenie czasu pracy z 60 do 120 dni. Taki czas wykonania umowy uwzględnia warunki pogodowe, warunki akwenu (brak przejrzystości) oraz możliwą liczbę zaangażowanych w przedsięwzięcie nurków. Dodatkowo należy dodać czas na mobilizację sprzętu, tj. na przewiezienie go na teren prac, co średnio wynosi ok. 5-7 dni. Ponadto czas na wykonanie prac założony przez zamawiającego – w opinii odwołującego – nie uwzględnia czasu niezbędnego na skanowanie dna po jego oczyszczeniu. Dla zadania I (załącznik 4a) czas ten wynosi około 45 dni. Prace polegające na skanowaniu dna nie mogą być prowadzone jednocześnie z pracami wydobywczymi ze względu na zakłócenia ferromagnetyczne. Prace skanowania można wykonywać wyłącznie przy idealnej tafli wody, bez zafalowania, bez ruchu innych statków etc. Należy wskazać, że zamawiający dla zeskanowania dna dla potrzeb niniejszego przetargu (jako swoistego „przedmiaru prac”) dla obszaru obejmującego oba zadania przewidział okres 3 miesięcy (90 dni). Analogiczny okres winien być przewidziany dla skanowania po pracach wydobywczych, bo zakres prac w zakresie skanowania jest tożsamy. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że przy pracach

nurkowych niemożliwe jest wydobycie 100% obiektów dlatego też po skanowaniu terenu należy zazwyczaj przeprowadzić poprawkowe prace nurkowe po których trzeba dany obszar który był poprawiany ponownie zeskanować, co znowu wydłuża czas potrzebny do wykonania pracy. Zdaniem odwołującego ponieważ zadania I i II objętościowo dzielą się mniej więcej po połowie, czas na wykonanie całości zadania I powinien być wydłużony o kolejne 45 dni.

W związku z powyższym, odwołujący doszedł do konkluzji, że czas na zakończenie zadania I powinien być wydłużony o:

- dodatkowe 60 dni w związku z warunkami pogodowymi, możliwą do uzyskania wydajnością każdej z ekip i możliwą liczbą pracujących ekip nurkowych,
- dodatkowe 7 dni ze względu na mobilizację sprzętu,
- dodatkowe 45 dni ze względu na konieczność skanowania dna po wydobyciu obiektów ferromagnetycznych.

Łącznie więc czas powinien wynieść: 60 dni (założone przez zamawiającego) + 60 dni + 7 dni + 45 dni = 172 dni.

Co do zarzutu podniesionego w pkt 1.2 odwołujący podniósł, że uzasadnienie dla niego jest zasadniczo zbieżne z uzasadnieniem zarzutu opisanego w punkcie 1.1. z następującymi modyfikacjami: łączna liczba obiektów do wydobycia wynosi 1664, co przy założeniu 6 ekip nurkowych, z których każda wydobywa 3 obiekty dziennie, daje 92 dni pracy. Do tego należy dodać 7 dni na mobilizację oraz 45 dni na skanowanie. Łącznie więc winno być 144 dni, a nie 110, jak założył to zamawiający.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na brak konsekwencji w określaniu terminów dla zadania I i II: mimo większej liczby punktów na zadaniu I (2151), czas na wykonanie prac jest o wiele krótszy od założonego czasu pracy dla zadania II (1664 obiekty do wydobycia). Tej różnicy – zdaniem odwołującego – nie można wytłumaczyć inaczej, aniżeli brak podstawowej analizy wykonania prac. Tym samym termin realizacji zamówienia jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania i został określony przez zamawiającego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i w sposób wykraczający poza możliwą swobodę umów. Wymaga bowiem wskazania, iż wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza wobec tak rażąco krótkiego terminu na wykonanie zamówienia, będzie miał do wyboru: 1) odmowę podpisania umowy i utratę wadium 2) podpisanie umowy i przyjęcie na siebie odpowiedzialności za niewykonanie zamówienia w terminie.

Jeśli chodzi natomiast o zarzut podniesiony w pkt 2 odwołujący wyjaśnił, że założenie, w myśl którego za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryterium ilości ekip nurków saperów, jest niezgodne z zasadami techniki, i eliminuje z postępowania przetargowego podmioty korzystające z innych



dostępnych na rynku metod oczyszczania dna morskiego - bez użycia nurków, a przynajmniej nie w skali, którą zakłada zamawiający. Uzyskanie maksymalnej liczby punktów przez wykonawcę jest możliwe wyłącznie przy wykorzystaniu siły roboczej nurków saperów, co w konsekwencji wyklucza podmioty stosujące inne powszechnie stosowane, nowoczesne metody oczyszczania dna morskiego, takie jak korzystanie z urządzeń typu ROV czy magnesów do wyciągania obiektów ferromagnetycznych. W branży wydobywania niewybuchów odchodzi się od pracy nurków bezpośrednio wydobywających obiekt ferromagnetyczny na rzecz robotów lub innych urządzeń. Ponadto w ocenie odwołującego zastosowanie takiego kryterium przez zamawiającego jest nieuzasadnione również pod kątem ekonomicznym, powoduje znaczący wzrost kosztów oraz prowadzi do wydłużenia się czasu realizacji zamówienia, uniemożliwiając jednocześnie wykonanie usługi w sposób należyty oraz terminowy, ponadto naraża wykonawcę na stratę finansową.

Odwołujący wyjaśnił, że preferowanie usług za pomocą ekip nurkowych nawiązuje do techniki czyszczenia dna morskiego, która traci na znaczeniu. Dostępne są nowsze i wydajniejsze technologie i przede wszystkim bezpieczniejsze dla ludzi, tytułem przykładu:

- wykonawca może zapewnić sterowaną mechanicznie głowicę umożliwiającą podejmowanie obiektów o masie do 500 kg, mocowaną na platformie lub pontonie (odpowiednik bazy nurkowej), której dokładność sterowania zapewnia GPS RTK o dokładności poniżej 5 cm;
- innym dostępnym dla Wykonawcy sprzętem jest tuba umieszczana mechanicznym wysięgnikiem o długości 4 m średnicy 2,5 m umożliwiającą odessanie błota;
- sterowane na kabliście ROV (remotely operated underwater vehicle) work class umożliwiające precyzyjne poruszanie się pod wodą za pomocą systemu USBL i podejmowanie chwytakiem obiektów o masie do 50 kg wyposażone również w płuczkę.

Zadaniem odwołującego każdy z wymienionych systemów odpowiadać może więcej niż tylko jednej ekipie nurkowej, a przy tym eliminowany jest czynnik w postaci zmęczenia, ograniczenia wynikające z przepisów bhp pracy nurków, Kodeksu pracy etc.

W związku z powyższym – w opinii odwołującego – zamawiający nie może narzucać technologii preferowanej przez pewną grupę firm uniemożliwiając jednocześnie i skreślając potencjał techniczny innej grupy. Wykonawca pomimo posiadania odpowiedniej wiedzy, doświadczenia w wykonywaniu podobnych usług, potencjału technicznego i osobowego, gwarantujących należyte wykonanie zamówienia, poprzez sporządzenie SIWZ, które faworyzuje wykonawców świadczących usługi objęte przedmiotem zamówienia wyłącznie za pomocą ekip nurkowych, ogranicza dostęp wykonawcy do zadania publicznego, który preferuje inną, nowocześniejszą, tańszą i szybszą metodologię prac wydobywczych. Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa, „postanowieniami w zakresie warunków udziału w postępowaniu zamawiający może spowodować wyeliminowanie wykonawców mogących

złożyć ofertę, ale niespełniających wymagań podmiotowych. Tego typu działanie jest dopuszczalne, ale ograniczeniem swobody zamawiającego jest właśnie zasada uczciwej konkurencji. Ma ona zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność postępowania, (wyr. z 5 czerwca 2018 r. KIO 20/18, niepubl.). Zakaz nadmiernego zawężania kręgu potencjalnych wykonawców, ma powodować, że do postępowania przetargowego oraz do realizacji zamówienia wyłoniony zostanie podmiot wiarygodny i faktycznie zdolny do należytej realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający zobowiązany jest nie tylko dopuścić rozwiązania równoważne, ale też określić obiektywne kryteria, na podstawie których będzie dokonywać oceny równoważności. Przepisy ustawy tj. art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, mają służyć zapewnieniu konkurencyjności w postępowaniu poprzez umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia i zaspokoić usprawiedliwione potrzeby zamawiającego. Na uzasadnienie swoich tez, odwołujący wskazał również na stanowisko doktryny i orzecznictwa, zgodnie z którym zasada uczciwej konkurencji zostanie naruszona, nawet jeśli opis przedmiotu zamówienia mógłby jedynie potencjalnie utrudnić ubieganie się o możliwość wykonania zamówienia wykonawcom zdolnym do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. W wyroku NSA z 22 lutego 2017 r. (II GSK 1732/15) wskazano, że „do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. Dyspozycję normy prawnej dekodowanej z przywołanego przepisu ustawy wyczerpuje już bowiem potencjalne, możliwe i prawdopodobne ograniczenie konkurencji”. Z zacytowanego orzeczenia wynika, że duże prawdopodobieństwo naruszenia omawianej zasady powoduje, że naruszenie wystąpiło, nie jest konieczne wykazanie, że istotnie ta zasada została naruszona i został popełniony czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto odwołujący podniósł, że orzecznictwie TSUE również wskazywane jest, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE z: 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt C 324/14).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 26 lipca 2019 r., zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości;
- zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania wg. Spisu, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odnosnie zarzutów dotyczących terminów realizacji zamówienia zamawiający na wstępie wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż możliwe jest wydobywanie średnio tylko 3 obiektów dziennie przez jedną ekipę nurków w składzie zgodnym z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że określił terminy realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia w oparciu o doświadczenia z uzyskiwanych ilości usuwanych obiektów ferromagnetycznych przez ekipy nurkowe na innych podobnych zadaniach prowadzonych przez Urząd Morski w Gdyni, jak również korzystając z uzyskanych danych od innych zamawiających zlecających tego typu usługi (np. Zarządu Morskiego Portu w Gdańsku) na akwenach charakteryzujących się większym stopniem skomplikowania, a to głównie ze względu na fakt, iż akweny te stanowiły czynne drogi wodne o dużym natężeniu ruchu statków, na akwenach tych występowały przeszkody w postaci istniejącej zabudowy co powodowało znaczne problemy z odczytaniem występujących anomalii ferromagnetycznych, na części obszarów występowało również zamulenie oraz prace nurkowe prowadzone były na znacząco większych głębokościach (od 7 do 17 metrów) niż prowadzone będą one na obszarach objętych przedmiotem zamówienia, na których głębokości wynoszą od 0 do ok. 3 metrów. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że terminy wykonania usługi objętej niniejszym postępowaniem ustalił stosownie do potrzeb wynikających z harmonogramu realizacji projektu dotyczącego zadania inwestycyjnego „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”, a niewykonanie oczyszczenia poszczególnych obszarów z obiektów potencjalnie niebezpiecznych w wymaganych terminach skutkować będzie brakiem możliwości rozpoczęcia prac budowlanych związanych z wykonaniem tej drogi wodnej.

W ocenie zamawiającego ustalone warunki realizacji nie ograniczają w żaden sposób uczciwej konkurencji, w zasobami w postaci kadry i potencjału technicznego. W jego ocenie wydobywanie obiektów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych na poziomie 10 i więcej przez jedną ekipę w ciągu jednego dnia nie jest okolicznością nadzwyczajną, wbrew twierdzeniom odwołującego. Odnosząc się do wcześniej realizowanych zadań z zakresu wydobywania

materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych z różnego rodzaju akwenów morskich zamawiający wskazał przykładowo na:

- oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych w ramach projektu „Modernizacja układów falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”, w okresie od października do grudnia 2018 r. W ramach tych prac prowadzono wydobywanie 535 obiektów z głębokości kilkunastu metrów (łom — 14m), a akwen szczególnie w obszarze planowanych nowych falochronów charakteryzował się zamulaniem przekraczającym 2 metry. Osiągnięta dzienna wydajność na 1 ekipę nurkową to 6,85 wydobytych obiektów;

- oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych w ramach projektu „Modernizacja Toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku”, w okresie od maja do listopada 2018 r. W ramach tych prac prowadzono wydobywanie 1744 obiektów z głębokości 17 do ponad 19 metrów na czynnym torze wodnym. Osiągnięta dzienna wydajność na 1 ekipę nurkową to 8,04 wydobytych obiektów;

- oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych w ramach projektu „Modernizacja toru wodnego i rozbudowa nabrzeży oraz poprawa warunków żeglugi w Porcie Wewnętrznym w Gdańsku” w okresie październik 2018 — maj 2019. W ramach tych prac prowadzono wydobywanie na kilku odcinkach toru wodnego portu Gdańsk. Osiągnięta dzienna wydajność wydobytych obiektów na 1 ekipę nurkową wyniosła w zależności od odcinka: 30,08 obiektów, 33,21 obiektów, 36,43 obiektów, 20,29 obiektów.

Zamawiający podkreślił przy tym, iż ustalił w ramach Części I przedmiotowego zamówienia termin realizacji na 60 dni, a dla Części II na 110 dni liczonych od daty zawarcia umowy, jednakże w przypadku wystąpienia warunków atmosferycznych, takich jak silny wiatr, wysoki stan morza (zgodnie z ograniczeniami pracy nurków określonymi w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 19 maja 2004r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu prac podwodnych) lub zalodzenie akwenu - umowa w §14 ust. 2 lit. f) przewiduje możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia (przesłanka do zmiany w powyższym zakresie została wprowadzona przez zamawiającego do umowy w trybie art. 38 ust. 4 Pzp w dniu 23 lipca 2019r. wraz z wyjaśnieniami do treści SIWZ zamieszczonymi na stronie internetowej zamawiającego). Tym samym twierdzenie odwołującego iż SIWZ ani projekt umowy nie przewidują przestojów z tytułu niekorzystnych warunków atmosferycznych obarczając tym samym wykonawcę ryzykiem złej pogody, jest bezzasadne.

Zamawiający wskazał, że określił w Opisie Przedmiotu Zamówienia wymagania odnośnie ekipy nurkowej, co do składu osobowego oraz wymaganych uprawnień. Przy czym warunki realizacji zamówienia nie ograniczają konkurencji podmiotom spełniającym wymagania w zakresie uprawnień. dysponującym niezbędną wiedzą i doświadczeniem.

Odnosząc się natomiast do argumentacji odwołującego wskazującej, iż skoro zamawiający dla zeskanowania dna dla potrzeb przedmiotowego zamówienia dla obszaru obejmującego oba zadania (obie części) przewidział okres 3 miesięcy (90 dni), to analogiczny okres winien być przewidziany dla skanowania prac wydobywczych w ramach przedmiotowego zadania stwierdził, iż taka argumentację także należy uznać za chybioną. W tym zakresie zamawiający wskazał, iż w ramach usługi na wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską wykonawca był zobowiązany nie tylko do wykonania prac na obszarze obejmującym Port Osłonowy od strony Zatoki Gdańskiej, Sztuczną Wyspę i tor wodny na Zalewie Wiślanym oraz tor wodny na rzece Elbląg, lecz w ramach badań wykonano:

- rozpoznanie ferromagnetyczne - w celu wykrycia obiektów o wymaganej detekcji magnetycznej;
- rozpoznanie sonarowe - w celu wykrycia wszystkich obiektów zalegających na powierzchni dna;
- rozpoznanie batymetryczne - w celu określenia rozkładu głębokości w rejonie prac oraz wykrycia obiektów na powierzchni dna.

Natomiast w ramach przedmiotowego zamówienia (zarówno Części I jak i Części II) wykonawca będzie realizował wydobycie materiałów ferromagnetycznych ze ściśle określonych punktów określonych w raportach z badań z kontrolnym sprawdzeniem ich wydobycia pomiarami ferromagnetycznymi. Zakres prac w ramach obu tych usług jest nieporównywalny i dlatego nie może stanowić odniesienia dla ustalenia terminu realizacji w ramach przedmiotowej usługi. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania nr 26 i 27, pomiary ferromagnetyczne potwierdzające usunięcie obiektów z punktów wskazanych w Raportach z badań ferromagnetycznych wykonawca może wykonywać równolegle z usuwaniem obiektów poprzez bieżące dokonywanie pomiarów w każdym z punktów, w których usunięte zostały obiekty ferromagnetyczne (uwzględniając dokładność pomiarów około 1m od punktu wskazanego w raportach z badań, a więc w okręgu o średnicy do 2m), co spowoduje, iż pomiar wykonywany przez wykonawcę nie wymaga dołożenia dni potrzebnych na wykonanie skanowania po zakończeniu faktycznego usuwania obiektów.

Ustosunkowując się do zarzutu podniesionego przez odwołującego, iż brak jest konsekwencji w określaniu terminów dla zadania I i II, gdyż mimo większej liczby punktów na zadaniu I (2151), czas na wykonanie tej części zamówienia jest krótszy od czasu realizacji zadania II (1664 obiekty do wydobycia) zamawiający wskazał, iż prace związane z wydobyciem materiałów ferromagnetycznych są skorelowane z harmonogramem

realizowanego Projektu „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”. W związku z powyższym w przypadku Części II przedmiotu niniejszego zamówienia możliwa jest realizacja usługi w dłuższym okresie czasu niż realizacja Części II albowiem roboty budowlane na obszarach objętych Częścią II będą wykonywane w kolejnym etapie realizacji ww. Projektu. Konsekwencją tego jest również odmienne ustalenie kryteriów oceny ofert dla poszczególnych części zamówienia. W ramach Części I zamówienia istotne jest wykonanie zakresu usługi w możliwie krótkim czasie, co znajduje odzwierciedlenie w kryterium oceny ofert („Skrócenie terminu wykonania”) o wadze ustalonej na 10 pkt, zaś w ramach Części II zamawiający nie przewiduje premiowania krótszego terminu realizacji usługi. W ocenie zamawiającego termin realizacji usługi i ustalony dla Części I i II jest odpowiedni i w zupełności wystarczający dla należytej realizacji zamówienia przez doświadczony podmiot dysponujący odpowiednimi zasobami. Natomiast przedłożone przez odwołującego dowody w postaci dwóch harmonogramów przedstawiają jedynie założenia odwołującego w formie zestawienia danych, jednak w żadnym przypadku nie potwierdzają, że założenia te są prawidłowe — harmonogramy te stanowią jedynie zestawienie twierdzeń odwołującego, a nie dowód na faktyczne zaistnienie faktów.

Mając na uwadze powyższe zamawiający wskazał, że wnioskowane przez odwołującego wydłużenie terminu realizacji Części I przedmiotu zamówienia do 172 dni, a Części II do 140 dni jest nieuzasadnione, a ma na celu jedynie dostosowanie warunków realizacji zamówienia do aktualnych możliwości przerobowych odwołującego. W tym zakresie zamawiający zaznaczył, iż nie ma obowiązku takiego modelowania przedmiotu zamówienia, aby był on jak najbardziej dogodny dla każdego zainteresowanego wykonawcy.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający wyjaśnił, że zdecydował o przyznaniu dodatkowych punktów wykonawcom, którzy będą dysponowali na etapie realizacji zamówienia dodatkowymi ekipami nurków o określonym w SIWZ składzie osobowym (posiadających wymagane uprawnienia i kwalifikacje) dysponujących niezbędnymi zapleczem technicznych. Taki sposób premiowania podmiotów, dysponujących szerszym potencjałem jest w ocenie zamawiającego właściwy, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż o powodzeniu w realizacji przedmiotowej usługi będą decydowały przede wszystkim osoby bezpośrednio uczestniczące w wydobywaniu obiektów ferromagnetycznych. Zamawiający wyjaśnił dalej, że dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego z realizacji podobnych usług wskazują, iż czynnik ludzki ma tu kluczowe znaczenie. W ramach realizowanych przedsięwzięć na przestrzeni ostatnich dwóch lat w wydobywaniu materiałów ferromagnetycznych z wody brały udział przede wszystkim ekipy nurków — saperów. Szczególnego podkreślenia wymaga jednak fakt, iż Zamawiający w żadnym razie nie ogranicza możliwości korzystania w ramach realizowanej usługi ze specjalistycznego

sprzętu. Więcej, w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia (str. 6 Załącznika nr 4a i 4b do SIWZ) — wśród obowiązków Wykonawcy Zamawiający wskazał, iż wykonawca *oprócz dysponowania bazami nurkowymi jednostkami pływającymi powinien dysponować ponadto płuczkami i pompami oraz innym sprzętem zapewniającym możliwość odkrycia przedmiotów (w tym potencjalnie niebezpiecznych) znajdujących się pod dnem akwenu oraz sprzętem umożliwiającym wydobywanie znalezionych obiektów, w tym obiektów niebezpiecznych.*

W dalszej kolejności zamawiający przytoczył treść odpowiedzi na pytanie nr 24 udzielonej w dniu 23 lipca 2019 r. Według zamawiającego z powyższego wynika, iż możliwość korzystania ze sprzętu specjalistycznego nie jest ograniczona w ramach przedmiotowego zamówienia, natomiast punkty w kryterium oceny ofert uzyskał wykonawca, który dysponuje szerszym potencjałem kadrowym w postaci ekip nurków. Taka konstrukcja ma istotne znaczenie dla zapewnienia sprawnej realizacji przedmiotowej usługi, ponieważ zapewnia możliwość udziału wykwalifikowanych osób również w razie wystąpienia nieprzewidzianych warunków, tam gdzie zastosowanie sprzętu będzie utrudnione, lub w sytuacjach wymagających dodatkowego wsparcia.

Zamawiający dalej stwierdził, że udział ekip nurków w ramach realizacji prac związanych z wydobywaniem materiałów ferromagnetycznych jest powszechny. Potwierdza to – jego zdaniem – również sam odwołujący, który w uzasadnieniu do zarzutu 1.1. wskazał, iż „Typową sytuacją jest posiadanie ekip nurków w składzie określonym w SIWZ ma poziomie 5-6 ekip...”. Powyższe nie było jednak dla zamawiającego żadnym zaskoczeniem, tym bardziej, że – jak wskazał zamawiający – odwołujący aktywnie bierze udział w postępowaniach przetargowych, gdzie kryterium liczby ekip nurków jest stosowane. W tym zakresie wskazał na:

- postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (Ogłoszenie o zamówieniu w TED 2019/S 116284869 z 19.06.2019), prowadzone przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, w trybie przetargu nieograniczonego pn. Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych — km 10,2 do km 12,3 w ramach Projektu „Ochrona brzegów morskich w rejonie Półwyspu Helskiego”. W ramach powyższego postępowania ilość ekip nurków saperów skierowanych do wykonania usługi — stanowiło kryterium oceny ofert o wadze 40%. Odwołujący nie zaskarżał postanowień SIWZ w powyższym zakresie, a złożył ofertę, która uplasowała się na drugim miejscu;
- postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (Ogłoszenie o zamówieniu w BZP: 552339-N2018 z 2018-04-30), prowadzone przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie na „Usunięcie niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na odcinku brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem, a Dziwnowem (km 385,60 — 388,10)”. Ilość ekip nurków saperów

stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 40%. Odwołujący nie zaskarżał postanowień SIWZ co do kryteriów oceny ofert, a złożył ofertę w ramach tego postępowania; - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (Ogłoszenie o zamówieniu w TED 2017/S 194398347 z 10.10.2017), prowadzone przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, w trybie przetargu nieograniczonego na Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych” w ramach Projektów: „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku” i „Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”; znak: ZP-AC-3800-46/17. Przedmiot zamówienia w ramach ww. postępowania został podzielony na dwie części, w każdej z nich ilość ekip nurków saperów stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 20%. Odwołujący nie zaskarżał postanowień SIWZ co do kryteriów oceny ofert, a złożył oferty w obydwóch częściach postępowania.

Mając na uwadze powyższe zamawiający zaznaczył, iż kryterium oceny ofert dotyczące ilości ekip nurków nie jest kryterium niespotykanym w innych postępowaniach przetargowych, w tym u innych zamawiających. Ponadto kryterium w powyższym zakresie nie stanowi również novum dla odwołującego, który bierze czynny udział w ramach innych postępowań o zbliżonej tematyce. Niezależnie od powyższego zamawiający zaznaczył jednak, iż w ramach przedmiotu niniejszego zamówienia wykonawcy mają nie tylko możliwość, ale również obowiązek stosowania sprzętu specjalistycznego w zakresie, jaki w ich ocenie okaże się niezbędny do należytego zrealizowania usługi co wynika z Opisu Przedmiotu Zamówienia i znalazło potwierdzenie w odpowiedzi na pytanie nr 24 w związku z wyjaśnieniem treści SIWZ z dnia 23 lipca 2019 r.

Ponadto zamawiający wskazał, że odwołujący w żaden sposób w treści odwołania nie wykazał, w jaki sposób realizacja przedmiotu zamówienia przy użyciu innych metod wydobywania obiektów ferromagnetycznych zapewniłaby zamawiającemu wykonanie zamówienia w wymaganych terminach i nie uprawdopodobnił, że zamawiający faworyzuje wykonawców wykonujących usługi objęte przedmiotem zamówienia za pomocą nurków. Nadto zdaniem zamawiającego właśnie wprowadzenie wymogu wykonania zamówienia głównie przy użyciu specjalistycznego sprzętu, który posiadają nieliczni wykonawcy, prowadziłoby do utrudnienia do dostępu do zamówienia i eliminowałoby konkurencyjność postępowania.

Podsumowując zamawiający wskazał, że postanowienia SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia, jak również w zakresie kryteriów oceny ofert zostały sformułowane właściwie, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uwzględniający jego skomplikowany charakter i odpowiadający potrzebom zamawiającego w kontekście realizowanego Projektu związanego z budową drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z



Zatoką Gdańską. Natomiast odwołujący poprzez złożone odwołanie usiłuje za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej narzucić zamawiającemu ustalenie bardziej korzystnych ze swojej perspektywy warunków.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego także przystępujący złożył oryginał pisma procesowego wraz załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że sformułowane przez zamawiającego kryteria oceny ofert w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W jego ocenie kwestionowane przez odwołującego kryterium „ilości ekip nurkowych” stanowi adekwatną podstawę i narzędzie do wyboru optymalnej oferty, w tym do oceny, który z wykonawców w najwyższym stopniu gwarantuje spełnienie wymagań i oczekiwań zamawiającego odnośnie wykonania przedmiotu zamówienia - usługi oczyszczenia dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych, w tym obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego (niewybuchów), jest w pełni mierzalne i służy uzasadnionym potrzebom zamawiającego związanym z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Kryterium powyższe w żaden sposób nie dyskryminuje potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności nie stanowi żadnej bariery lub ograniczenia w możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia (temu bowiem celowi służy instytucja „warunków udziału w postępowaniu”, określających minimalny poziom wymagań zamawiającego, nie zaś „kryterium oceny ofert”, które wykonawcy mogą spełnić w różnym stopniu). Nieporozumieniem jest zatem wiązanie kryteriów pozacenowych z utrudnieniem konkurencji. Przy pomocy kryteriów oceny ofert Zamawiający wyłącznie komunikuje wykonawcom swoje potrzeby i preferencje uzasadnione specyfiką zamówienia, zadaniem zaś wykonawców jest złożenie oferty mającej największe szanse na wybór, a więc w maksymalnym stopniu odpowiadającej tymże potrzebom zamawiającego.

Przystępujący podkreślił także, iż kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie w/w zamówienia publicznego zostały sformułowane w sposób tożsamy z opisem tychże kryteriów zawartym w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia w zakresie usługi oczyszczania dna akwenów wodnych z obiektów ferromagnetycznych, w tym przedmiotów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego (niewybuchów). Jako przykład przystępujący wskazał okoliczności wynikające z trzech postępowań obejmujących analogiczny przedmiot zamówienia.

W konkluzji powyższych rozważań przystępujący stwierdził, iż zamawiający formułując opis kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym zastosował rozwiązanie

przyjęte w innych (wcześniejszych) postępowaniach przetargowych dotyczących tego rodzaju usług, zapewne jako rozwiązania sprawdzone, pozwalające zamawiającemu dokonanie wyboru oferty, która w największym stopniu odpowiada oczekiwaniom i potrzebom zamawiającego. Jak dotąd żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie kwestionował powyższego kryterium, wskazując, iż ogranicza ono równy dostęp do udziału w postępowaniu potencjalnym oferentom lub narusza zasady uczciwej konkurencji. Co więcej, kryterium powyższe nie było kwestionowane również przez samego odwołującego, który deklarował dysponowanie ekipami nurków — saperów.

Analiza dokumentów z w/w postępowań przetargowych pozwolił przystępującemu na konstatację, iż wbrew twierdzeniom odwołującego możliwym jest zapewnienie ekip nurków-saperów w ilości pozwalającej nawet na osiągnięcie maksymalnej punktacji w ramach tego kryterium. Należy zatem stwierdzić, iż kwestionowanie przez odwołującego zapisów SIWZ dot. kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu odwoławczym stanowi wyłącznie wyraz niezadowolenia tego wykonawcy z wymagań, jakie zamawiający stawia potencjalnym oferentom oraz usilnego dążenia do dostosowania tychże wymagań do potencjału technicznego, jakim aktualnie dysponuje ów wykonawca. Zaznaczenia wymaga przy tym, iż - według wiedzy przystępującego - odwołujący jak dotąd nie pozyskał żadnego z zamówień publicznych w zakresie oczyszczania dna akwenów z obiektów ferromagnetycznych (w tym przedmiotów wybuchowych), ogłoszonych przez zamawiającego — Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, jak również innych zamawiających z sektora publicznego ogłaszających podobne zamówienia.

Odnosząc się na zakończenie do opisywanej przez odwołującego technologii wykonania prac związanych z poszukiwaniem i wydobywaniem obiektów ferromagnetycznych, w tym obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego (niewybuchów), za pomocą sprzętu technicznego z pominięciem udziału nurków-saperów (jako dominującej metody wydobycia obiektów ferromagnetycznych), przystępujący wskazał, iż owa technologia wykonania usługi jest technologią niesprawdzoną, eksperymentalną i nie została zweryfikowana pod kątem rezultatu takich prac w ramach realizowanych na polskim rynku zamówień publicznych. Ponadto, zagrożenia w stosowaniu powyższej metody mogą wynikać choćby z braku dostatecznej regulacji prawnej bądź też w ogóle braku takiej regulacji) dotyczącej wykonywania prac podwodnych i saperskich za pomocą tego rodzaju robotów podwodnych (m.in. teza prezentowana przez odwołującego podczas postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 418/18 oraz w odwołaniu od czynności wykluczenia konsorcjum wykonawców z postępowania pn. „Oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektów: „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku” i „Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”,

zgodnie z którą odwołujący stwierdził, iż na wykonywanie prac podwodnych za pomocą robotów podwodnych zdalnie sterowanych - ROV , nie wymaga się uzyskania zezwolenia na wykonywanie prac podwodnych w formie decyzji administracyjnej właściwego organu administracji morskiej).

Niezależnie od powyższego przystępujący podkreślił, iż podczas postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie pod sygnaturą KIO 418/18, dotyczącej m.in. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektów: „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku” i „Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”, świadkowie powołani przez odwołującego w tamtym postępowaniu zeznali, iż prace związane z wydobywaniem z dna akwenu obiektów niebezpiecznych (niewybuchów), nie były wykonywane przez roboty podwodne zdalnie sterowane (ROV), a wyłącznie przez nurków — saperów.

Mając na uwadze powyższe w konkluzji przystępujący stwierdził iż nie jest zasadne stawianie zamawiającemu zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z tego tylko powodu, iż formułując kryteria oceny ofert związane z porównaniem, który z oferentów ubiegających się o pozyskanie zamówienia dysponuje największym potencjałem do jego realizacji, zamawiający oparł się na sprawdzonych i powszechnie przyjętych metodach realizacji tego rodzaju usług (stosowanych przez większość podmiotów działających w danej branży), nadto takich metod, co do których istnieją odpowiednie uregulowania prawne określające warunki bezpiecznego wykonywania tychże prac, jak również zasady i tryb nabywania uprawnień do ich wykonywania.

Ponadto na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołujący złożył oryginał pisma procesowego, w którym zawarł dodatkowe twierdzenia i załączył kolejne dowody mające na celu uzasadnienie jego twierdzeń przedstawionych w odwołaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, a przy tym odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1) dokumentacji w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 22 lipca 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami, a przede wszystkim załączników składających się na opis przedmiotu zamówienia tj. nr 4a, 4b, 12, 13, 14 i 15;
- ogłoszenia o zamówieniu;

2) załączonych do odwołania:

- dokumentacji przetargowej zadania „Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską” Nr sprawy: ZP-AS-3800-14/18;
- informacji z pisemnego otwarcia ofert w ww. postępowaniu przetargowym;
- pisemnych oświadczeń: K. K., H. D., Ł. P. i Z. D.;
- pisemnego potwierdzenia warunków wiatrowych w zakresie siły i kierunku wiatru przez Bosmanat Portu w Krynicy Morskiej;
- pisma Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia z dnia 22 grudnia 2017 r.;
- wykresu Gantta dla symulacji zadania objętego załącznikiem 4a do SIWZ;
- wykresu Gantta dla symulacji zadania objętego załącznikiem 4b do SIWZ;
- fotografii zestawu UXO tool dredging;
- fotografii (x2) tuby nurkowej;
- fotografii ROV;
- fotografii magnesu;

3) załączonych do pisma procesowego przystępującego:

- wyciągu z treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert z dnia 4 lipca 2019 r. oraz ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 lipca 2019 r. dotyczących postępowania pn.: „Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych — km 10,2 do km 12,3 w ramach projektu: „Ochrona brzegów morskich w rejonie Półwyspu Helskiego”;
- wyciągu z treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert z dnia 27 listopada 2017 r., ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 lutego 2018 r., formularza oferty konsorcjum wykonawców UXO Marine S.A. — Net Marine- Marine Power Service Sp. z o.o. (wyciąg) oraz wyciągu z oferty sporządzonej przez Lidera Konsorcjum - Subsea and EOL) Service Poland Sp. z o.o., w tym dokumencie zatytułowanego „Wykaz ekip nurków (saperów)” (str. 5 i 11 oferty) dotyczących postępowania pn. „Oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektów: „Modernizacja toru wodnego

do Portu Północnego w Gdańsku” i „Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”, ogłoszone przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, nr postępowania: ZP-AC-3800-46/17;

- wyciągu z treści SIWZ oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 sierpnia 2018 r. dotyczących postępowania pn. „Oczyszczanie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych, w ramach Projektu: „Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”, nr postępowania: ZP-ASc-3800-22/18;

- wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2018 r. w sprawie pod sygnaturą KIO 418/18 oraz z dnia 19 czerwca 2018 r. w sprawie pod sygnaturą KIO 1125/18 (wydruk komputerowy);

- protokołu z posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie pod sygnaturą KIO 418/18 (kopia);

4) załączonych do pisma procesowego odwołującego złożonego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

- dodatkowych wyjaśnień Ł. P.;

- SIWZ-u dla zadania *Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach zadania Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku, – umowa na wykonanie zadania Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach zadania Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku;*

- atestu nurkowego z dnia 5 grudnia 2018 r.;

- informacji z otwarcia ofert dla zadania nr 2 w przetargu *Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach zadania Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku,*

- rysunków i fotografii (przekroju i wymiarów tuby nurkowej, urządzenie Magnet podczas działania, tuby nurkowej na pontonie, tuba nurkowej w wodzie, tuby nurkowej 2, UXO dredging tool, dredging tool ze skanerem, głowicy UXO, dredging tool w pozycji zamkniętej, głowica dredging tool w pozycji otwartej);

5) złożonych przez zamawiającego na rozprawie zestawień kart dziennych pracy nurków saperów dotyczących zadań:

- Modernizacji Toru Wodnego do Portu Północnego w Gdańsku;

- Modernizacji układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku;

- Toru wodnego w Porcie Gdańskim ETAP IV odcinek 3;

- Toru wodnego w Porcie Gdańskim ETAP I odcinek 1;

- Toru wodnego w Porcie Gdańskim ETAP III odcinek 2;

- Toru wodnego w Porcie Gdańskim ETAP VII.

Izba nie dopuściła wnioskowanych przez odwołującego dowodów z:

- przesłuchania K. K. na okoliczność faktycznego możliwego czasu badania czystości dna na obszarze Portu Osłonowego i Sztucznej Wyspy po zakończeniu wydobywania obiektów ferromagnetycznych potwierdzonego kontrolnym rozpoznaniem ferromagnetycznym i atestem nurkowym, a w szczególności na okoliczność, że czynność ta trwa około 3 miesięcy oraz, że nie można jej wykonywać równocześnie z pracami saperskimi oraz na okoliczność warunków pogodowych panujących na ww. akwenie oraz ich wpływu na wykonywanie prac polegających na skanowaniu dna;
- przesłuchania H. D. na okoliczność wydajności ekipy nurkowej o parametrach wskazanych przez zamawiającego w punkcie XIII SIWZ, a w szczególności ograniczeń w pracy nurków ze względu na warunki pogodowe oraz wiatrowe na akwenie, na którym mają być prowadzone prace oraz na okoliczność współczesnych sposobów wydobywania obiektów ferromagnetycznych z dna akwenów (oraz spod tego dna), a w szczególności na okoliczność, że wydobywanie ich przy pomocy nurków w składzie określonym w SIWZ jako ekipa nie jest ani jedyną ani optymalną metodą wydobywania takich obiektów;
- przesłuchania Ł. P. na okoliczność współczesnych sposobów wydobywania obiektów ferromagnetycznych z dna akwenów (oraz spod tego dna), a w szczególności na okoliczność, że wydobywanie ich przy pomocy nurków w składzie określonym w SIWZ jako ekipa nie jest ani jedyną ani optymalną metodą wydobywania takich obiektów,
- przesłuchania Z. D. na okoliczność warunków pogodowych panujących na akwenie, na którym ma być przeprowadzona usługa objęta zaskarżonym SIWZem oraz na okoliczność, że termin 60 dni i 110 dni na wykonanie usługi oczyszczenia dna z obiektów ferromagnetycznych oraz skanowania jest terminem oczywiście zbyt krótkim;
- opinii biegłego na okoliczność ustalenia, że wyznaczony przez zamawiającego w SIWZ czas na wykonanie przedmiotu zamówienia, tj. czas dla poszczególnych zadań odpowiednio 60 i 110 dni nie uwzględnia warunków fizycznych obowiązujących na akwenie, na którym mają być prowadzone prace oraz nie uwzględnia faktu, że prace polegające na skanowaniu nie mogą być prowadzone jednocześnie z pracami dotyczącymi wydobywania przedmiotów ferromagnetycznych.

W zakresie wniosków dowodowych dotyczących przesłuchania ww. osób należy wskazać, że na identyczną okoliczność zostały przedstawione przez odwołującego pisemne oświadczenia tych osób, które zostały załączone do odwołania. Tożsamość okoliczności powołania tych wniosków dowodowych *expressis verbis* wynikała z treści odwołania. W związku z tym Izba uznała, że załączone do odwołania pisemne oświadczenie czterech wskazanych powyżej osób są w zupełności wystarczające, zatem wnioski dowodowe

zmierzające dodatkowo do przesłuchania tych osób na te same okoliczności, które wynikały z pisemnych oświadczeń należy uznać za zbyteczne. Ponadto w tej materii Izba kierowała się przede wszystkim dyspozycją zawartą w treści art. 190 ust. 6 Pzp, który stanowi, że *Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W zakresie tych wniosków dowodowych ww. przepis w ocenie Izby wypełnił się w pełnej rozciągłości, ponieważ okoliczności na jakie zostały powołane można było stwierdzić z innych dowodów (w tym wypadku pisemnych oświadczeń), a dodatkowo Izba uznała, że zostały one powołane jedynie dla zwłoki.*

Natomiast jeśli chodzi o wniosek dowodowy z opinii biegłego na wstępie należy wskazać, że odwołujący w swoim wniosku o przeprowadzenie tego dowodu nie wskazał dziedziny nauki z jakiej biegłego należałoby powołać oraz dokumentacji na podstawie, której opinia powinna zostać sporządzona. Ponadto teza dowodowa zawarta we wniosku odwołującego została przedstawiona w sposób bardzo ogólny. Izba uznała, że zebrany materiał dowodowy pozwoli na rozstrzygnięcie sprawy, a dopuszczenie przedmiotowego wniosku dowodowego doprowadziłoby do powstania przewlekłości postępowania odwoławczego. Tym samym mając na uwadze treść wskazanego powyżej art. 190 ust. 6 Pzp, Izba w przedmiotowej sprawie nie dopuściła wniosku dowodowego z opinii biegłego.

Izba ustaliła co następuje.

W rozdziale IV SIWZ zamawiający wskazał terminy realizacji zamówienia w następujący sposób:

- Część I zamówienia – do 60 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy;
- Część II zamówienia – do 110 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy.

W rozdziale XIII SIWZ zamawiający podał kryteria oceny ofert. Kryteria te przedstawiały się następująco:

- cena – C o wadze 60% dla obu części zamówienia;
- ilość nurków saperów – N o wadze 30% dla Części I oraz 40% dla części II;
- skrócenie terminu wykonania – T o wadze 10%, to kryteriom zostało wskazane tylko dla Części I.

Powyżej wskazane postanowienia SIWZ zostały w sposób tożsamy przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących terminów wykonania zamówienia dla Części I i II należy wskazać, że odwołujący na ich poparcie przedstawił szereg okoliczności oraz dowodów, które zostały podane powyżej. Natomiast argumentację zamawiającego wobec twierdzeń odwołującego w powyższym zakresie można sprowadzić do czterech kwestii:

- po pierwsze zamawiający wyjaśnił, że wskazane w dokumentacji przetargowej terminy wykonania zamówienia wynikały z jego doświadczeń z wcześniejszych zamówień lub doświadczeń innych zamawiających;
- po drugie zamawiający wskazał, że poprzez odpowiedzi na pytania oraz zmianę postanowień SIWZ, które zostały opublikowane w dniu 23 lipca 2019 r. w przypadku wystąpienia warunków atmosferycznych, takich jak silny wiatr, wysoki stan morza lub zalodzenie akwenu, umowa w § 14 ust. 2 lit. f) przewiduje możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia;
- po trzecie zamawiający starał się podważyć twierdzenia odwołującego poprzez wskazanie, że wydobywanie obiektów ferromagnetycznych w przedmiotowym postępowaniu można prowadzić równoległe z pomiarami potwierdzającymi usunięcie obiektów ze wskazanych punktów;
- po czwarte zamawiający wskazał, że prace związane z wydobyciem materiałów ferromagnetycznych są skorelowane z harmonogramem realizowanego projektu *Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską*.

Jeśli chodzi o pierwszą kwestię należy wskazać, że zamawiający w ocenie Izby nie uprawdopodobnił jak doświadczenia w zakresie terminu wykonania zamówienia w realizacji innych postępowań przełożą się na przedmiotowe postępowanie oraz nie wykazał specyfiki tego postępowania w kontekście wcześniejszych zamówień. W tym zakresie zamawiający wskazał jedynie na rozprawie, że te wcześniejsze zamówienia były bardziej skomplikowane niż przedmiotowe postępowanie oraz złożył dowód w postaci zestawień kart dziennych pracy nurków saperów dotyczących tych zamówień. Natomiast odwołujący dość szeroko podkreślał specyfikę obszaru, na którym będą prowadzone prace w ramach tego zamówienia wskazując dowody na poparcie swoich twierdzeń w postaci pisemnych m. in. zestawienia warunków pogodowych w okresie 15 sierpnia – 30 października 2018 r. dla przedmiotowego akwenu. Analizując przedmiotową kwestię Izba przychyliła się do twierdzeń odwołującego biorąc pod uwagę w szczególności treść Raportów z badań ferromagnetycznych składających się na opis przedmiotu zamówienia, które stanowiły załączniki nr 12, 13, 14 i 15 do SIWZ. Załączniki te były efektem zamówienia zrealizowanego na rzecz zamawiającego w postępowaniu na *Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”*, nr sprawy: ZP-AS-3800-14/18 i obejmowały raporty z badań ferromagnetycznych na



obszarze: planowanego przekopu Mierzei Wiślanej w granicach sztucznej wyspy (załącznik nr 12), Zatoki Gdańskiej w granicach portu osłonowego (załącznik nr 13), Zalewu Wiślanego w granicach toru wodnego (załącznik nr 14) oraz rzeki Elbląg (załącznik nr 15). Wnioski z tych raportów wskazywały na liczne przeszkody podczas wykonania badania, które mogą mieć duży wpływ na termin realizacji przedmiotowego zamówienia. Tytułem przykładu można wskazać na wnioski zawarte w raporcie dotyczącym obszaru planowanego przekopu Mierzei Wiślanej w granicach sztucznej wyspy (załącznik nr 12 do SIWZ), w których wskazano, że:

*W trakcie wykonywania skanu ferromagnetycznego napotkano na liczne przeszkody. Podczas niemal całego czasu trwania pomiarów warunki pogodowe były niesprzyjające (na granicy dopuszczalnych). Silne falowanie występujące na płytkim akwenu na duży wpływ na sztywną platformę pomiarową, a co za tym idzie także na zarejestrowane dane magnetyczne. Wpływ ten po części usunięto w etapie przetwarzania, jednak aby nie stracić istotnych informacji konieczne było pozostawienie fragmentu zaburzeń.*

*W obszarze badań napotkano na bardzo gęsto zastawiane sieci rybackie, które mimo wzywania do przesunięcia nie zostały usunięte z terenu skanowania. Niektóre konstrukcje zawierać mogły elementy ferromagnetyczne, które również wskazały anomalie.*

Dodatkowo należy wskazać, że na silne falowanie powoływały się wszystkie ww. raporty. Ponadto w każdym z tych raportów wskazano, że z uwagi na fakt iż badany teren był mocno eksploatowany podczas II wojny światowej, obszar ten jest mocno nasycony pozostałościami po działaniach militarnych. Podczas prac podwodnych można natrafić między innymi na:

- niewybuchy amunicji artyleryjskiej wszystkich typów,
- amunicję do broni artyleryjskiej kaliber 88 mm i 105 mm oraz ich odłamki,
- pociski o kalibrach od 50 do 120 mm oraz ich odłamki,
- pociski przeciwlotnicze i przeciwpancerne o kalibrach od 20 do 128 mm oraz ich odłamki,
- pociski pokładowe o kalibrze 280 mm oraz ich odłamki,
- pociski raketowe kalibru 150 mm i 280 mm oraz ich odłamki,
- ręczne pancernownice Panzerschreck i granatniki Panzerfaust oraz ich odłamki,
- pociski artyleryjskie 85 mm, 122 mm i 152 mm oraz ich odłamki,
- pociski raketowe kalibru 132 mm oraz ich odłamki,
- pociski raketowe kalibru 23 mm i 37 mm oraz ich odłamki,
- bomby o różnej masie od kilkudziesięciu do kilkuset kilogramów, oraz ich odłamki,
- bomby fosforowe,
- wraki i fragmenty zniszczonych w trakcie walk pojazdów pancernych i samochodów oraz bombowców.

Warto także dodać, że we wnioskach do każdego z raportów przedstawiono tabele, w których zestawiono punkty charakteryzujące się dużą anomalią magnetyczną i w sytuacji gdy okażą się dużymi przedmiotami niebezpiecznymi stanowić będą proporcjonalnie duże zagrożenie.

Co prawda autorzy raportów wskazali we wnioskach, że *Są to jedynie sugestie wynikające z naszego doświadczenia, a jednoznaczne określenie rodzaju obiektu nie jest na tym etapie możliwe. Dokładne określenie rodzaju obiektu zapewnić może bezpośrednia podwodna identyfikacja wykonana podczas prac podwodnych, przez nurka*, niemniej można zaryzykować twierdzenie, że obiekty te mogą być jeszcze bardziej niebezpieczne niż to wynika z tych raportów.

Tym samym konfrontując twierdzenia odwołującego i zamawiającego w zakresie tej kwestii oraz mając na uwadze powyżej cytowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, które potwierdziły twierdzenia odwołującego odnośnie trudnych warunków występujących na obszarze objętym zamówieniem oraz uprawdopodobniły różnorodność i skalę niebezpieczeństwa potencjalnie zalegających tam obiektów, Izba uznała, że odwołujący uprawdopodobnił swoje stanowisko, co mało decydujące znaczenie dla uwzględnienia przedmiotowych zarzutów.

Odnosząc się do drugiej kwestii podnoszonej przez zamawiającego, a wskazywanej powyżej Izba przyjęła za własne stanowisko odwołującego zawarte w piśmie złożonym na posiedzeniu. Izba uznała w związku z tym, że wymóg, aby przesłanka przedłużenia umowy spełniona była tylko w razie niekorzystnych warunków pogodowych dwa dni z rzędu czyni możliwość jej przedłużenia iluzoryczną. Łatwo sobie wyobrazić, że w ciągu tygodnia, np. od niedzieli do niedzieli, dniami, w których będą panowały niekorzystne warunki pogodowe będą poniedziałek, środa, piątek i niedziela. W takiej sytuacji, mimo, że wykonawca nie będzie mógł prowadzić prac nurkowych ze względów atmosferycznych, nie będzie mu przysługiwał wniosek o przedłużenie terminu umowy. Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że w przedmiotowym przypadku dokonana przez zamawiającego zmiana treści SIWZ w kontekście postawionych zarzutów, nie stanowi okoliczności uzasadniającej oddalenie odwołania w tej części.

Nawiązując do trzeciej kwestii wskazywanej przez zamawiającego, a dotyczącej możliwości równoległego prowadzenia prac wydobywczych z jednoczesnym skanowaniem dna po jego oczyszczeniu to w konfrontacji z twierdzeniami odwołującego, które zostały poparte złożonymi dowodami, Izba uznała stanowisko zamawiającego za gołosłowne. Zamawiający nie podważył twierdzeń odwołującego w tej kwestii tym samym Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania stanowiska odwołującego w przedmiotowym zakresie.

Podobne stanowisko Izba przyjęła w czwartej kwestii podnoszonej powyżej. Zamawiający wskazywał, że prace związane z wydobyciem materiałów ferromagnetycznych są skorelowane z harmonogramem realizowanego projektu *Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską*, czyli z pracami dotyczącymi bardzo skomplikowanej inwestycji jaką jest w skrócie przekop Mierzei Wiślanej. Niemniej na potwierdzenie tego stanowiska zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, chociażby w postaci zestawienia, które mogłoby zobrazować zakładany harmonogram prac przedmiotowego zamówienia oraz jego znaczenie w kontekście całej inwestycji. W związku z tym Izba nie znalazła podstaw, aby wziąć także ten argument przy rozpoznaniu przedmiotowej sprawy.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. odnoszący się do terminów wykonania zamówienia dla Części I i II.

Przechodząc do kolejnego zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert na wstępie należy wskazać, że Izba przyjęła, iż istota tego zarzutu sprowadza się do tego, że sposób oceny ofert w sposób nieuzasadniony premiuje potencjalnych wykonawców, którzy posługują się przy wykonywaniu usług ekipami nurkowymi, a pomija podmioty, które te same usługi wykonują przy pomocy urządzeń mechanicznych.

Zamawiający, a szczególnie przystępujący bardzo szczegółowo odnosili się do wcześniejszych postępowań przetargowych prowadzonych przez zamawiającego lub inne podmioty, w których było stawiane bardzo podobne lub wręcz identyczne kryterium dotyczące ilości nurków-saperów i w których ofertę składał także odwołujący wykazując się spełnieniem tego kryterium, przez co jest w stanie zapewnić ilość ekip w ilości pozwalającej nawet na osiągnięcie maksymalnej punktacji w ramach tego kryterium.

Izba nie wzięła pod uwagę powyższej argumentacji. Zgodnie z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ograniczył możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia wyłącznie do jednej technologii, która miałaby polegać w przeważającym zakresie na pracy nurków-saperów. Zamawiający założył, że zamówienie to może być wykonane także w wyniku zastosowania specjalistycznego sprzętu i możliwość tą wskazywał także w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący natomiast wyjaśniał, że zamierza zastosować tę drugą technologię skupiającą się na stosowaniu w przeważającym zakresie specjalistycznych urządzeń w związku z tym praca nurków przy użyciu tej technologii będzie znacznie ograniczona, a przynajmniej nie będzie stosowana w takiej skali, którą zakłada zamawiający. Ponadto odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że specyfika wcześniejszych zamówień uniemożliwiała zastosowanie tej technologii, którą obecnie dysponuje, natomiast w przedmiotowym postępowaniu jest inaczej. W tym miejscu należy wskazać, że zmiana technologii lub wdrożenie nowej przez przedsiębiorcę nie jest nadzwyczajną okolicznością i występuje w obrocie z różną intensywnością w zależności od branży. Skoro zamawiający

dopuszczył różne technologie w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia to premiowanie tylko jednej z nich za pomocą kryteriów oceny ofert powinno mieć swoje szczególne uzasadnienie, którego w przedmiotowym postępowaniu przed Izba zabrakło. Zarówno zamawiający jak i przystępujący w ocenie Izby nie przedstawili takiego uzasadnienia, które można by było skonfrontować z postawionym w tym zakresie zarzutem.

Ponadto zamawiający oraz przystępujący nie wyjaśnili w jaki sposób kwestionowane kryterium ma przełożenie na jakość wykonania zamówienia, gdyż to trzeba mieć przede wszystkim na uwadze przy stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zamawiający wyjaśnił, że kwestionowane kryterium ma wpływ na jakość zamówienia, gdyż im więcej ekip będzie wykonywać zamówienie, tym będzie mógł sprawniej ułożyć harmonogram pracy oraz, że jakość w jego ocenie to skuteczność wydobywania. Oba te argumenty w ocenie Izby *de facto* odnosiły się do terminu wykonania zamówienia przez co Izba uznała, że zamawiającemu zależy przede wszystkim na terminie wykonania zamówienia. Zamawiający nie może ustalać takich kryteriów oceny ofert i przyznawać im takiej wagi, które *de facto* już na etapie składania ofert przesądzą w sposób nieuzasadniony o wyborze określonej technologii wykonania zamówienia. Zastosowanie wadliwego kryterium prowadzi do niezapewnienia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ponadto Izba nie przyjęła argumentacji przystępującego, że technologia, którą zamierza zaproponować odwołujący jest niesprawdzona, eksperymentalna oraz nie została zweryfikowana pod kątem rezultatu prac w ramach realizowanych na polskim rynku zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę postanowienia opisu przedmiotu zamówienia oraz konstrukcję warunków udziału w postępowaniu, które nie ograniczały sposobu wykonania zamówienia do konkretnej technologii powyższe twierdzenie przystępującego wobec braku uprawdopodobnienia go za pomocą konkretnych faktów lub wniosków dowodowych, należy uznać za gołosłowne.

W związku z tym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp dotyczący kryteriów oceny ofert także należy uwzględnić.

Ponadto w wyniku uwzględnienia przedmiotowego zarzutu oraz nakazania usunięcia kryterium *Ilość ekip nurków saperów* z treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówienia, zamawiający musi mieć na uwadze treść art. 91 ust. 2a Pzp, który stanowi, że *Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.*

Jeśli zamawiający jest zobowiązany do zastosowania ww. przepisu to powinien w ramach Części I i II zamówienia wprowadzić nowe kryterium lub kryteria pozacenowe o wadze co najmniej 40%.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, a także nakazując w świetle § 1 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia zwrot na rzecz odwołującego z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 5 000 zł 00 gr tytułem nadpłaconego, wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....