

Sygn. akt: KIO 1631/15

## POSTANOWIENIE

z dnia 10 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 10 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2015 r. przez wykonawców - **Konsorcjum firm: Politechnika Gdańska Centrum Morskich Technologii Militarnych (Lider) oraz J. J. Centrum Badań Podwodnych „REKIN” (Partner), z siedzibą dla lidera w Gdańsku, ul. Sobieskiego 7**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Portu Wojennego Świnoujście**,

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **konsorcjum, w skład którego wchodzi: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Security Consulting and Training w Elblągu (Lider Konsorcjum) siedzibą lidera w Elblągu, ul Przybyszewskiego 22 oraz J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych Nurek-Service w Przecławiu (Partner Konsorcjum).**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje dokonanie zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum firm: **Politechnika Gdańska Centrum Morskich Technologii Militarnych (Lider) oraz J. J. Centrum Badań Podwodnych „REKIN” (Partner), z siedzibą dla lidera w Gdańsku, ul. Sobieskiego 7** poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Komenda Portu Wojennego Świnoujście prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. "Naprawa (modyfikacja) stacji kontrolno-pomiarowej pola magnetycznego typu MD-83 wraz z poligonem przy MP-60", nr 29/2015.

Konsorcjum: Politechnika Gdańska Centrum Morskich Technologii Militarnych (Lider) oraz Centrum Badań Podwodnych „REKIN” (Partner) wniosło dnia 31 lipca 2015 r. odwołanie od zaniechania Zamawiającego, polegającego na niewykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum w skład którego wchodzi: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Security Consulting and Training, nazwa skrócona SCAT w Elblągu (Lider Konsorcjum) oraz J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych Nurek-Service w Przecławiu (Partner Konsorcjum), pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców jw., pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. art. 51 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do składania ofert wykonawców jw. pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedozwolone preferowanie wykonawców jw. i i wybiórcze stosowanie kryteriów znajdujących się w ogłoszeniu o zamówieniu przy ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu wobec tego Konsorcjum, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z ostrożności procesowej
4. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców jw. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania błędnej oceny ich wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym.

Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania warunków dnia 21 lipca 2015 r. za pośrednictwem fax-u.

Zdaniem odwołującego do składania ofert w przetargu ograniczonym, obok Odwołującego, został zaproszony wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Obok Odwołującego, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło wyłącznie Konsorcjum w skład którego wchodzi: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Security Consulting and Training, nazwa skrócona SCAT w Elblągu (Lider Konsorcjum) oraz J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych Nurek-Service w Przecławiu (Partner Konsorcjum).

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. powtórzenia czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w tym postępowaniu oraz wykluczenia wykonawców: Konsorcjum jw. z udziału w postępowaniu,

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Centrum Morskich Technologii Militarnych jest pozawydziałową jednostką Lidera Konsorcjum Politechniki Gdańskiej, powołaną w 2004 r. do prowadzenia wydzielonej działalności gospodarczej określonej w art. 23 ust. 2 p. 3 ustawy o szkolnictwie wyższym z 12 września 1990 r. (Dz. U. z 1990 r. nr 65 poz. 385 z późn. zm.) oraz § 87 ust. 1 Statutu Politechniki Gdańskiej w zakresie technologii militarnych. W imieniu Politechniki Gdańskiej działa Rektor. W dniu 17 czerwca 2015 r. na stronie internetowej Zamawiającego Komendy Portu Wojennego Świnoujście pojawiło się ogłoszenie o postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego na "Naprawę (modyfikację) stacji kontrolno-pomiarowej pola magnetycznego typu MD-83 wraz z poligonem przy MP- 60", obejmujące: dane do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego oraz treść ogłoszenia jaka pojawiła się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołujący w dniu 20 lipca 2015 r. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu.

W dniu 21 lipca 2015 r. Odwołujący za pośrednictwem fax-u otrzymał od Zamawiającego informację o ocenie spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Z informacji tej wynika, że do składania ofert, poza Odwołującym, zostali również zaproszeni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum jw.

W dziale IV pkt. 1 ppkt. 1.2 danych do ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i złożą oświadczenie stanowiące załącznik nr 2 do Danych do ogłoszenia , a dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dołączy do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wykaz usług winien zawierać, co najmniej dwie usługi, z czego: jedna powinna dotyczyć przedmiotu zamówienia, druga zaś może dotyczyć usługi naprawy stacji kontrolno-pomiarowej pola elektromagnetycznego lub modyfikacji/naprawy sprzętu stacji kontrolno-pomiarowej pól fizycznych o łącznej wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do Danych do ogłoszenia).

Tymczasem, Konsorcjum SCAT & Nurek Service jako załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu załączyło dwa wykazy usług zrealizowanych przez wykonawcę, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Pierwszy z nich zawiera następujące pozycje:

1. dostawa i wdrożenie systemu linii pomiarowej dla pól elektrycznych o bardzo niskiej częstotliwości; wykonany w okresie 03.11.2011 - 07.03.2012 r. dla Ministerstwa Obrony Indii Laboratorium Naukowe Technologiczne Marynarki Wojennej za kwotę 3.360,891 zł;
2. dostawa zespołów napędowych dla łodzi wykonana w dniu 13.12.2014 r. dla JW 2305 (Grom) Warszawa za kwotę 2.499.366,00 zł.

Z kolei, drugi wykaz zawiera następujące pozycje:

3. prace podwodne przy budowie nabrzeża w Porcie Zewnętrznym w Świnoujściu, wykonane na rzecz Konsorcjum MBP Jetty s.c. z Warszawy, w okresie luty 2012 - wrzesień 2013 na kwotę 585.710,26 zł;
4. remont nabrzeża wschodniego półwyspu Kosa (MP 77) dla RZI Szczecin w okresie październik 2012-czerwiec 2013 na kwotę 959,202,19 zł;
5. remont korony falochronu wschodniego w Świnoujściu dla Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie, w okresie czerwiec 2011 - marzec 2012 na kwotę 1.372.680,00 zł.

Dowód:

- wniosek wykonawców Konsorcjum SCAT & Nurek Service z dnia 15.07.2015 r.

Odnosnie do przedstawionych przez Konsorcjum SCAT & Nurek Service wykazów należy wskazać, że żadna z przedstawionych w nich pozycji nie jest usługą, o której mowa w art. 2 pkt 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym artykułem, usługami są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b. Przez dostawę należy z kolei rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Natomiast, robotą budowlaną jest wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c ustawy Pzp lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 2 pkt 8 ustawy Pzp).

Zamawiający jako gospodarz postępowania publicznego, zna podstawowe pojęcia z ustawy pzp do których stosowania jest zobowiązany. Użyte przez Zamawiającego określenie "co najmniej dwie usługi" dotyczy usług zdefiniowanych w art. 2 pkt 10 ustawy Pzp. Inne rozumienie tego pojęcia, nie miałoby racji bytu i mogłoby wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego. Nie może również umknąć uwadze, że Konsorcjum SCAT & Nurek Service, jako wykonawca biorący udział w postępowaniu, jest profesjonalistą wobec którego stosuje się podwyższony miernik staranności, który obejmuje m.in. dokładne zapoznanie się z przepisami ustawy Pzp przed złożeniem wniosku w przetargu oraz przygotowanie wniosku w oparciu o wymagania wskazane w treści ogłoszenia.

W ogłoszeniu o zamówieniu, które pojawiło się w DUUE, Zamawiający wskazał, że główny przedmiot zamówienia, zgodnie ze wspólnym słownikiem CPV, znajduje się pod numerem 50600000. Inne numery nie zostały wskazane w ogłoszeniu.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z dnia 4 grudnia 2012 r.), a konkretnie według załącznika nr 1 do rozporządzenia: usługami priorytetowymi w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym są m.in. znajdujące pod nr 1 usługi konserwacyjne i naprawcze, które znajdują się pod numerami CPV: 50000000-5, od 50100000-6 do 50884000-5. Jak wskazano wyżej, przedmiot zamówienia dotyczący przedmiotowego postępowania ma nr CPV 50600000. Tym samym, określony przez Zamawiającego przedmiot zamówienia - tj. "naprawa (modyfikacja) stacji kontrolno-pomiarowej pola magnetycznego typu MD-83 wraz z poligonem przy MP-60" jest usługą, o czym przesądził sam Zamawiający.

Co istotne, Odwołujący za pośrednictwem e-maiPa oraz faxu w dniu 23 lipca 2015 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o informację, na podstawie których usług uznał on, że Konsorcjum SCAT & Nurek Service ma wiedzę i doświadczenie w zakresie zamówienia. W odpowiedzi z dnia 24 lipca 2015 r., Zamawiający wskazał, że w jego ocenie;

- a) usługą dotyczącą zamówienia są prace podwodne na poligonie przy WIP-60,
- b) usługą naprawy stacji kontrolno-pomiarowej pola elektromagnetycznego lub modyfikacji/naprawy sprzętu stacji kontrolno-pomiarowej pól fizycznych o łącznej wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto jest dostawa i wdrożenie systemu linii pomiarowej dla pól elektrycznych o bardzo niskiej częstotliwości.

Ad. pkt 3 - Prace podwodne przy budowie nabrzeża w Porcie Zewnętrznym w Świnoujściu.

W tym miejscu należy podkreślić, że w wykazie usług wykonanych przez Konsorcjum SCAT & Nurek Service znajdują się "prace podwodne przy budowie nabrzeża w Porcie Zewnętrznym w Świnoujściu". Konsorcjum SCAT & Nurek Service nie wskazało, że prace te były wykonywane przy poligonie przy MP-60, na co bezpodstawnie wskazał sam Zamawiający w ww. piśmie. W związku z czym nie można zgodzić się z Zamawiającym, że prace te dotyczą przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego, zgodnie z wykazem robót budowlanych, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z dnia 7 grudnia 2012 r.) - budowa obiektów inżynierii wodnej, obejmująca swoim zakresem również prace podwodne - jest robotą budowlaną, nie usługą. W związku z powyższym prowadzenie prac podwodnych przy budowie nabrzeża nie jest usługą dotyczącą przedmiotu zamówienia. Mogłoby być co najwyżej uznane za robotę budowlaną dotyczącą przedmiotu zamówienia. Nie mniej jednak, nie potwierdza to doświadczenia w zakresie przedmiotu zamówienia tj. napraw (modyfikacji) stacji kontrolno-pomiarowych pola magnetycznego jak i napraw (modyfikacji) poligonów pomiarowych. Z wniosku złożonego przez Konsorcjum SCAT & Nurek Service nie wynika, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w temacie napraw poligonów pomiarowych.

Ad. pkt 1 - Dostawa i wdrożenie systemu Unii pomiarowej dla pól elektrycznych o bardzo niskiej częstotliwości.

Druga uznana przez Zamawiającego "usługa" - dostawa i wdrożenie systemu linii pomiarowej dla pól elektrycznych o bardzo niskiej częstotliwości, to w istocie dostawa w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie można przy tym pominąć, że Konsorcjum SCAT & Nurek Service powołuje się na wiedzę i doświadczenie firmy Polyamp AB, która wykonała dostawę systemu linii pomiarowej dla pól elektrycznych o bardzo niskiej częstotliwości, więc nie wykonała usługi naprawy (modyfikacji) systemu do pomiaru pola magnetycznego.

Zgodnie z zasadami elektrotechniki, w tych pasmach częstotliwości (tj. bardzo niskiej częstotliwości) rozpatruje się pole magnetyczne i elektryczne osobno - nie można więc utożsamiać pojęć pole magnetyczne i pole elektryczne. Należy rozdzielić systemy do pomiaru pola elektrycznego i magnetycznego. A więc nie można stwierdzić, że wykonawca

Polyamp AB dostarczył system do pomiaru pola magnetycznego. Ponadto, do pomiaru pola elektrycznego i magnetycznego stosuje czujniki innego typu i o zupełnie odmiennej konstrukcji.

Ponadto, w pkt 1.2 protokołu odbioru napisano, że „Bardziej szczegółowe sprawozdanie (dokument 7181) zostanie wydane w ciągu trzech tygodni od daty niniejszego dokumentu” tj. 3 tygodnie od dnia 31 marca 2012. Dokument 7181 również nie został dołączony do wniosku złożonego przez Konsorcjum SCAT & Nurek Service . Faktury nr 72681 wystawionej przez Polyamp AB za powyższą dostawę także nie można uznać za potwierdzenie należytego wykonania dostawy, ponieważ wystawiono ją z datą 12 marca 2007 r., a więc wcześniej niż dzień, w którym sporządzono protokół odbioru, w którym NSTL miał zawrzeć swoje zastrzeżenia do wykonanej dostawy.

Dodatkowo, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1) i pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów/.../ dalej jako Rozporządzenie w sprawie dokumentów, dowodem na potwierdzenie należycie wykonanych usług jest poświadczenie, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy.

Dowodem należytego wykonania jest poświadczenie, a więc dokument, co do zasady, wystawiony przez podmiot na rzecz którego zamówienie było realizowane. I dopiero w sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia może zastąpić je innymi dowodami, a w przypadku dostaw i usług oświadczeniem. Jednak w każdym przypadku, gdy wykonawca zamiast poświadczenia składa oświadczenie musi to uzasadnić (tak Wyrok KIO 355/15 oraz KIO 359/15, podobnie KIO 342/15 ).

Wyżej wskazane dokumenty załączone przez wykonawcę nie są dowodami w myśl tego rozporządzenia.

Ad. pkt 2 - Dostawa zespołów napędowych dla łodzi.

Analogicznie, jak w przypadku ad. pkt 1, dostawa zespołów napędowych, również nie może być uznana za usługę w rozumieniu art. 2 pkt 10 ustawy Pzp. Ponadto, taka dostawa nie jest nawet merytorycznie związana z przedmiotem zamówienia.

Ad. pkt 4 i 5 - Remont nabrzeża wschodniego półwyspu Kosa oraz Remont korony falochronu wschodniego w Świnoujściu.

Wskazany w pkt 4 powyżej remont nabrzeża wschodniego półwyspu jest robotą budowlaną, o czym przesądził sam zamawiający organizujący to postępowanie. Tamten Zamawiający wskazał następujące kody CPV w ogłoszeniu o zamówieniu: 45241500-3 - Roboty budowlane w zakresie nabrzeży. 45111200-0 - Roboty w zakresie przygotowania terenu pod

budowę i roboty ziemne. 45233200-1 - Roboty w zakresie różnych nawierzchni. 45442200-9 - Nakładanie powłok antykorozyjnych.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie konsorcjum, w skład którego wchodzi: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Security Consulting and Training w Elblągu (Lider Konsorcjum) oraz J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych Nurek-Service w Przecławiu (Partner Konsorcjum). Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania.

Dnia 6 sierpnia 2015 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie i w wyniku tego uwzględnienia, zgodnie z żądaniem w nim zawartym dokona ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odpowiadając na wezwanie w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oświadczył dnia 10 sierpnia 2015 r., że nie wnosi sprzeciwu.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie.

**Przewodniczący:** .....