

Sygn. akt: KIO 1134/17

WYROK
z dnia 20 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 czerwca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017r. przez **wykonawcę T.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w (...)** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego Gdyni w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10**

przy udziale **wykonawcy U.T.O. z siedzibą w (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1134/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w (...) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę T.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy T.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w (...)** na rzecz **Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego Gdyni w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10** kwotę **3 934 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego, opłaty skarbowej, kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265,

1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę jednostki inspekcyjnej do obsługi Kapitanatu Portu Gdynia zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lutego 2017r. nr 2017/S 022-037014.

W dniu 25 maja 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty U.T.O. z siedzibą w (...) (dalej przystępujący), jednocześnie zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy T.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. (dalej odwołujący) z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty.

W dniu 5 czerwca 2016r. (4 czerwca 2017r. dzień ustawowo wolny od pracy) odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w odpisie z KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została doręczona zamawiającemu w dniu 5 czerwca 2017r. Odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego polegające na:

- 1) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez U.T.O. z F.;
- 2) wykluczeniu z postępowania odwołującego;
- 3) odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw, z art. 91 ust. 1 ustawy z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez U.T.O. z F. podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w związku z art. 22a ust. 1-4 ustawy przez wykluczenie odwołującego z uwagi na przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie wykazał w niniejszym postępowaniu może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, podczas gdy oferta odwołującego była kompletna, a w szczególności zawierała wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego;
- 3) obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4) obrazę prawa procesowego w postaci naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty U.T.O. z F.;
- 3) nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność że oferta złożona przez odwołującego spełnia wszystkie wymogi opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz;
- 5) przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji przetargowej, w szczególności z siwz, ofert oraz korespondencji pomiędzy oferentami a zamawiającym;
- 6) przesłuchanie w charakterze strony S.M. - Prezesa Zarządu odwołującego, którego wezwać na adres odwołującego;
- 7) przesłuchanie w charakterze świadka M.M. - dyrektora handlowego odwołującego, którą wezwać na adres odwołującego;
- 8) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, zgodnie z przedstawionymi fakturami i rachunkami.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez U.T.O. z F. podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W swojej ofercie U.T.O. zaproponowała wykonanie jednostki w terminie 14 miesięcy. Tymczasem siwz w rozdziale XIII pkt. 6 wyraźnie wskazuje, że: „Ocena punktowa w kryterium „Termin wykonania” dokonana zostanie na podstawie zadeklarowanego przez wykonawcę terminu wykonania przedmiotu zamówienia (określonego w pełnych miesiącach) wskazanego w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej, przy czym termin wykonania nie może być krótszy niż 16 (szesnaście) miesięcy i nie dłuższy niż 20 (dwadzieścia) miesięcy.” Wskazanie zatem terminu 14 miesięcy w żaden sposób nie mieści się w wymaganiach przedstawianych przez zamawiającego. Trudno mówić w ocenie odwołującego tutaj o pomyłce, skoro termin 14 miesięcy pojawia się wyraźnie w ofercie oraz w harmonogramie. Ustalenie tego faktu jest o tyle istotne, że termin wykonania jednostki był elementem ocenianym przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem przedstawienie krótszego terminu, niż wynika z wymogów siwz, postawiło oferenta z F. w korzystniejszej pozycji, niż pozostałych oferentów, co wydaje się być działaniem niedopuszczalnym i skutkującym odrzuceniem oferty fińskiego przedsiębiorcy.

Odwołujący w tym zakresie podziela pogląd wyrażony przez KIO w wyroku z dnia 05 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 501/17. Skutki niezgodności oferty z siwz KIO analizowała już wielokrotnie i linia orzecznicza w tym zakresie jest utrwalona np. wyrokiem z 17 marca 2017 roku sygn. akt KIO 447/17

Odwołujący zarzuca zamawiającemu obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w związku z art. 22a ust. 1-4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z uwagi na przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie wykazał w niniejszym postępowaniu może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, podczas gdy oferta odwołującego była kompletna, a w szczególności zawierała wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego. Wezwaniem z dnia 06 kwietnia 2017 roku odwołujący został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty i formularza JEDZ. Pismem z dnia 14 kwietnia 2017 roku odwołujący uzupełnił wszystkie wymagane braki, stosownie do wezwania zamawiającego. Zamawiający zarzuca jednak odwołującemu, że w formularzu JEDZ nie zamieścił początkowo żadnych informacji dotyczących danych osobowych oraz doświadczenia a po uzupełnieniu, że w formularzu JEDZ odwołujący nie wykazał konkretnego doświadczenia poszczególnych osób. Odwołujący nie miałby z tym żadnego problemu, gdyby tylko pismo zamawiającego dostatecznie wyraźnie formułowało żądanie w tym zakresie. Skoro odwołujący uzupełnił imiona i nazwiska osób, które będą pełnić poszczególne funkcje, posiadane wykształcenie oraz doświadczenie zawodowe (poprzez wskazanie okresów zatrudnienia w danych miejscach pracy), to uważa, że tym bardziej mógł przecież wprost wskazać, że na przykład Pan P.C. w ciągu ostatnich 10 lat zaprojektował i nadzorował budowę co najmniej dwóch statków morskich, pod nadzorem T.K., stosując w projektowaniu współczesne metody obliczeniowe teoretyczne i wytrzymałościowe (programy informatyczne). Podobne powiązania mógł dokonać odwołujący także wobec innych wskazanych osób. Jeżeli odwołujący zaniechał wskazania tych danych to tylko dlatego, że nie został wezwany do ich uzupełnienia, względnie wezwanie to nie było na tyle jasne i konkretne, żeby skłonić odwołującego do podjęcia dalszych czynności wyjaśniających. Odwołujący zwrócił uwagę, że treść siwz wskazuje jedynie (V.1.2.c.C), że zamawiający skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby wchodzące w skład zespołu projektowego, a w tym 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję głównego projektanta, która w ostatnich 10 (dziesięciu) latach zaprojektowała i nadzorowała budowę co najmniej 2 (dwóch) statków morskich, pod nadzorem T.K., stosując w projektowaniu współczesne metody obliczeniowe teoretyczne i wytrzymałościowe (programy informatyczne). Z takiego sformułowania w ocenie odwołującego nie wynika przecież podanie danych osobowych ani przypisanie konkretnych

kompetencji konkretnej osobie. Ważne, aby skompletowany zespół projektowy spełniał wszystkie wymogi siwz. Oferta odwołującego jest w tym zakresie kompletna, a że formuła powiązania konkretnych kompetencji z konkretnymi osobami została zastosowana w sposób odmienny od wyobrażeń zamawiającego, to nie powinno się to wiązać z negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego - w szczególności w postaci wykluczenia z postępowania. Odwołujący w pełni podziela stanowisko sygn. akt KIO 2444/16 zaprezentowane w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 roku.

Zamawiający powziął także wątpliwości, czy odwołujący będzie rzeczywiście dysponował zasobami swojego chorwackiego partnera, to jest T.- B. P. W ocenie zamawiającego z treści zobowiązania nie wynika jednoznacznie, że odwołujący będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Stanowisko zamawiającego jest o tyle niezrozumiałe, że ponownie zakres usług świadczonych przez podmiot trzeci wyczerpuje wymagania formułowane przez zamawiającego w siwz. Tymczasem zamawiający uznał: „że wskazana przez podmiot udostępniający forma korzystania z zasobów nie potwierdza wynikającego z art. 22a ust. 4 ustawy obowiązku zrealizowania usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.” Tymczasem stosownie do przywołanego przez zamawiającego przepisu wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Tym samym zamawiający nie ma kompetencji do arbitralnego orzekania, że „wskazana przez podmiot udostępniający forma korzystania z zasobów nie potwierdza wynikającego z art. 22a ust. 4 ustawy obowiązku zrealizowania usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.” W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że zamawiający ma prawo a nawet obowiązek badania tej kwestii. Czym innym jest jednak weryfikacja dokumentów a czym innym arbitralne i dowolne orzekanie o swego rodzaju „przydatności” zasobów podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia. Komentatorzy jasno podkreślają, że: „Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 p.z.p. stanowią potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności na podstawie wstępnego oświadczenia wykonawców składanego w zamówieniach powyżej progów UE na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE - w ramach "zwykłego" oświadczenia wykonawcy.” (O.M.,

Interpretacje z autorytetem, M.Zam.Pub. 2017/2/25-27) Tym samym oświadczenie sformułowane w JEDZ jest już wystarczającym dowodem na udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego. Wymaganie kolejnych dokumentów i dowodów jest możliwe, ale dopiero na etapie weryfikacji oświadczeń sformułowanych w JEDZ. Taką interpretację tych przepisów formułuje także KIO, która w wyroku sygn. akt 189/17 z dnia 9 lutego 2017 roku. Tymczasem, w niniejszej sprawie, po arbitralnej ocenie dokonanej przez zamawiającego odwołujący został wykluczony z postępowania i w konsekwencji jego oferta została odrzucona. Takie działanie zamawiającego jest oczywiście sprzeczne z literalną wykładnią przepisów prawa.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, w konsekwencji bezpodstawności zarzutu drugiego, także obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro oferta odwołującego odpowiadała wymogom siwz, to tym bardziej zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Stosownie do wyroku sygn. akt KIO 2762/14 z dnia 22 stycznia 2015 roku „treść siwz jest ustalana przez zamawiającego, jest on jej autorem i w granicach określonych ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) kreuje zarówno jej zawartość, jak i przyszłe zobowiązania stron. zamawiający powinien dochować należytej staranności w formułowaniu zapisów siwz w tym opisu przedmiotu zamówienia, czy wzoru przyszłej umowy bądź istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ma to znaczenie dla późniejszej oceny zgodności złożonych ofert z postanowieniami wyspecyfikowanymi przez zamawiającego. zamawiający jest zatem zobowiązany tak sformułować poszczególne postanowienia siwz, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jakie są oczekiwania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych czy nieprecyzyjnych sformułowań zamieszczonych w siwz.” W niniejszej sprawie wymogi siwz, w szczególności zaś wezwania do wyjaśnień i uzupełnień kierowane przez zamawiającego są dalece nieprecyzyjne czego negatywnych konsekwencji nie może ponosić odwołujący. Podobnie Izba w wyroku sygn. akt KIO 2493/14 z dnia 11 grudnia 2014 roku Niestety, w przedmiotowym postępowaniu wykonawca postąpił dokładnie odwrotnie, a więc nieostre sformułowania siwz zinterpretował tak, by odrzucić ofertę odwołującego.

Odwołujący zarzuca również naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przede wszystkim, stosownie do przepisu art. 7 ust 1 ustawy , zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Takie właśnie przygotowane postępowanie ma zapobiec zarówno dyskryminacji, jak i uprzywilejowaniu jakiegokolwiek z oferentów. W ocenie odwołującego przeprowadzone w przedmiotowej sprawie postępowanie dotknięte jest wadą dyskryminującą odwołującego i uprzywilejowującą ofertę fińskiej spółki. Jak zostało wskazane powyżej, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego również z uwagi na niespełnienie przez odwołującego wymogów siwz. Jednakże, również oferta U.T.O. nie może być uznana za odpowiadająca treści siwz.

W dniu 5 czerwca 2017r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 8 czerwca 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział U.T.O. z siedzibą w (...). Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że odwołujący błędnie przywołał treść pkt. XIII siwz dotyczącego kryteriów oceny ofert, podczas, gdy w pkt. IV siwz zamawiający wymagał realizacji zamówienia w terminie do 20 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zamawiający zwrócił się do zgłaszającego przystąpienie o wyrażenie zgody na poprawienie oferty i ostatecznie poprawiono ten termin na 16 miesięcy. Zgłaszający powołał się na wyrok KIO z 20 marca 2017r. sygn.. akt KIO 438/17 i KIO 439/17 i podniósł, że krótszy termin nie powoduje uszczerbku dla przebiegu przetargu, ani nie wpływa na punktację za poszczególne kryteria. Zgłoszenie zostało podpisane przez dyrektora naczelnego ujawnionego w wypisie z Rejestru Handlowego w Helsinkach. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, według spisu, który ma zamiar złożyć na rozprawie. Zamawiający wskazał na czynności w postępowaniu, które podejmował, przed terminem otwarcia ofert.

Do upływu terminu składania ofert złożone zostały 3 oferty (zestawienie złożonych ofert poniżej). zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 16 791 250,00 zł brutto.

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny wykonania zamówienia:

1. SAFE Co Ltd sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku – 16 543 500zł.
2. odwołujący – 17 367 600zł.
3. przystępujący – 11 827 200zł. Netto + podatek VAT 23%

Zamawiający w toku badania i oceny ofert:

- pismem z dnia 06.04.2017 roku na podstawie art. 26 ust 3 wezwał wykonawcę - T.M. Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonej oferty. Wykonawca uzupełnił ofertę w zakresie wymaganym przez zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2017 roku.

- pismem z dnia 06.04.2017 roku na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) zawiadomił wykonawcę U.T.O. o dokonaniu poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Wykonawca nie wniósł sprzeciwu w tym przedmiocie.

- pismem z dnia 06.04.2017 r. na podstawie art. 26 ust, 3 ustawy wezwał wykonawcę U.T.O. do uzupełnienia złożonej oferty. Wykonawca uzupełnił ofertę w zakresie wymaganym przez zamawiającego w dniu 10 kwietnia 2017 roku (wersja elektroniczna- skan) oraz w dniu 19.04.2017 roku (oryginały dokumentów).

- pismem z dnia 20.04.2017 roku na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę - U.T.O. do złożenia aktualnych na dzień złożenia wymienionych dokumentów i oświadczeń. Zamawiający po przeprowadzeniu postępowania mającego na celu ocenę złożonych ofert, pismem z dnia 25.05.2017 roku zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca - U.T.O..

W dniu 05.06.2017 roku zamawiający otrzymał drogą mailową od odwołującego kopię odwołania skierowanego do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez - U.T.O. podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez wykluczenie T.M. Sp. z o.o. z uwagi na przyjęcie, że T.M. Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu podczas gdy oferta T.M. Sp. z o.o. była kompletna, a w szczególności zawierała wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego;

- obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez odrzucenie oferty T.M. Sp. z o.o. z uwagi na przyjęcie, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- obrazę prawa procesowego w postaci naruszenia art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie dokonanej przez niego oceny, że E.I. spełnia warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznych i zawodowych,

Odwołujący mając na uwadze powyższe zarzuty odwołania wniósł o:

a) nakazanie zamawiającemu:

- dokonania ponownej oceny ofert;
- odrzucenia oferty U.T.O.;
- ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność że oferta złożona przez T.M. Sp. z o.o. spełnia wszystkie wymogi opisu przedmiotu zamówienia zgodnie zSIWZ;
- przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji przetargowej, w szczególności z siwz, ofert oraz korespondencji pomiędzy oferentami a zamawiającym;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz T.M. Sp. z o.o. kosztów postępowania zgodnie z przedstawionymi fakturami i rachunkami.

Pismem z dnia 05 czerwca 2017 roku przesłanym drogą elektroniczną w dniu 08.06.2017 roku

- U.T.O. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie, ewentualnie odrzucenie odwołania w całości.

Zamawiający nie podniósł zarzutów formalnych, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Zamawiający co do zasady nie kwestionuje interesu prawnego odwołującego do wniesienia odwołania, nie mniej jednak zwraca uwagę, iż przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 16 791 250,00 zł brutto, natomiast Odwołujący złożył ofertę na kwotę 17 367 600,00 zł brutto, tj. kwotę znacznie przekraczającą kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. W przypadku, gdy odwołanie odwołującego zostanie uwzględnione w części dotyczącej odrzucenia oferty wykonawcy U.T.O. zachodzić może w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przesłanka do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4) .

Odnosnie niezgodności treści oferty przystępującego z siwz oraz nieuprawnionego dokonania przez zamawiającego poprawy omyłek w ofercie przystępującego

W ocenie zamawiającego był on w pełni uprawniony, by na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) dokonać poprawy oczywistej omyłki w ofercie przystępującego polegającej na wskazaniu w formularzu oferty terminu realizacji zamówienia w wymiarze „14 miesięcy”, podczas gdy minimalny wskazany przez zamawiającego okres realizacji to „16 miesięcy”.

Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem ustawy zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W orzecznictwie KIO wielokrotnie już dotychczas podkreślano, iż ww. obowiązek zamawiającego do usuwania we własnym zakresie ewidentnych niezgodności oferty z treścią siwz ma sprawiać, iż nie będą odrzucane oferty wykonawców, którzy są w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego, lecz skutek popełnionych przez siebie błędów (omyłek) na etapie składania ofert wprowadzili w treści ofert

postanowienia, które nie są zgodne z treścią siwz. Omyłka musi mieć przy tym charakter oczywisty oraz nie może powodować istotnych zmian treści oferty.

Jako przykłady orzeczeń w podobnych sprawach zamawiający przywołał:

Wyrok KIO z dnia 21 marca 2017 roku (KIO 401/17), Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2017 roku (KIO 105/17), Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2017 roku (KIO 2492/16)

(22) Bazując na wyżej przywołanym orzecznictwie oraz wynikającym z cytowanego przepisu obowiązku (a nie uprawnienia!) zamawiającego do poprawienia oferty przystępującego we własnym zakresie, uznał, iż wskazanie okresu realizacji na poziomie 14 miesięcy zamiast 16 miesięcy musi być uznane za oczywistą omyłkę, albowiem skoro zamawiający za minimalny punktowany okres realizacji oznaczył „16 miesięcy” to uznać należy, iż wskazanie krótszego okresu nie tylko nie przynosi dla przystępującego żadnych korzyści w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale wręcz stanowi działanie sprzeczne z zasadami logiki biznesowej, zwiększające zupełnie niepotrzebnie po stronie takiego wykonawcy ryzyka związane ze skutkami ewentualnych opóźnień w realizacji zamówienia, w tym ryzyka naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający uznał, iż wpisanie w formularzu oferty „14 miesięcy” na realizację zamówienia, zamiast „16 miesięcy” miało charakter innej niż pisarska czy rachunkowa, ale jednak oczywistej omyłki przystępującego, albowiem trudno w inny sposób tłumaczyć takie ujęcie terminu na wykonanie zamówienia w ofercie.

Wbrew twierdzeniom odwołującego poprawienie w ofercie przystępującego omyłki w sposób, jak to uczynił zamawiający nie stawia go w żadnym zakresie w uprzywilejowanej pozycji względem odwołującego czy innych wykonawców. Wskutek poprawienia omyłki doszło do doprowadzenia oferty przystępującego do zgodności z siwz, ale w taki sposób, iż w żadnym zakresie nie wpływa to na istotną treść tej oferty oraz na wynik postępowania. Zarówno oferta odwołującego, jak i oferta przystępującego po poprawieniu omyłki zawierają bowiem ten sam termin realizacji zamówienia wynoszący „16 miesięcy”. W tym kryterium oceny ofert obaj wykonawcy otrzymaliby zatem maksymalną możliwą liczbę punktów, a o wyborze oferty najkorzystniejszej decydowałyby pozostałe kryteria oceny ofert (gdyby odwołujący nie został wykluczony z postępowania).

Odnosnie wykluczenia odwołującego z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu - nieprecyzyjne wezwanie do uzupełnienia treści oferty i JEDZ

Wbrew twierdzeniom odwołującego adresowane do niego wezwanie z dnia 6 kwietnia 2017 roku było precyzyjne i nie sposób było odczytywać je w sposób, jak to odwołujący uczynił.

Zamawiający skierował do odwołującego wezwanie, którego treść poniżej zacytowano:

„Działając w trybie art 26 ust 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) wzywam Państwa do:

1. uzupełnienia złożonej oferty o zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów – z informacji wskazanej w części II sekcja C złożonego przez Państwa JEDZ wynika że, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegają Państwo na zdolnościach innych podmiotów, Zgodnie z art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz V,5 siwz Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Ponadto zgodnie z art 22a ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jednocześnie zamawiający zwraca uwagę, że w niniejszym postępowaniu zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę następujących prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją: wykonanie prac kadłubowych, prace montażowe, organizacja prób i odbiorów (pkt III.8 siwz).

2. do uzupełnienia i poprawienia załączonego do oferty Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w zakresie:

1) części IV sekcja C akapit 2 (str. 20 JEDZ) - we wskazanej części została zawarta informacja, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania zdolności technicznej polegają Państwo na zasobach innego podmiotu tj. firmy T. B. P. d.o.o., którego JEDZ został dołączony do złożonej przez Państwa oferty. W związku z powyższym prosimy o skorygowanie Państwa JEDZ oraz JEDZ w/w podmiotu poprzez wykreślenie z Państwa JEDZ wykazanego doświadczenia (które jest faktycznie doświadczeniem podmiotu trzeciego) oraz wpisanie go w odpowiedniej części JEDZ tego podmiotu który faktycznie zrealizował wyszczególnione dostawy statku i na zasobach którego Państwo polegacie.

Ponadto proszę o uzupełnienie informacji dotyczących wyszczególnionych jednostek o wskazanie, czy w/w dostawy obejmowały dostawy statków morskich inspekcyjno - patrolowych, zakończonych próbami i odbiorem, oraz czy jedna z w/w dostaw obejmowała swoim zakresem również wykonanie projektu statku.

Powyższe informacje powinny pozwolić na wstępną weryfikację spełniania przez wykonawcę warunku, o którym mowa w pkt V.1.2)c)A) siwz, tj. potwierdzać, że Wykonawca: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał 2 dostawy statku morskiego inspekcyjno - patrolowego, zakończone próbami i odbiorem, przy czym wartość każdej z dostaw była nie niższa niż 10 000 000 zł, a jedna z w/w dostaw obejmowała swoim zakresem również wykonanie projektu statku; lub w okresie ostatnich trzech lat przed

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał 1 dostawę statku morskiego inspekcyjno - patrolowego lub specjalistycznego, zakończoną próbami i odbiorem przez T.K., przy czym wartość dostawy była nie niższa niż 10 000 000 zł, i obejmowała swoim zakresem również wykonanie projektu statku oraz wykonał 1 przebudowę statku morskiego zakończoną próbami i odbiorem, której wartość była nie niższa niż 15 000 000 zł, a zakres obejmował również prace projektowe.

2) części IV sekcja C akapit 9 (str. 22 JEDZ) o szczegółowe informacje dotyczące osób, które zostaną skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Informacje zawarte w powyższym punkcie JEDZ powinny pozwolić na wstępną weryfikację spełniania przez wykonawcę warunku, o którym mowa w pkt V.1.2)c)C) siwz, tj. potwierdzać, że Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego niżej wymienione osoby:

a) osoby wchodzące w skład zespołu projektowego, tj.:

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję głównego projektanta, która w ostatnich 10 (dziesięciu) latach zaprojektowała i nadzorowała budowę co najmniej 2 (dwóch) statków morskich, pod nadzorem T.K., stosując w projektowaniu współczesne metody obliczeniowe teoretyczne i wytrzymałościowe (programy informatyczne);

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję elektryka, która zaprojektowała i nadzorowała wykonanie pod nadzorem T.K. instalacji elektrycznych na co najmniej 2 (dwóch) statkach morskich;

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję elektronika, która pod nadzorem T.K. zaprojektowała i nadzorowała wykonanie systemów nawigacyjnych, komputerowych i automatyki, na co najmniej 2 (dwóch) statkach morskich;

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję architekta o specjalizacji okrętowej, która zaprojektowała architekturę zewnętrzną i wewnątrz na co najmniej 2 (dwóch) statkach morskich.

b) osoby wchodzące w skład zespołu nadzoru i produkcji, tj.:

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, która pod nadzorem T.K. w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat budowała i nadzorowała budowę, co najmniej 2 (dwóch) statków morskich;

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych, która pod nadzorem T.K. nadzorowała wykonanie instalacji elektrycznej, co najmniej 2 (dwóch) statków morskich;

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika robót maszynowych, instalacyjnych i wyposażenia, która pod nadzorem T.K. nadzorowała budowę (w zakresie maszynowym, instalacyjnym i wyposażeniowym), co najmniej 2 (dwóch) statków morskich;

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika robót kadłubowych, która pod nadzorem T.K. nadzorowała budowę kadłuba, co najmniej 2 (dwóch) statków morskich.

3) części IV sekcja C akapit 13 (str. 24 JEDZ) o informację jaką nośność (ile ton) posiadają urządzenia dźwigowe, którymi dysponuje Wykonawca. W w/w punkcie zawarł Państwo jedynie informację „min 150t”. Informacje zawarte w powyższym punkcie JEDZ powinny pozwolić na wstępną weryfikację spełniania przez wykonawcę warunku, o którym mowa w pkt V.1.2)c)B) siwz, tj. potwierdzić, że Wykonawca dysponuje infrastrukturą: nabrzeżem wraz z urządzeniami dźwigowymi o nośności minimum 150 t, pozwalającymi na bezpieczne zwodowanie jednostki, pomieszczeniami zamkniętymi wraz ze stanowiskami do: trasowania, cięcia, spawania oraz malowania, pomieszczeniem zamkniętym do prowadzenia prac wyposażeniowych.

3. do uzupełnienia i poprawienia załączonego do oferty Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) firmy T. B. P. d. o.o. w zakresie: części II sekcja A akapit 2 (str. 2 JEDZ) - we wskazanej części została zawarta informacja, że wykonawca ten bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą, tj. firmą T.M. Sp. z o.o. i pełni rolę „referencje techniczne - warunek doświadczenia”. Natomiast oferta została złożona przez wykonawcę T.M. Sp. z o.o., a firma T. jest tylko podmiotem na doświadczenie którego powołuje się wykonawca (jednocześnie podwykonawcą). W związku z powyższym proszę o właściwe wypełnienie tego pkt JEDZ. części IV - o informacje o których mowa w pkt 2.1) niniejszego pisma'

W treści odwołania wskazuje się, iż z treści takiego wezwania nie sposób wywieść, iż wykonawca miał „wykazać konkretne doświadczenie poszczególnych osób”. Odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego w zakresie osób pełniących funkcje przy realizacji zamówienia w ten sposób, iż zgłaszanym przez siebie osobom przyporządkował posiadane przez nie doświadczenie zawodowe, jednak wyłącznie w ujęciu przebiegu zatrudnienia (lata zatrudnienia i nazwa podmiotu zatrudniającego) oraz posiadanych kwalifikacji zawodowych (daty i nazwy ukończonych szkół, kursów itd.)

Sposób wykonania przez odwołującego wezwania zamawiającego jest wprost zadziwiający. Skoro zamawiający w treści swojego wezwania wyraźnie wskazuje, iż: „informacje zawarte w powyższym punkcie JEDZ powinny pozwolić na wstępną weryfikację spełniania przez wykonawcę warunku, o którym mowa w pkt V.1.2)c)C) siwz, tj. potwierdzić, że Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego niżej wymienione osoby (...)”, a w przywołanym pkt siwz znajdują się wymagania co do osób skierowanych do realizacji zamówienia, to należy w odpowiedzi na takie wezwanie wykazać zamawiającemu, iż skierowane do realizacji zamówienia osoby spełniają jego konkretne wymagania, a nie opisywać ich przebieg kariery zatrudnienia i posiadane tytuły zawodowe, albowiem taka informacja nic nie wnosi do postępowania, a co najważniejsze uniemożliwia zamawiającemu dokonanie oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Jeśli

dodatkowo wziąć pod uwagę, że wezwanie z art. 26 ust. 3 ma charakter jednokrotny i bez wątplenia było precyzyjne, zamawiającemu nie pozostało nic innego jak uznać, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału, a zatem należy go wykluczyć z postępowania, co też zamawiający uczynił.

Odnosnie skuteczności powołania się przez odwołującego na zasoby podmiotu trzeciego zamawiający w pkt III.8 siwz zastrzegł do osobistego wykonywania przez wykonawcę następujące prace: prace kadłubowe, prace montażowe, organizacja prób i odbiorów. Zastrzeżenie tych prac do osobistego wykonania oznacza, iż w tym zakresie wykonawca nie może posłużyć się podwykonawcą, lecz jest zobowiązany do ich osobistego wykonania.

Zamawiający w pkt V.I.c) siwz wskazał, iż wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jeśli wykaże się dostawą 2 statków morskich inspekcyjno -patrolowych o wartości co najmniej 10 000 000 zł, w tym jedną taką dostawą połączoną z projektowaniem takiego statku. Nadto zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał się dostawą co najmniej 1 statku morskiego inspekcyjno - patrolowego zakończoną próbami i odbiorami przez T.K. o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł połączonej z projektowaniem takiej jednostki, jak również by wykonał jedną, połączoną z projektowaniem przebudowę statku morskiego zakończoną próbami i odbiorami o wartości co najmniej 15 000 000 zł.

Odwołujący celem wykazania spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu powołał się wyłącznie na zasoby podmiotu trzeciego T.-B. P. d.o.o.

W części IV JEDZ: Kryteria kwalifikacji w pkt C: Zdolność techniczna i zawodowa, wykonawca przywołał dwie dostawy statków. W obu przypadkach były to dostawy zrealizowane przez T.-B. P. d.o.o.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Z kolei ust. 2 stanowi, iż wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zgodnie natomiast z ust. 4 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Mając na uwadze fakt, iż odwołujący w treści JEDZ celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wskazał na żadne doświadczenie własne, lecz jedynie na doświadczenie podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, odwołujący przedłożył w odpowiedzi na wezwanie zobowiązanie T.-B. P. d.o.o., w którym wskazano, iż udział tego podmiotu w realizacji zamówienia ograniczy się do nadzorowania prac kadłubowych oraz wykonania projektu wybranych elementów statku. Wskazano również, iż wkład tego podmiotu kształtuje się na poziomie do 15 % łącznych prac związanych z realizacją zamówienia.

Jednocześnie odwołujący przedstawił własne oświadczenie z dnia 12 kwietnia 2017 roku, w którym wskazał, iż wszelkie prace kadłubowe, prace montażowe oraz organizacja prób i odbiorów będzie realizował samodzielnie.

Zamawiający po analizie treści obu złożonych oświadczeń i zestawieniu ich z treścią oferty oraz JEDZ uznał, iż udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego ma charakter nierzeczywisty i niewystarczający do realizacji zamówienia, albowiem odwołujący ma korzystać z zasobu podmiotu trzeciego wyłącznie w bardzo ograniczonym (tak procentowo, jak i merytorycznie) zakresie, a jednocześnie nie dysponuje własnym doświadczeniem pozwalającym mu wykonać zamówienie, w tym prac zastrzeżonych do osobistego wykonywania.

Na podstawie złożonego oświadczenia zamawiający uznał, że wskazana przez podmiot udostępniający forma korzystania z zasobów, nie potwierdza wynikającego z art. 22a ust. 4 obowiązku zrealizowania usług, do realizacji których te zdolności są wymagane,

W świetle art. 22a wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby na które się powołuje zostaną mu udostępnione do realizacji zamówienia publicznego. Dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Przepis art. 22a ustawy wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował. Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące powoływania się wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazują na obowiązek wykonawcy rzeczywistego wykazania dysponowania potencjałem, na który się powołuje przy realizacji zamówienia. Udowodnieniu podlega okoliczność, że zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie dostępne przez cały czas realizacji zamówienia.

Zatem, uprawnione jest stwierdzenie, że dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Ponadto zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) „to na usługodawcy zamierzającemu powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia (wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

W związku z faktem, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ma charakter jednorazowy, zamawiający uznał, że wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia w powyższym zakresie -tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, o którym mowa w pkt. V.1.2).c).A)siwz.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. treści siwz, która w zakresie spornym nie ulegała zmianom na skutek modyfikacji siwz, oferty przystępującego i oferty odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów i udzielonej odpowiedzi przez odwołującego, wezwania zamawiającego do przystępującego i udzielonej odpowiedzi przesłuchania strony ograniczonej do strony odwołującej się.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. IV siwz zamawiający wymagał realizacji zamówienia w terminie do 20 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Zgodnie z pkt. V siwz - Warunki udziału w postępowaniu.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

c) zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

A) W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał 2 (dwie) dostawy statku morskiego inspekcyjno – patrolowego, zakończone próbami i odbiorem, przy czym wartość każdej z dostaw była nie niższa niż 10 000 000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) brutto, a jedna z w/w dostaw obejmowała swoim zakresem również wykonanie projektu statku;

lub

W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał 1 (jedną) dostawę statku morskiego inspekcyjno – patrolowego lub specjalistycznego, zakończoną próbami i odbiorem przez T.K., przy czym wartość dostawy była nie niższa niż 10 000 000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) brutto, i obejmowała swoim zakresem również wykonanie projektu statku oraz wykonał 1 (jedną) przebudowę statku morskiego zakończoną próbami i odbiorem, której wartość była nie niższa niż 15 000 000 zł (słownie: piętnaście milionów złotych) brutto, a zakres obejmował również prace projektowe.

B) Posiada potencjał techniczny przeznaczony do wykonania zamówienia, tj.

C) Skieruje do realizacji zamówienia publicznego niżej wymienione osoby:

osoby wchodzące w skład zespołu projektowego, tj.:

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję głównego projektanta, która w ostatnich 10 (dziesięciu) latach zaprojektowała i nadzorowała budowę co najmniej 2 (dwóch) statków morskich, pod nadzorem T.K., stosując w projektowaniu współczesne metody obliczeniowe teoretyczne i wytrzymałościowe (programy informatyczne);
- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję elektryka, która zaprojektowała i nadzorowała wykonanie pod nadzorem T.K. instalacji elektrycznych na co najmniej 2 (dwóch) statkach morskich;
- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję elektronika, która pod nadzorem T.K. zaprojektowała i nadzorowała wykonanie systemów nawigacyjnych, komputerowych i automatyki, na co najmniej 2 (dwóch) statkach morskich;
- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję architekta o specjalizacji okrętowej, która zaprojektowała architekturę zewnętrzną i wnętrza na co najmniej 2 (dwóch) statkach morskich.

osoby wchodzące w skład zespołu nadzoru i produkcji, tj.:

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, która pod nadzorem T.K. w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat budowała i nadzorowała budowę, co najmniej 2 (dwóch) statków morskich;
- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych, która pod nadzorem T.K. nadzorowała wykonanie instalacji elektrycznej, co najmniej 2 (dwóch) statków morskich;
- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika robót maszynowych, instalacyjnych i wyposażenia, która pod nadzorem T.K. nadzorowała budowę (w zakresie maszynowym, instalacyjnym i wyposażeniowym), co najmniej 2 (dwóch) statków morskich;
- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję kierownika robót kadłubowych, która pod nadzorem T.K. nadzorowała budowę kadłuba, co najmniej 2 (dwóch) statków morskich.

Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji przez 1 (jedną) osobę w zakresie:

- elektryk i elektronik (zespół projektowy);
- kierownik robót maszynowych, instalacyjnych i wyposażenia oraz kierownik robót elektrycznych (zespół nadzoru i produkcji).

Przez T.K. rozumiane jest według zamawiającego T.K. zrzeszone w I.I.A.O.C.S.L..

Pod pojęciem „statek morski inspekcyjny” należy rozumieć statek zaliczany do statków specjalistycznych.

Statek specjalistyczny zgodnie z zapisami w Przepisach Klasyfikacji i Budowy Statków Morskich Polskiego Rejestru Statków, statek odpowiednio wyposażony i przeznaczony do wykonywania zadań specjalistycznych oraz przewozu personelu specjalistycznego.

Do statków tych zalicza się:

- statki badawcze, ekspedycyjne i inspekcyjne,
- statki szkolne,
- statki przetwórcze przeznaczone do przetwórstwa ryb i innych żywych zasobów morza, nie prowadzące ich połowu,
- inne statki specjalnego przeznaczenia, których cechy konstrukcyjne, wyposażenie lub sposób eksploatacji są specyficzne, np. okręty wojenne.

Przykładowe statki inspekcyjne: Kontroler-20, Kontroler -19, Patrol -2 (SG 112), Strażnik-3 (SG 213).

2. Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

4. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w rozdz. V.1.2) niniejszej SIWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

5. Zamawiający jednocześnie informuje, iż „stosowna sytuacja”, o której mowa w rozdz. V. 4) niniejszej SIWZ wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy:

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

1) Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5.

2) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

XIII. 6. Ocena punktowa w kryterium „Termin wykonania” dokonana zostanie na podstawie zadeklarowanego przez Wykonawcę terminu wykonania przedmiotu zamówienia (określonego w pełnych miesiącach) wskazanego w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej, przy czym termin wykonania nie może być krótszy niż 16 (szesnaście) miesięcy i nie dłuższy niż 20 (dwadzieścia) miesięcy. Zamawiający określił wagę tego kryterium na 20% i podał wzór jego obliczenia tj. najkrótszy termin zaoferowany podzielony termin zaoferowany w danej ofercie pomnożony przez wagę 20%.

Bezsporne pomiędzy stronami było to, że gdyby oferta odwołującego podlegała ocenie ofert, to byłaby ofertą ocenioną jako najkorzystniejsza, tak w przypadku jednakowej oceny punktowej w kryterium jakość – termin wykonania, za termin 16 miesięczny u odwołującego i przystępującego, jak i w sytuacji, gdy zamawiający nie przyznałby przystępującemu jakichkolwiek punktów, w tym kryterium.

Z formularza ofertowego wynika, że odwołujący podał w pkt F Podwykonawcy dane T.-B. P. d.o.o., który będzie pełnił nadzór nad wykonywaniem prac. W formularzu JEDZ w części II pkt. D odwołujący oświadczył, że nie zamierza zlecić podwykonawstw osobom trzecim jakiegokolwiek części zamówienia. W części IV pkt. C odwołujący wskazał na doświadczenie producenta T.-B. P. d.o.o. model jednostki Patrol Boat PBB 25-I o wartości 10 768 732zł. dacie rozpoczęcia 25-07-2013 i zakończenia 14-10-2014 dla G.I.L. z siedzibą w G. i na doświadczenie producenta T.-B. P. d.o.o. model jednostki Patrol Boat PBB 25-I o wartości 15 228 211zł., dacie rozpoczęcia 02-11-2015 i zakończenia 21-12-2016 dla R.C.M.U. w Z..

Dalej w tej części podał, iż zapewnia zespół projektowy składający się z głównego projektanta, elektryka, elektronika, architekta o specjalności okrętowej, ponadto posiada zespół nadzoru i produkcji składający się z kierownika budowy, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót maszynowych instalacyjnych i wyposażenia oraz kierownika robót kadłubowych w dalszej części nie przedstawił żadnych bardziej szczegółowych danych, że ten zespół posiada kwalifikacje i doświadczenie określone przez zamawiającego w warunku z rozdziału V siwz. Co do Części procentowej podwykonawstwa, to odwołujący określił, że polega na doświadczeniu firmy na doświadczenie producenta T.-B. P. d.o.o. w zakresie nadzoru nad budową części kadłubowej (wkład firmy na doświadczenie producenta T.-B. P. d.o.o. kształtuje się na poziomie 15% łącznych prac związanych z realizacją zamówienia. Złożył też JEDZ dla na doświadczenie producenta T.-B. P. d.o.o.

Z oferty przystępującego lit. B pkt. III, że wykona zamówienie w terminie 14 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy.

W dniu 6 kwietnia 2017r. zamawiający wezwał odwołującego, aby uzupełnił ofertę o zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Zamawiający odwołał się do art. 22a ustawy, pkt. V.5 siwz, a także art. 22a ust. 4, wskazując jednocześnie, że zastrzegł osobisty obowiązek wykonania prac kadłubowych, prac montażowych, organizacji prób i odbiorów. Wezwał do uzupełnienia części IV.C akapit 2 str. 20 JEDZ przez skorygowanie JEDZ i wykreślenie doświadczenia udostępnionego z części wskazującej na doświadczenie wykonawcy i przeniesienie go do części dotyczącej udostępnienia zasobów i jednocześnie wskazanie, czy dostawy obejmował dostawy statków morskich inspekcyjno-patrolowych, zakończonych próbami i odbiorem oraz czy jedna z tych dostaw obejmowała swoim zakresem również projekt statku, w części IV sekcja C akapit 9 wykonawca powinien uzupełnić JEDZ o informacje szczegółowe dotyczące osób, które będą skierowane do realizacji zamówienia informacje te powinny pozwolić na wstępną weryfikację spełniania przez wykonawcę warunku o którym mowa w pkt. V.1.2.c)C) siwz, który zamawiający przytoczył. Zamawiający wyk=mał także dla części IV sekcja C akapit 13 podania informacji jaką nośność (ile ton) posiadają urządzenia dźwigowe, gdyż podane informacje nie pozwalają na wstępną weryfikację spełniania warunku z rozdziału V.1.2.c)B) siwz. Zamawiający wezwał także do uzupełnienia i poprawienia JEDZ dla udostępniającego zasoby w części II sekcja A akapit 2, gdyż z tej części wynika wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a nie korzystanie z zasobów i części IV – o informacje o których mowa w pkt. 2.1 pisma zamawiającego.

Odwołujący uzupełniając dokumenty i JEDZ-e usunął doświadczenie firmy na doświadczenie producenta T.-B. P. d.o.o. ze swojego JEDZa, zaś co do warunku potencjału kadrowego uzupełnił go w następujący sposób:

Przy realizacji umowy odwołujący zapewnia zespół projektowy w składzie:

1. Główny projektant – P.C. wykształcenie: 1992 Politechnika Szczecińska Wydział Techniki Morskiej, tytuł inżynier mechanik, doświadczenie: 1993-.1999: .Szef biura projektowego w M.S.R. w Ś. 1999-obecnie: N..
 2. Elektryk i elektronik - S.L., wykształcenie: 1974 Politechnika Szczecińska Wydział Elektryczny - inżynier elektryk, oświadczenie; 1967-1986: S.S., 1986-1991: M.C., 1991-1994: M., 1994-2008: G. S. S. R., 1993- obecnie: L. F. H. U.
 3. Architekt o specjalizacji okrętowej - D.H., wykształcenie: 2008 Politechnika Gdańska Wydział Oceanografii i Okrętownictwa -magister inżynier na kierunku budownictwa okrętowego i inżynierii oceanicznej, doświadczenie: 2005-2008: Y. S. G., 2008-2010: C. D. & C. Sp.z o.o. G., 2010-2012: O. Sp, z o.o. G., 2012-obecnie: M. T. Sp.z o.o. G.
- Zespół nadzoru i produkcji:

1. Kierownik budowy: W.K., wykształcenie: 1973-1978 Uniwersytet Gdański - magister inżynier, konstruktor; doświadczenie: 1978-1992: S.S., 1992-2016: G.L.P. - S. 2017-obecnie: D.G.P., S.,
2. Kierownik robót elektrycznych oraz maszynowych, instalacyjnych i wyposażenia: S.L., wykształcenie: 1974 Politechnika Szczecińska Wydział Elektryczny -inżynier elektryk, doświadczenie: 1967-1986: S.S., 1986-1991: M.C. 1991-1994: M.. 1994-2008: G.S.S.R. 1993-obecnie: LFHU.
3. Kierownik robót kadłubowych: S.M. wykształcenie: 2003-Politechnika Szczecińska Wydział Mechaniczny - magister inżynier spawalnictwa, 2007- P. S., I. s. wg E., studia podyplomowe, doświadczenie 2012 – obecnie F. sp. z o.o. Wyżej wymienione osoby będą zatrudnione w ramach projektu zgodnie z warunkami siwz przedmiotowego postępowania.

Te same dane odwołujący podał w formie zestawienia tabelarycznego.

W JEDZ producenta T.-B. P. d.o.o. oświadczono, że oferta nie jest składana wspólnie, natomiast oświadczono, że wykonawca polega na doświadczeniu innych podmiotów, zaś, co do doświadczenia, to podano te same dane, które były już podane w JEDZ odwołującego.

Załączono także protokół dostawy i akceptacji dla kontraktu z G.I.L. potwierdzający należyte wykonanie jednostki pływającej oraz protokół dostawy dla R.C.M.S.W., z którego wynika, że przedmiotem dostawy była łódź patrolowa.

Ze zobowiązania udostępnienia zasobu wynika, że oba projekty były specjalnie zaprojektowane pod zamówienie. Zawarto też oświadczenie, że pomiędzy odwołującym, a udostępniającym została zawarta umowa, że udostępniający będzie uczestniczył w procesie budowy jako nadzorca nad pracami kadłubowymi, w szczególności będzie odpowiedzialny za przedstawienie tabeli spawania zawierających informacje o wszystkich złączeniach spawanych w konstrukcji i ich bezpośredni nadzór, rozwiązania konstrukcyjne przegród przeciwpożarowych, ścianek niepalnych, projekt zastosowania materiałów izolacyjnych oraz pozostałych rozwiązań związanych z przepisami bezpieczeństwa pożarowego (wkład udostępniającego kształtuje się na poziomie 15% łącznych prac związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący złożył też oświadczenie, że wszelkie prace kadłubowe, montażowe, organizacja prób i odbiorów będą przez niego realizowane.

W dniu 6 kwietnia 2017r. zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu w jego ofercie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy tj. zastąpieniu brzmienia formularza ofertowego D1 z 14 miesięcy na 16 miesięcy i dokonania analogicznej korekty w harmonogramie finansowo-rzeczowym. Zamawiający zastrzegł, że brak sprzeciwu, co do poprawienia omyłek będzie przez zamawiającego traktowany jako wyrażenie zgody.

Przystępujący tę wiadomość otrzymał, ale nie złożył odpowiedzi.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Postępowanie prowadzone jest po wejściu w życie nowelizacji z 22 czerwca 2016r.

Zastosowanie mają więc następujące przepisy ustawy:

Art. 7 ust. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 22 ust. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Ust. 1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej

Art. 22a ust. 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Ust. 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Ust. 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5.

Ust. 4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Art. 22d. 1. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

2. Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

3. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

Art. 24. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Art. 25a ust. 1. Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Ust. 2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.

Ust. 3. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu

1) składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 87 ust. 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Ust. 2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 89 ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy i oceniła ustalony wyżej stan faktyczny, przez pryzmat ustalonego stanu prawnego i wyciągnęła z niego następujące wnioski. Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może przy rozstrzygnięciu ponad nie wykracza – art. 192 ust. 7 ustawy. Izba także bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania – art. 191 ust. 2 ustawy. Mając to na uwadze Izba stwierdziła, że w siwz sporządzonej przez zamawiającego istniały dwa różne literalnie opisy wymaganego czasu realizacji zamówienia – pierwszy do 20 miesięcy bez wskazania najkrótszego okresu wykonywania zamówienia –

w rozdziale poświęconym terminowi wykonania zamówienia, oraz drugi – od 16 do 20 miesięcy przy opisie kryteriów oceny ofert. Izba ustaliła, że zamawiający nie wyjaśnił wzajemnej relacji tych postanowień, ani nie nałożył rygoru odrzucenia oferty ustalającej krótszy niż 16 miesięczny okres realizacji zamówienia. Oceniając zatem treść siwz Izba stwierdziła, że nie można ustalić w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, czy zamawiający nie dopuszczał zaoferowania terminu krótszego niż 16 miesięcy. W ocenie Izby termin 14 miesięczny zaoferowany przez przystępującego był terminem zgodnym z rozdziałem siwz dotyczącym terminu wykonania zamówienia, a niezgodnym z czasookresem wskazanym przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert. W ocenie Izby nie powoduje to jednak wykreowania postanowienia siwz, że wykonawca nie może zaoferować krótszego niż 16 miesięczny okresu wykonywania zamówienia w ofercie. W tym zakresie Izba oceniła twierdzenia zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jak i z rozprawy jako stwarzające nowe postanowienia siwz, które nie były znane wykonawcom przed upływem terminu składania ofert. W ocenie Izby możliwa była interpretacja postanowień siwz w ten sposób, że określenie czasookresu terminu wykonania zamówienia od 16 do 20 miesięcy było dokonane przez zamawiającego wyłącznie na potrzeby kryterium oceny ofert. A to z kolei skutkuje tym, że wartość kryterium nie mieszcząca się w widełkach określonych przez zamawiającego nie może być poddana ocenie, gdyż zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. W konsekwencji postanowienia siwz powodują, że można zaoferować krótszy niż 16 miesięczny termin realizacji zamówienia, jednak taka oferta nie uzyska punktów w kryterium jakość – termin wykonania zamówienia. W ocenie Izby zatem zaoferowanie 14 miesięcznego terminu realizacji zamówienia nie było sprzeczne w swojej treści z treścią siwz. Zamawiający zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i poprawił ofertę przystępującego. Izba przystąpiła do analizy czy zamawiający miał prawo takiej poprawy dokonać. Po pierwsze aby zastosować ten przepis musi nastąpić omyłka, w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy, a w szczególności oferta przystępującego z kilkukrotnym powołaniem się na termin 14 miesięczny nie wskazuje na popełnienie omyłki. Nadto sam przystępujący w przystąpieniu stwierdził, że termin takki podał w oparciu o rozdział termin wykonania zamówienia, a nie w oparciu o rozdział kryterium oceny ofert. Tym samym świadczy to świadomym i zgodnym z wolą przystępującego zaoferowaniem terminu 14 miesięcznego, co przeczy istocie omyłki. Nadto jak już ustalono wyżej zaoferowanie 14 miesięcznego terminu nie było niezgodnością z siwz, bo siwz taki termin dopuszczała. Wreszcie, nie można powiedzieć, że poprawa omyłki nie spowodowała istotnych zmian w jej treści, gdyż doszło do wydłużenia terminu realizacji zamówienia wbrew świadomej woli przystępującego, który uważa, że zamawiający dłuższy termin z nim ustalił.

Biorąc powyższe pod uwagę do ustalonego stanu faktycznego nie można było zastosować art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Izba ustaliła nadto, że zamawiający wezwał odwołującego szczegółowo informując go o swoich wymaganiach, zamawiający wskazywał konkretną część JEDZ-a czy to odwołującego, czy podmiotu udostępniającego zasoby, wskazywał, czego poprawy oczekuje i dlaczego, w ocenie Izby wezwanie to było jednoznaczne i wyczerpujące. Izba ustaliła, że w postawionym przez zamawiającego warunku potencjału kadrowego zamawiający wskazał określone stanowiska, jakich posiadania wymaga, określił ilość osób na dane stanowisko, zawarł wymagania dotyczące wykształcenia jak i doświadczenia, co jest zgodne z art. 22 d ust. 3 ustawy zgodnie z którym zamawiający może żądać wskazania w ofercie imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia, wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób. Tym samym to zamawiający określa jakie informacje o potencjale kadrowym go interesują i te w ocenie Izby zamawiający określił precyzyjnie. Pierwotnie w JEDZ odwołujący podał jedynie funkcje osób tworzących jego zespół bez danych osobowych, wykształcenia i doświadczenia. W uzupełnieniu podał dane osobowe i wykształcenie oraz przebieg kariery zawodowej, jednak bez wskazania jakie doświadczenie w ramach tej kariery zawodowej zostało nabyte. Nie stanowi to w ocenie Izby wypełnienia tak wymagania zamawiającego zawartego w siwz, ani nie stanowi odpowiedzi na żądanie zamawiającego zawarte w siwz sformułowane w oparciu o art. 22d ust. 3 ustawy. Fakt podany przez odwołującego, że zaoferowany zespół składa się z wybitnych specjalistów znanych i uznanych na rynku budowy jednostek morskich nie zwalniał odwołującego z obowiązku wypełnienia ciążącego na nim obowiązku dowodowego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – art. 22 ust. 1a ustawy. Zamawiający może wykonywać obowiązek dowodowy wykonawcy, ale tylko w zakresie wynikającym z art. 26 ust. 6 ustawy to jest gdy posiada oświadczenia lub dokumenty danego wykonawcy lub może je uzyskać z bezpłatnych ogólnodostępnych baz danych. Odwołujący nie wykazał jednak, że dane dotyczące doświadczenia kadry są znane zamawiającego z posiadanych przez niego oświadczeń lub dokumentów, albo, że można je uzyskać z ogólnodostępnych bezpłatnych baz danych.

Izba ustaliła, że obecnie obowiązujący stan prawny nie zmienił charakteru art. 26 ust. 3 ustawy i nadal stanowi on wyjątek od zasady kompletności i poprawności oferty na termin składania ofert, tym samym aktualna jest zasada jednokrotności wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Dotyczy to także JEDZ, o którym mowa w art. 25a ustawy. Izba ustaliła także, że obecny stan prawny zawiera wymóg realizacji przez podmiot udostępniający zasoby roboty budowlanej lub usługi, do realizacji której jego zasoby są wymagane. Jest to warunek dopuszczenia przez ustawodawcę możliwości polegania na cudzych zasobach w ramach warunków dotyczących doświadczenia, kwalifikacji

zawodowych lub wykształcenia – art. 22a ust. 4 ustawy. Ustalony stan faktyczny wskazuje, że podmiot udostępniający zasób doświadczenia ma doświadczenie w zaprojektowaniu i budowie łodzi patrolowych, tego doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego nie ma odwołujący. Udział podmiotu trzeciego nie będzie jednak polegał na zaprojektowaniu i budowie łodzi patrolowej, ale na uczestnictwie w procesie budowy jako nadzorca nad pracami kadłubowymi, udostępniający w szczególności będzie odpowiedzialny za przedstawienie tabeli spawania zawierających informacje o wszystkich złączeniach spawanych w konstrukcji i ich bezpośredni nadzór, rozwiązania konstrukcyjne przegród przeciwpożarowych, ścianek niepalnych, projekt zastosowania materiałów izolacyjnych oraz pozostałych rozwiązań związanych z przepisami bezpieczeństwa pożarowego (wkład udostępniającego kształtuje się na poziomie 15% łącznych prac związanych z realizacją zamówienia). Z tego wynika, że udostępniający będzie nadzorował, a budował łódź, a także wykona część dokumentacji. Nie jest to zakres realizacji usługi, do której udostępniane zdolnością są wymagane.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw, z art. 91 ust. 1 ustawy z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez U.T.O. z F. podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zarzut nie potwierdził się. Z ustaleń stanu faktycznego i prawnego wynika, że treść oferty odpowiada treści siwz, choć zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie może być zastosowany w sytuacji, gdy literalne brzmienie siwz jest zgodne z treścią oferty, tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w związku z art. 22a ust. 1-4 ustawy przez wykluczenie odwołującego z uwagi na przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełniania

warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie wykazał w niniejszym postępowaniu może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, podczas gdy oferta odwołującego była kompletna, a w szczególności zawierała wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego; oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Na odwołującym z mocy ustawy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym zakresie potencjału kadrowego dysponowania osobami o wymaganym przez zamawiającego doświadczeniu. Odwołujący mimo zastosowania wobec niego wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy, temu obowiązkowi nie podołał. Zamawiający nie mógł zastosować ponownego wezwania nie naruszając zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia JEDZ, zwłaszcza, że pierwotne wezwanie było jednoznaczne i precyzyjne, a odwołujący nie wykazał, że zamawiający powinien był zastosować art. 26 ust. 6 ustawy. Również Izba ustaliła, że zakres realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający nie odpowiada zakresowi udostępnienia, a tym samym nie daje podstawy do pozytywnej oceny realności udostępnionego zasobu. Tym samym Izba uznała, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, przy czym prawidłową podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego jest art. 24 ust. 4 ustawy, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ma zastosowanie do postępowań wieloetapowych.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut oparty był o wcześniej oddalone zarzuty, skoro one się nie potwierdziły nie można było stwierdzić naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 ustawy oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw w związku z art. 186 ust. 6 pkt. 3 lit. b oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z zastępstwem prawnym w kwocie 3 600zł. tj. z ograniczeniem do kwoty maksymalnej wynagrodzenia pełnomocnika dopuszczonej przez rozporządzenie oraz kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 34zł. i kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 300zł.

Przewodniczący: