

**WYROK**

**z dnia 23 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2018 r. przez wykonawcę: **Net Marine – Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia,**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Net Marine – Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Net Marine – Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Net Marine – Marine Power Service sp. z o.o., ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin na rzecz zamawiającego Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

.....

### **Uzasadnienie**

Komenda Portu Wojennego Gdynia z siedzibą w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych według art. 11 ust. 8 Pzp na: „Naprawę średnią i dokową OSZ 251”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 071-158493 w dniu 12 kwietnia 2018 r.

Wykonawca, Net Marine - Marine Power Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty NET MARINE i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986):

1. art. 7 ust 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w sytuacji, gdy oferta Odwołującego pozostaje zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako nieważnej z uwagi na odrębne przepisy w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest ważna, a żaden przepis prawa nie skutkuje jej nieważnością,
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ocenę - na podstawie jakich odrębnych przepisów oferta Odwołującego miałyby być nieważna, w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp,
4. art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ocenę - jakim postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta Odwołującego miałyby nie odpowiadać, a w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dokonania ponownej analizy ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na etapie oceny wniosków Zamawiający dokonał szczegółowej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu: tj. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uznał, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ślad za informacją o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający przesłał elektronicznie Odwołującemu treść SIWZ. Następnie Odwołujący złożył ofertę. Pismem z dnia 12 lipca 2018r. Zamawiający, nie wskazując podstawy prawnej, w następstwie uzyskania informacji od innego wykonawcy, żądał wyjaśnień, które nie dotyczyły treści oferty Odwołującego, lecz treści ocenionego już wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 20 lipca 2018 r. przedstawił szczegółowe wyjaśnienie poruszanych przez Zamawiającego wątpliwości. Pomimo złożonych wyjaśnień, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego informując go o tym pismem z dnia 27 września 2018 r.

Zdaniem Odwołującego czynność polegająca na poinformowaniu Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jest wadliwa. Zamawiający nie wskazał w treści przedmiotowego pisma:

- 1) powodów odrzucenia oferty;
- 2) szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty;
- 3) przepisów prawa, których zastosowanie skutkowało nieważnością treści oferty Odwołującego, czego następstwem było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp;
- 4) analizy treści oferty Odwołującego względem treści SIWZ, ze wskazaniem w jakiej części oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, co skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nieprawidłowe działanie Zamawiającego w przedmiocie przedstawienia informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp powoduje brak wyjaśnienia Odwołującemu pobudek działania Zamawiającego, przesłanek merytorycznych podjętej decyzji, co ogranicza możliwość rzetelnego odniesienia się do zarzutów kierowanych wobec oferty Odwołującego, a tym samym narusza jego prawo do podjęcia skutecznej obrony swoich praw w toku postępowania odwoławczego.

#### Bezzasadność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zamawiający powołał się na okoliczności, jakoby z treści oferty Odwołującego wynikało, że miejsce realizacji świadczenia objętego zamówieniem nie będzie miejscem zgodnym z udzieloną Odwołującemu koncesją, a tym samym oferta jest nieważna ponieważ jest: „niezgodna z ustawą z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami

i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.). Zamawiający nie wskazał przepisu prawa, który powodowałby nieważność oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że podtrzymuje stanowisko, że w przypadku udzielenia mu przedmiotowego zamówienia, wszelkie czynności w ramach realizacji usług objętych umową będą realizowane zgodnie z posiadaną przez Odwołującego koncesją nr B-002/2008. Oferowane usługi nie są w żadnej mierze niezgodne z treścią ww. koncesji lub ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.). Odwołujący dokonał analizy przepisów tej ustawy, jednakże na próżno szukać choćby jednego przepisu skutkującego sankcją nieważności treści oferty.

#### Bezzasadność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazując na uzasadnienie odrzucenia oferty, Odwołujący podniósł, że jedynie należy się domyślać, że Zamawiający uznał, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ spowodowana jest wskazaniem przez Odwołującego w ofercie miejsca realizacji naprawy nie wskazanego w koncesji posiadanej przez Odwołującego (pkt 2.1. Miejsce realizacji naprawy - Załącznik nr 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia). Jego oferta nie może być niezgodna z treścią punktu 2.1. załącznika nr 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, gdyż ten dotyczy „Planu finansowego”. „Miejsce realizacji naprawy” zostało natomiast uregulowane w punkcie 4 SIWZ. Powyższe potwierdza, że Zamawiający błędnie określił podstawę odrzucenia oferty.

Odwołujący podkreślił, że w ofercie nie był zobowiązany do wskazania miejsca wykonywania naprawy lub przedłożenia jakichkolwiek dokumentów, niż te wskazane i ocenione na etapie złożenia i weryfikacji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wszystkie istotne z punktu widzenia Zamawiającego dane oraz informacje zostały zweryfikowane i ocenione na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający dokonując odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie tylko nie wskazał w sposób prawidłowy treści SIWZ, to nie wskazał jaka treść oferty jest niezgodna z SIWZ. Zamawiający nie mógł wskazać w ofercie treści niezgodnej z SIWZ odnoszącej się do miejsca wykonania naprawy, ponieważ nie wymagał takiej informacji w ofercie. Zatem „miejsce wykonania naprawy” nie stanowi treści oferty, a co za tym idzie nie stanowi elementu merytorycznego oferty, który mógłby podlegać badaniu w zakresie zgodności z SIWZ.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 8 Pzp wskazał, że wyłącznie w oparciu o oświadczenie Odwołującego o powierzeniu wydokowania

jednostki podwykonawcy Alkor sp. z o.o. domniemał, iż miejscem realizacji naprawy będzie Dok-Aldok1 zlokalizowany przy ul. Doki 1 w Gdańsku, którego właścicielem jest ów podwykonawca. Zamawiający zaznaczył również, że Odwołujący w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazał w „wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych” Dok-Aldok 1. Odwołujący podniósł, że Zamawiający na etapie badania ofert zobowiązany jest do badania oferty, a nie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący w piśmie z dnia 20 lipca 2018 r. wskazał Zamawiającemu, iż wątpliwym jest dokonywanie weryfikacji warunków udziału w postępowaniu po stwierdzeniu, iż wykonawca spełnia owe warunki.

Odwołujący posiada Koncesję nr B-002/2008 z dnia 4 stycznia 2008 r, wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji „na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (w ramach usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej) oraz obrotu technologią o tym przeznaczeniu, określonymi w WT IV i WT XIII Załącznika Nr 2 Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r, w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja {Dz. U. Nr 145, poz. 1625, z późn. zm.}”. Jak zauważył Zamawiający, koncesja została zmieniona Decyzją nr 15 z dnia 10 maja 2018 r., w której zmianie uległo miejsce wykonywania działalności. Od tej daty Odwołujący uprawniony jest do wykonywania działalności gospodarczej w:

- 1) 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 13-siedziba;
- 2) 70-651 Szczecin, Ks. Kujota 20 - teren MARCO SERVICE sp. z o.o.;
- 3) 70-651 Szczecin, ul. Gdańska 36 - teren Makrum Pomerania sp. z o.o.;
- 4) 80-863 Gdańsk, ul. Doki 1, nabrzeże Drewnica - dok pływający „Baltic Dock” nr rejestrowy PRS- 650042;
- 5) 04-258 Warszawa, ul. Wał Kościuszkowski 13;
- 6) Port Wojenny Świnoujście;
- 7) Port Wojenny Gdyni;
- 8) Magazyny Polowe - doraźnie organizowane, zgodnie z obowiązującymi przepisami, w miejscach wykonywania działalności koncesjonowanej oraz umowami zawartymi z właścicielami terenów."

Jednak Decyzja nr 15 jest wyłącznie decyzją zmieniającą pewien fragment koncesji, dotyczący wyłącznie miejsca wykonywania działalności koncesjonowanej.

W piśmie z dnia 29 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnej koncesji, uznając że „wykonawca nie przedłożył decyzji do koncesji określającej miejsce wykonywania działalności zgodnie z załącznikiem nr 3 do Danych do Ogłoszenia (...)

wykonawca oświadczył, iż miejscem wykonywania działalności wskazanym przez koncesję (...) będzie Makrum Pomerania sp. z o.o. 70-651 Szczecin, ul. Gdańska 36 (...).” Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „nie załączenie przez NET MARINE wszystkich zmian do przedmiotowego dokumentu nie daje Zamawiającemu możliwości dokonania rzetelnej i jednoznacznej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień”.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył ostatnią decyzję zmieniającą Koncesję - Decyzję nr 15, co oznacza, że już na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający miał w posiadaniu koncesję i wszystkie wydane przez organ koncesyjny decyzje zmieniające, a więc mógł i powinien dokonać oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej - posiadania aktualnej koncesji. Zamawiający tego dokonał skoro stwierdził, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ww. wezwaniu domagał się wyjaśnień dotyczących miejsca wykonania remontu w kontekście załącznika nr 3 do Danych do Ogłoszenia i tylko w pozycji dotyczącej ul. Gdańska 36. w Szczecinie. We wspomnianym załączniku nr 3 do Danych do Ogłoszenia Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń o charakterze określonym w rozdziale V pkt 1 ppkt 2c ppkt 2 Danych do Ogłoszenia, Zamawiający wyraźnie rozdzielił dwie pozycje, zastrzegając dla nich odrębne kryteria. Analiza zapisów przywołanej tabeli wskazuje, że Zamawiający wprost oczekiwał, iż potencjalny wykonawca wyłącznie w pozycji lp. 2 wskaże miejsce realizacji zamówienia - dokładny adres, przy czym ów adres miał być zgodny z miejscem wskazanym w koncesji.

Odwołujący w pozycji lp. 2 wskazał Makrum Pomerania sp. z o.o. ul. Gdańska 36 w Szczecinie, zatem adres wprost wymieniony w koncesji. Te wyjaśnienia wystarczyły Zamawiającemu do uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nigdy wcześniej nie artykułował wątpliwości, co do tego, że urządzenie techniczne w pozycji lp. 1 (DOK Alkor I) nie będzie znajdowało się w miejscu wykonywania działalności objętej koncesją.

NET MARINE uprawniona jest do wykonywania działalności objętej koncesją w miejscach wskazanych w koncesji, w tym do tworzenia magazynów połowych. Koncesja Odwołującego była wielokrotnie zmieniana, co zostało m.in. ujawnione w treści Decyzji nr 15. Aby móc w pełni odczytać treść koncesji należy ująć treść wszystkich dokonanych zmian i de facto stworzyć „tekst jednolity” koncesji. Nie budzi wątpliwości, że Net Marine uprawniona jest do wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją w ośmiu miejscach.

Zamawiający, odrzucając ofertę, oparł się wyłącznie o treść Decyzji 15, nie sięgając do treści całej koncesji. Tymczasem z Decyzji 10 do Koncesji nr B- 002/2008 z dnia

5 listopada 2015 r. zmieniającej decyzję (koncesję) z dnia 4 stycznia 2008 r. nr B-002/2008 na podstawie art. 14 ust. 2 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, określono „szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej w zakresie objętym koncesją”, wskazując, że możliwe jest m.in.: „wykonywanie działalności w zakresie wytwarzania, w tym remontu jednostek pływających marynarki wojennej - na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania broni i wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. zorganizowanych. zgodnie z obowiązującymi przepisami, których określenie dokładnego miejsca zawarte jest w dokumentach przedsiębiorcy, a zakres i warunki wykonywania określa aktualna opinia instytucji uprawnionej do ich określenia.”

Zamawiający, z niezrozumiałych względów, pominął w swoich rozważaniach ten fragment Koncesji. Z koncesji wynika bowiem wprost, że Net Marine uprawniona jest pod 7 adresami prowadzić działalność gospodarczą objętą Koncesją, jak również może ową działalność prowadzić w magazynach polowych.

Zamawiający oparł się na opinii Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 08 lutego 2018 r., która stanowiła pierwotnie załącznik nr 4 do Danych do Ogłoszenia oraz na odpowiedzi tego organu na pytanie Zamawiającego, czy Net Marine może, nie naruszając postanowień posiadanej koncesji (...) wydokować okręt w doku Aldok 1”.

Net Marine we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w wypełnionym załączniku nr 3 do Danych do ogłoszenia wyraźnie wskazała, że miejscem wykonania naprawy jest ul. Gdańska 36 w Szczecinie. Zamawiający nie oczekiwał, aby urządzenie techniczne (dok) znajdowało się w tym samym miejscu (pod tym samym adresem), co miejsce prowadzenia remontu. Jak słusznie zauważył Zamawiający i organ koncesyjny, urządzenie techniczne - dok Aldok 1 jest dokiem pływającym, które może zmieniać lokalizację (można go przeholować). Skoro urządzenie techniczne jest urządzeniem przenośnym, to na etapie oceny oferty Zamawiający nie mógł stwierdzić, że wydokowanie jednostki nastąpi w miejscu nieobjętym koncesją.

Odwołujący podkreślił, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazał obecne miejsce posadowienia urządzenia technicznego Aldok 1 - ul. Doki 1 w Gdańsku, które notabene jest miejscem (adresem) wskazanym w koncesji.

Nawet jeśli uznać, że dok pływający, jako przenośne urządzenie techniczne, może stanowić stałe miejsce (adres) prowadzenia działalności koncesjonowanej (co Odwołujący kwestionuje), to Zamawiający na podstawie złożonych dokumentów w toku postępowania nie mógł stwierdzić, że Odwołujący nie sprostą temu oczekiwaniu (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 3013/13). Z przepisów ustawy wynika, że Net Marine w terminie 14 dni od dnia rozpoczęcia wydokowania jednostki w urządzeniu technicznym Aldok 1, powinna



złożyć do organu koncesyjnego wnioski o aktualizację danych objętych koncesją. Wpis nowego miejsca wykonywania działalności koncesyjnej jest zatem czynnością wtórną.

Magazyny polowe stanowią doraźne miejsce prowadzenia działalności objętej koncesją, tworzone według potrzeb przedsiębiorcy. Odwołujący, zgodnie z treścią koncesji uprawniony jest do wykonywania działalności w zakresie wytwarzania, w tym remontu jednostek pływających marynarki wojennej na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania broni i wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, zorganizowanych, zgodnie z obowiązującymi przepisami, których określenie dokładnego miejsca zawarte jest w dokumentach przedsiębiorcy, a zakres i warunki wykonywania określa aktualna opinia instytucji uprawnionej do ich określenia.

Powyższy fragment koncesji należy czytać łącznie z zapisem zezwalającym Net Marine na prowadzenie działalności w magazynach polowych doraźnie organizowanych, zgodnie z obowiązującymi przepisami, w miejscach wykonywania działalności koncesjonowanej oraz umowami zawartymi z właścicielami terenów. Zarówno Zamawiający, jak i organ koncesyjny pominieli fakt, iż magazyn polowy jest powoływany doraźnie, a zatem nie jest miejscem stałym. Co więcej musi być powołany zgodnie z obowiązującymi przepisami. Tymczasem żaden przepis nie nakazuje, aby magazyn polowy musiał być tworzony wyłącznie w miejscach – adresach - wskazanych w koncesji. Taka interpretacja wypacza rozumienie pojęcia „magazyn polowy”. Magazyn polowy tworzy się właśnie po to, aby na danym terenie móc prowadzić działalność objętą zakresem koncesji, bez konieczności ujawniania kolejnego nowego stałego adresu prowadzenia działalności koncesyjnej, zwłaszcza jeżeli działalność koncesyjna ma być prowadzona w magazynie polowym tylko przez pewien krótki czas.

Odwołujący zauważył, że przed uzyskaniem Decyzji nr 10 do koncesji zmuszony był do uzyskania aktualnej opinii instytucji uprawnionej (Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia), celem weryfikacji możliwości organizowania magazynów polowych i uzyskał taką opinię w dniu 14.06.2012 r.

Sposób przygotowania magazynów polowych, w standardzie odpowiadającym w każdej mierze prowadzeniu działalności gospodarczej zgodnej z koncesją, umożliwia Odwołującemu uczestnictwo w rynku, a wypracowany tzw. know-how pozwala realizować należycie świadczenia realizowane w ramach działalności koncesjonowanej.

Ponadto, organ koncesyjny w piśmie z dnia 08 lutego 2018 r. wskazał, że „podstawowym miejscem wykonywania działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania (remontów) jednostek pływających jest miejsce wpisane w koncesji, np. teren stoczni, portu z konkretnym adresem”, czyli potwierdził, że miejscem prowadzenia działalności koncesjonowanej jest adres. Potwierdza to również stwierdzenie, że „dokładna lokalizacja magazynów polowych (...) to mogą być różne lokalizacje (np. nazwa nabrzeża), dodając,

że lokalizacje te muszą być na terenie stoczni lub portów wpisanych do koncesji.”

Nawet jeśli uznać stanowisko Zamawiającego i organu za prawidłowe w zakresie tego, że magazyny polowe mogą być powoływane w miejscu (adresie) ujawnionym w koncesji, to Net Marine w treści swojej koncesji ma ujawniony adres ul. Doki 1 w Gdańsku, czyli miejsce gdzie na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajdowało się urządzenie techniczne dok Aldok 1.

Opisane czynności i zaniechania Zamawiającego, naruszają podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Nieuprawnione działanie Zamawiającego zmierza do odrzucenia oferty ważnej i zgodnej z SIWZ. Eliminacja oferty Odwołującego z postępowania ma niewątpliwie wpływ na wynik prowadzonego postępowania i ogranicza konkurencję w sposób nieuprawniony.

Zamawiający pismem z dnia 17 października 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. W odniesieniu do zarzutów odwołania Zamawiający przedstawił następujące stanowisko:

W zakresie zarzutu, że Zamawiający nie przekazał uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Zamawiający wskazał na obszernie i wyczerpujące wyjaśnienie powodów braku możliwości przyjęcia oferty.

1. Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, jakoby miejsce realizacji zamówienia nie stanowiło treści oferty. Wskazując na orzecznictwo KIO, podniósł, że treść SIWZ i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Zamawiający, dokonując oceny oferty, zobowiązany jest brać pod uwagę całokształt SIWZ, a nie tylko wybrane jej elementy (wyrok KIO z 1.04.2010r. KIO/UZP 202/10).

W ocenie Zamawiającego, mimo nie wskazania rubryki w Formularzu oferty, gdzie wykonawcy zobowiązani byłiby podać miejsce realizacji, to deklaracja Odwołującego o korzystaniu z podwykonawcy w zakresie dokowania jednostki pływającej w doku Aldok 1, uprawnia Zamawiającego do uznania, że jest to treść oferty i jako taka może podlegać ocenie w zakresie zgodności z SIWZ.

Zamawiający w treści SIWZ narzucił, że miejscem realizacji remontu okrętu wojennego ORP Wodnik (nr burtowy OSZ 251) ma być miejsce wykonywania działalności przez wykonawcę, wskazane w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, i na tej podstawie uznał, że oferta wskazująca inne miejsce jest z tym wymogiem niezgodna.

Sam Odwołujący nie zaprzecza, że zamierza okręt właśnie w tym urządzeniu wydokować, więc uznaje, że Zamawiający w sposób prawidłowy odczytał dane zawarte w treści oferty.

Należy w tym miejscu podkreślić, że powyższy wymóg SIWZ wynika z przepisów prawa, tj. z ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.), co prowadzi do wniosku, że nawet gdyby nie został ujęty w treści specyfikacji i tak byłby obowiązujący.

2. Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zasadniczym powodem odrzucenia oferty Odwołującego była jej nieważność na podstawie innych przepisów, tj. przepisów przywołanej powyżej ustawy. Powyższy wniosek skonstruowany został w oparciu o stanowisko organu koncesyjnego, tj. działającego z upoważnienia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji - Dyrektora Departamentu Zezwoleń i Koncesji MSWiA wyrażone w piśmie z dnia 14.09.2018 r. Stanowisko to dotyczy bezpośrednio prowadzonego zamówienia i propozycji Odwołującego w zakresie korzystania z podwykonawcy ALKOR Sp. z o.o. w zakresie dokowania ORP Wodnik w doku Aldok 1 w Gdańsku przy ul Doki 1, i przy takim jego brzmieniu Zamawiający nie mógł uznać oferty za zgodną z przepisami i prawidłową.

Zamawiający wyjaśnił, że ujawnił wraz z ogłoszeniem o zamówieniu (zamieszczając na swojej stronie internetowej w zakładce przedmiotowego zamówienia) w celach informacyjnych, stanowisko organu koncesyjnego z dnia 8 lutego 2018 r. dotyczące lokalizacji magazynów polowych, a dokładnie ograniczenia możliwości ich tworzenia jedynie do miejsc wskazanych w treści koncesji. W tym dokumencie organ koncesyjny dokonał aktualnej „wykładni autentycznej” przepisów obowiązujących w tym zakresie. Co istotne, to organ koncesyjny wskazał powody, jakie legły u podstaw zmiany stanowiska dotyczącego miejsca wykonywania działalności gospodarczej (w tym tworzenia magazynów polowych) w zakresie remontów jednostek pływających. Od 2013 r. organ koncesyjny powziął informacje, w związku z postępowaniami prowadzonymi przez organy uprawnione, o nieprawidłowościach związanych z prowadzeniem napraw okrętów poza terenami stoczni, co prowadziło do utrudniania dokonywania czynności kontrolnych i wskazywało na możliwość wyprowadzania jednostek pływających nawet poza obszar polskich wód.

Zamawiający podkreślił, że nie ma możliwości uwzględnienia odwołania, gdyż Odwołujący nie przedstawił kontrstanowiska (zapewnienia/deklaracji) organu koncesyjnego, że oferowana przez niego działalność (dokowanie okrętu w ALDOK 1) jest i będzie akceptowana przez MSWiA, nie przedstawił dowodów na to, że organ koncesyjny przyjmuje jego argumentację oraz nie dokonał zmiany koncesji, tak aby doprowadzić do jej zgodności z treścią oferowanego trybu realizacji zamówienia.

Aby uzyskać całkowitą pewność co do słuszności podjętej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a tym samym braku możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Zamawiający po raz kolejny zwrócił się do organu koncesyjnego z prośbą o odniesienie się do zarzutów stawianych w treści odwołania. W odpowiedzi uzyskał jednoznaczne i niepozostawiające możliwości interpretacji stanowisko informujące, że:

- adres ul. Doki 1 w Gdańsku został w treści koncesji przypisany jedynie do doku pływającego Baltic Dock, a nie Aldok 1;
- dok Aldok 1 nie może zostać uznany za magazyn polowy, gdyż winien być taktowny jako odrębne miejsce wykonywania działalności reglamentowanej, które podlega wpisaniu do koncesji;
- do chwili obecnej Odwołujący nie dokonał zmiany koncesji polegającej na wpisaniu dodatkowego miejsca wykonywania działalności objętej koncesją Aldok 1 ani z takim wnioskiem do MSWiA nie wystąpił;
- wykonywanie działalności reglamentowanej w miejscu nie wpisanym w koncesji stanowi naruszenie warunków jej wykonywania, a tym samym przesłankę do jej cofnięcia.

Powyższe dowodzi, że Zamawiający właściwie postąpił odrzucając ofertę Odwołującego, gdyż w przypadku wyboru tej oferty, wykonawca nie mógłby się podjąć realizacji umowy w zgodzie z posiadaną koncesją.

Wobec faktu, że przepisy ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.), na organ koncesyjny nakładają obowiązki związane z wydawaniem koncesji, a także kontrolą działalności przedsiębiorców, Zamawiający nie mógł zignorować stanowiska MSWiA i mimo braku zgody na remont okrętu przez Net Marine Marine Power Service Sp. z o.o. w doku Aldok 1 dokonać wyboru tej oferty i tym samym dać niejako zgodę na działanie niezgodne z przepisami. Zamawiający nie posiada kompetencji ani uprawnień do oceny, a tym bardziej podważania prawidłowości działania organu koncesyjnego.

Powyższe stanowisko organu koncesyjnego nie zmieniło się również w kontekście brzmienia art. 15 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r o wykonywaniu działalności

gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.), na który powołuje się Odwołujący — organ koncesyjny nie uwzględnił go w treści swojego stanowiska, co oznacza, że nie ma on zastosowania w przedmiotowym przypadku. Pobyt okrętu na doku (dokowanie) ma trwać ok. 40 dni, więc gdyby przyjąć, że wykonawca dopiero po upływie 14 dni od rozpoczęcia dokowania złożyłby wniosek o zmianę koncesji (w zakresie miejsca), to decyzja zmieniająca koncesję lub ewentualna odmowa modyfikacji, została by wydana już po realizacji tej części remontu. Prowadzi to do wniosku, że działalność taka odbyłaby się na podstawie nieaktualnych (niezgodnych ze stanem faktycznym) uprawnień.

Odnosząc się do kwestii możliwości przeholowania doku pływającego w miejsce wskazane w koncesji należy podkreślić, że nie jest to „prosta” operacja. Powyższe wymaga szeregu formalności (zgody Urzędu Morskiego w Gdańsku oraz Szczecinie), a także przygotowania technicznego, np. badania dna w nowej lokalizacji, co generuje dodatkowy czas i koszty, które w ofercie nie zostały uwzględnione. Poza tym, wykonawca wezwany do wyjaśnień w zakresie lokalizacji doku Aldok 1 w kontekście zapisów koncesji nie wspomniał, że zamierza go przeholować. W samej treści odwołania też przedstawia to jedynie jako możliwość, a nie jasną deklarację.

Zamawiający wskazał, że zagadnienie magazynów polowych było już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z dnia 23.11.2012 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 2477/12 KIO uznała za wiarygodne twierdzenie, że magazyny polowe mogą być miejscem prowadzenia działalności koncesjonowanej, ale tylko wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne. W przedmiotowym zamówieniu istnieje taki dowód w postaci jednoznacznego stanowiska MSWiA, a Odwołujący nie przedstawił innego (odmiennego) stanowiska.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- Pisma Dyrektora Departamentu Zezwoleń i Koncesji MSWiA działającego z upoważnienia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 września 2018 r. zawierającego stanowisko organu koncesyjnego,
- Pisma Zamawiającego z dnia 12 października 2018 r. skierowanego do organu koncesyjnego,
- Pisma Dyrektora Zezwoleń i Koncesji MSWiA z dnia 16 października 2018 r.

Na okoliczność braku możliwości wykonywania przez Odwołującego działalności koncesjonowanej w doku Aldok 1, na podstawie posiadanej koncesji nr B-002/2008 ze zmianami.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Zgodnie z opisem warunków udziału w postępowaniu sformułowanym w treści ogłoszenia o zamówieniu odnośnie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, Zamawiający postanowił: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada aktualną koncesję wydaną na podstawie ustawy z 22.6.2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.), w zakresie wskazanym w WT IV ust. 1 załącznika Nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym — WT') do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3.12.2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U. Nr 145, poz. 1625, z późn. zm.).” Na potwierdzenie spełnienia tego warunku należało złożyć posiadaną przez wykonawcę aktualną koncesję.

Zamawiający wymagał także wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych i na tę okoliczność wymagał złożenia m.in. wypełnionego formularza „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych”, w którym należało wskazać urządzenie umożliwiające zadokowanie lub wyslipowanie okrętu oraz „miejsce realizacji zamówienia - dokładny adres”, a lokalizacja ta „spełnia opisane wymagania i zgodna jest z miejscem wykonywania działalności przez Wykonawcę, wskazanym w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.”

W treści pkt. 4 („Miejsce realizacji naprawy”) Załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający określił, że: „Miejscem realizacji naprawy okrętu jest - miejsce wykonywania działalności przez Wykonawcę, wskazane w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym”.

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w którym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego – Alkor Sp. z o.o., z siedzibą pod adresem: 80-863 Gdańsk, ul. Doki 1, który oddał do dyspozycji Odwołującego niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia w zakresie „dokowanie jednostki Dok-Aldok 1, o nośności 6000t”. W „Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych” Odwołujący wskazał powyższe urządzenie jako umożliwiające zadokowanie lub wyslipowanie okrętu oraz „miejsce realizacji zamówienia- dokładny adres” – „Makrum Pomerania Sp. z o.o., ul. Gdańska 36, 70-001 Szczecin” wraz z oświadczeniem, że powyższa lokalizacja „spełnia opisane wymagania i zgodna jest z miejscem wykonywania działalności przez Wykonawcę, wskazanym w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.” Odwołujący załączył do wniosku dokument koncesji nr B-002/2008 z dnia 4 stycznia 2008 r. na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (w ramach usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej) oraz obrotu technologią o tym przeznaczeniu, określonymi w WT IV i WT XIII Załącznika nr 2 Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT – do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym na których wytwarzanie lub obrót wymaga koncesji (Dz. U. Nr 145 poz.1625 z późn. zm.) wraz z kolejnymi decyzjami (od 2 do 14) do koncesji nr B-002/2008 zmieniającymi tę koncesję.

Jak wynika z treści Decyzji 10 z dnia 5 listopada 2015 r. do ww. koncesji, Odwołujący posiadał na podstawie tej decyzji uprawnienie do wykonywania działalności koncesjonowanej na terenie:

- Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej,
- Portu Wojennego - Gdynia,
- Portu Wojennego – Świnoujście

oraz „na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania elementów broni oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym o rozmiarach uniemożliwiających ich przechowywanie w zamkniętych obiektach magazynowych, zorganizowanych zgodnie z przepisami, a których adresy lub określenie dokładnego miejsca zawarte jest w dokumentach Spółki.”

Jak wynika z treści Decyzji 14 z dnia 29 stycznia 2018 r., koncesja uległa zmianie w zakresie miejsca wykonywania działalności gospodarczej, poprzez „wykreślić w całości dotychczasowy wpis i w to miejsce wpisać:

- 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 13 (siedziba firmy);

- Stocznia Marco Service Sp. z o.o. – 70-651 Szczecin, ul. Ks. Kujota 20;
- Port Wojenny Świnoujście;
- Port Wojenny Gdynia;

Magazyny Polowe – doraźnie organizowane, zgodnie z obowiązującymi przepisami, w miejscach wykonywania działalności koncesyjnej, zgodnie z umowami zawartymi z właścicielami terenów i obiektów.”

Pismem z dnia 29 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnej koncesji, wskazując, że „Wykonawca nie przedłożył decyzji do koncesji określającej miejsce wykonywania działalności zgodne ze wskazanym w zał. nr 3 do Danych do Ogłoszenia (Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych). W przywołanym dokumencie wykonawca oświadczył, iż miejscem wykonywania działalności przez Wykonawcę wskazanym w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym będzie Makrom Pomerania Sp. z o.o. ul. Gdańska 36, 70-001 Szczecin podczas gdy w decyzji nr 14 do koncesji nr B-002/2008 wskazano, iż miejscem wykonywania działalności gospodarczej jest:

- siedziba firmy (70-673 Szczecin ul. Kotwiczna 13)
- Stocznia Marco Service Sp. z o.o. — 70-651 Szczecin, ul. Ks. Kujota 20
- Port Wojenny Świnoujście
- Port Wojenny Gdynia

Nie załączenie wszystkich zmian do przedmiotowego dokumentu nie daje Zamawiającemu możliwości dokonania rzetelnej i jednoznacznej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień”.

Pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. Odwołujący uzupełnił dokumenty, oświadczając jednocześnie, że niezależnie „od tego czy pod uwagę brana jest koncesja w brzmieniu ustalonym decyzją nr 14 czy decyzją nr 15 Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu”.

Zgodnie z Decyzją 15 z dnia 10 maja 2018 r. (która została w dniu 4 czerwca 2018 r. uzupełniona przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego) nastąpiła kolejna zmiana koncesji w zakresie miejsc wykonywania działalności gospodarczej, poprzez „wykreślić w całości dotychczasowy wpis i w to miejsce wpisać:

- 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 13 – siedziba
- 70-651 Szczecin, ul. Ks. Kujota 20 – teren MARCO SERVICE Sp. z o.o.
- 70-952 Szczecin, ul. Gdańska 36 – teren MAKRUM POMERANIA Sp. z o.o.
- 80-863 Gdańsk, ul. Doki 1, nabrzeże „Drewnica” – dok pływający „BALTIC DOCK”

nr rejestrowy PRS – 650042

- 04-258 Warszawa, ul. Wał Kościuszkowski 13



- Port Wojenny Świnoujście
- Port Wojenny Gdynia

Magazyny Polowe – doraźnie organizowane, zgodnie z obowiązującymi przepisami, w miejscach wykonywania działalności koncesyjnej, zgodnie z umowami zawartymi z właścicielami terenów i obiektów.”

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2018 r. dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, uznając, że wykonawca spełnia warunki postawione w postępowaniu.

Na skutek otrzymania informacji od innego wykonawcy, pismem z dnia 12 lipca 2018 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie wątpliwości, powziętych w szczególności w zakresie zgodności propozycji miejsca realizacji remontu (zawartego we wniosku o dopuszczenie do udziału) z posiadaną koncesją i stanowiskiem z dnia 8 lutego 2018 r. Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, czyli organu wydającego przedmiotowe uprawnienia, w sprawie miejsca prowadzenia działalności koncesjonowanej (również możliwych miejsc tworzenia magazynów polowych). Zamawiający wyjaśnił, że z tabeli dot. potencjału technicznego, która została przedstawiona przez Odwołującego we wniosku o dopuszczenie do udziału (ani z pozostałych dokumentów np. zobowiązania innego podmiotu), nie wynika, że lokalizacja „urządzenia umożliwiającego zadokowanie lub wyslipowanie okrętu będzie inna niż nabrzeże Makrum Pomerania, które zostało wskazane jako miejsce realizacji remontu, wobec czego Zamawiający nie generował wątpliwości na wcześniejszym etapie postępowania.”

W dniu 20 lipca 2018 r. Odwołujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie, w której, poza potwierdzeniem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i zakwestionowaniem możliwości ponownego badania tych kwestii przez Zamawiającego, nie złożył merytorycznych wyjaśnień, odnośnie wątpliwości podniesionych przez Zamawiającego w wezwaniu.

W złożonej następnie ofercie (w formularzu oferty) Odwołujący oświadczył, że dokowanie jednostki pływającej odbędzie przy udziale podwykonawcy: Alkor Sp. z o.o., co wskazuje, że miejscem realizacji tej części remontu okrętu będzie Dok-Aldok 1 zlokalizowany przy ul. Doki 1 w Gdańsku, którego właścicielem jest wskazany w ofercie podwykonawca.

Z treści przedłożonej przez Odwołującego w postępowaniu koncesji nr B-002/2008 na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, której posiadanie było warunkiem udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem kolejnych aktualizacji tej koncesji, w tym ostatniej decyzji zmieniającej nr 15 z dnia 10 maja 2018 r., w zakresie określającym miejsce wykonywania działalności gospodarczej, brak jest wskazania miejsca doku: Aldok 1 przy adresie: ul. Doki 1 w Gdańsku.

Zgodnie ze stanowiskiem organu koncesyjnego, tj. działającego z upoważnienia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji - Dyrektora Departamentu Koncesji i Zezwoleń Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 8 lutego 2018r., magazyny polowe mogą być tworzone przez wykonawcę jedynie w miejscach wpisanych w koncesji.

Po dokonaniu analizy treści oferty, w której Odwołujący potwierdził, że zamierza dokować okręt w doku Aldok 1, Zamawiający, nie mając pewności, czy Odwołujący dokonał modyfikacji posiadanej koncesji (tj. czy zmiana dokonana decyzją nr 15 jest ostatnią zmianą koncesji), w celu jednoznacznego potwierdzenia, że możliwa jest realizacja naprawy w przedmiotowym miejscu (w zgodzie z obowiązującymi przepisami oraz wydanymi spółce uprawnieniami), zwrócił się do organu koncesyjnego, tj. działającego z upoważnienia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji - Dyrektora Departamentu Koncesji i Zezwoleń MSWiA z wnioskiem o potwierdzenie prawidłowości działania wykonawcy, z zapytaniem czy „NET MARINE może, nie naruszając postanowień posiadanej koncesji (a tym samym przepisów obowiązującego w tym zakresie prawa), wydokować okręt w doku Aldok 1.”

W dniu 25 września 2018 r. Zamawiający otrzymał krótką i jednoznaczną odpowiedź: „Zgodnie z zapisem koncesji nr B-002/2008 (z późn. zm.) z dnia 4 stycznia 2008 r. udzielonej NET MARINE-Marine Power Service Sp. z o.o. jako jedno z miejsc wykonywania działalności gospodarczej wskazano: 80-863 Gdańsk, ul, Doki 1 nabrzeże „Drewnica” — dok pływający „Baltic dock” nr rejestrowy PRS-650042. Mając na uwadze powyższe, dok pływający ALDOK 1 zlokalizowany pod adresem 80-863 Gdańsk ul. Doki 1 nie może stanowić miejsca wykonywania działalności gospodarczej objętej zakresem koncesji nr B-002/2008, gdyż nie został do niej wpisany”. Stanowisko powyższe zostało jednoznacznie potwierdzone przez organ koncesyjny w kolejnych pismach z dnia 14 września 2018 r. i 16 października 2018 r. załączonych przez Zamawiającego do akt sprawy.

W świetle powyższego należało uznać za niezasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że fakt, iż Zamawiający uznał, że Net Marine spełnia warunki udziału w postępowaniu nie tamuje możliwości badania oferty w zakresie spełnienia wymagań określonych w SIWZ w oparciu o całokształt posiadanych dokumentów. Nawet jeśli wykonawca został oceniony pozytywnie, jako spełniający warunki udziału w postępowaniu, to w przypadku powzięcia jakichkolwiek dalszych wątpliwości Zamawiający ma prawo i obowiązek przeprowadzenia dalszego postępowania wyjaśniającego. Zamawiający może bowiem dokonać wyboru oferty jako najkorzystniejszej wyłącznie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Nie ma znaczenia też źródło, z którego Zamawiający powziął wątpliwości, czy to na skutek informacji pozyskanych od innych wykonawców czy też

np. innych podmiotów. Zauważyć przy tym należy, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca może zaskarżyć w trybie postępowania odwoławczego.

W załączniku nr 3 do Danych do Ogłoszenia „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń o charakterze określonym w rozdziale V pkt 1 ppkt 2c ppkt 2 Danych do Ogłoszenia, Zamawiający oczekiwał, iż wykonawca w pozycji 2 wskaże miejsce realizacji zamówienia - dokładny adres, zgodny z miejscem wskazanym w koncesji. Odwołujący w poz. 2 tego formularza wskazał: „Makrum Pomerania sp. z o.o. ul. Gdańska 36 w Szczecinie”, a zatem adres wymieniony w koncesji. Te dane wystarczyły Zamawiającemu do uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu na etapie oceny wniosków.

Wątpliwości Zamawiającego odnośnie zgodności treści oferty z treścią SIWZ pojawiły się w związku z informacją zawartą w ofercie odnośnie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że z treści oferty Odwołującego wynika, że miejsce realizacji świadczenia, które ma być zrealizowane w następstwie udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, nie będzie miejscem zgodnym z udzieloną Odwołującemu koncesją. W oparciu o oświadczenie Odwołującego o powierzeniu wydokowania jednostki podwykonawcy Alkor sp. z o.o. należy stwierdzić, że miejscem realizacji naprawy będzie Dok-Aldok1 zlokalizowany przy ul. Doki 1 w Gdańsku, którego właścicielem jest ten podwykonawca. Odwołujący nie zaprzeczył powyższym faktom w toku postępowania odwoławczego.

Stosownie do twierdzenia, że dok pływający (Aldok 1) może stanowić miejsce doraźne wykonywania działalności, to na etapie oceny oferty Odwołujący powinien wykazać, że urządzenie techniczne - dok Aldok 1, które jest dokiem pływającym, zmieni lokalizację (zostanie przeholowane) do miejsca objętego koncesją. Takiego oświadczenia Odwołujący jednak nie złożył ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach treści oferty, ani też w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący nie wykazał także, że zamierza w określonym terminie od dnia rozpoczęcia wydokowania jednostki w urządzeniu technicznym Aldok 1, złożyć do organu koncesyjnego wniosek o aktualizację danych objętych koncesją. Biorąc pod uwagę fakt, że postój okrętu na doku (zgodnie z Wykazem Prac Naprawczych - zał. nr 1 do Zał. nr 2 do SIWZ) trwać będzie ok. 40 dni, Zamawiający bez pewności, że w tym czasie jest możliwe uzyskanie stosownego wpisu do koncesji, nie może dopuścić do przekazania okrętu do miejsca, które nie jest objęte koncesją.

Z powyższych względów należało uznać, że złożona przez Odwołującego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.), gdyż oferuje miejsce wykonania przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią koncesji udzielonej Odwołującemu.

Stanowisko organu koncesyjnego, które zostało przedstawione w sposób jednoznaczny w tej kwestii, nie może zostać pominięte przez Zamawiającego w toku oceny ofert, gdyż zgodnie z art. 34 ust. 1 ww. ustawy, organ koncesyjny sprawuje nadzór i uprawniony jest do kontroli przedsiębiorców w zakresie: zgodności wykonywanej działalności gospodarczej z wydaną koncesją, przestrzegania warunków wykonywania działalności gospodarczej, oceny wykonywanej działalności gospodarczej z punktu widzenia obronności lub bezpieczeństwa Państwa albo porządku publicznego, ochrony bezpieczeństwa lub dóbr osobistych obywateli, a zatem jest to organ kompetentny do udzielania takich informacji.

Niezależnie od powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, że zmiana koncesji, która nastąpiła na mocy Decyzji 14, która odnośnie możliwości wykonywania działalności koncesjonowanej w „magazynach polowych”, została powtórzona w Decyzji 15, jednoznacznie wskazuje, że magazyny polowe mogą być tworzone przez wykonawcę wyłącznie w miejscach wskazanych w koncesji. Dodatkowo należy zauważyć, że określenie miejsca wykonywania działalności koncesjonowanej zawarte w treści ww. decyzji, w przypadku doku, określane jest poprzez podanie adresu oraz nazwy doku.

Konsekwencją złożenia oferty, która narusza postanowienia koncesji i przepisy ww. ustawy, jest jej odrzucenie oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 14 ust. 2 ww. ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej stanowi, że koncesja może ustalać szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej (mające na celu zapewnienie ochrony życia i zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego), ale są one określane przez organ koncesyjny. Tak więc wykonawca nie może ich ustalać samodzielnie, wbrew stanowisku danego organu.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi, że zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Oferta Odwołującego jest nieważna, ponieważ jest niezgodna z ustawą z 22 czerwca 2001r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.).

Na podstawie art. 58 §1 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu jej obejście, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Wszelkie stosunki prawne lub prawa, które by się na nieważności opierały lub z niej wywodziły, zasadniczo nie mogą powstać. Nieważność z art. 58 k.c. ma charakter definitywny. Czynność prawna dotknięta nieważnością bezwzględnie nigdy nie stanie się ważna, nawet wówczas, gdy przyczyna nieważności odpadnie.

Ewentualne „potwierdzenie” czynności prawnej nie uchyla nieważności. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia o realizacji zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przypadku, gdy wykonawca nie posiada uprawnień niezbędnego do realizacji zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego stanowi podstawę do stwierdzenia, że oferta taka jest nieważna na podstawie określonych przepisów.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę treść pkt. 4 („Miejsce realizacji naprawy”) załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), w którym Zamawiający wskazał, że: „Miejscem realizacji naprawy okrętu jest - miejsce wykonywania działalności przez Wykonawcę, wskazane w koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym”, treść oferty Odwołującego, która proponuje dokowanie okrętu w miejscu nie wskazanym w koncesji, musi być uznana za nieodpowiadającą treści SIWZ, a w konsekwencji taka oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, należy wskazać, że niewątpliwie mamy tu do czynienia z merytoryczną sprzecznością pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ. Podkreślić należy, że fakt, iż w treści oferty (Formularza oferty) wykonawca nie był zobowiązany do wskazania miejsca wykonywania naprawy, nie przesądza o braku możliwości badania i oceny przez Zamawiającego spełnienia tego wymagania. Treść oferty obejmuje bowiem wszystkie wymagania określone w SIWZ, co wykonawca potwierdza, składając oświadczenie o uwzględnieniu w złożonej ofercie wszystkich wymagań określonych w SIWZ. W niniejszej sprawie, pomimo, że nie wynika to wprost z literalnej treści oferty, to na podstawie treści przedłożonych przez Odwołującego dokumentów w toku postępowania (zarówno we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i oferty) Zamawiający powziął informację, że Odwołujący, wbrew jednoznaczному wymaganiu SIWZ, oferuje wykonania zamówienia w miejscu, które nie zostało wskazane w koncesji. Sprzeczność powyższa stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oceniając czynność Zamawiającego z dnia 27 września 2018 r. polegającą na uzasadnieniu faktycznym i prawnym odrzucenia oferty Odwołującego, należy stwierdzić, że wykazuje ona uchybienie ze strony Zamawiającego polegające na podaniu punktu 2.1 Załącznika nr 2 do SIWZ zamiast pkt 4 tego dokumentu w uzasadnieniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby, uchybienie to nie spowodowało jednak braku możliwości rzeczowego odniesienia się przez Odwołującego do zarzutów kierowanych

wobec treści oferty Odwołującego. Uzasadnienie odrzucenia oferty w powyższym zakresie, pomimo błędnego wskazania punktu SIWZ, jest w pełni zrozumiałe, czego dowodzi sama treść wniesionego odwołania – Odwołujący prawidłowo zrozumiał podstawę faktyczną, która legła u podstaw decyzji Zamawiającego. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp skutkującego ograniczeniem prawa do podjęcia skutecznej obrony oferty przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego. W oparciu o art. 192 ust. 2 Pzp Izba oceniła, że w ustalonych okolicznościach naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp, nie miało wpływu na wynik postępowania, co skutkuje brakiem możliwości uwzględnienia odwołania na tej podstawie. W pozostałym zakresie uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest jasne i zrozumiałe, szczegółowo przedstawia okoliczności, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego.

W danym stanie faktycznym i prawnym należało stwierdzić, że czynności Zamawiającego nie naruszają zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....