

WYROK

z dnia 24 czerwca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2013 roku przez wykonawcę **KABE Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie**

przy udziale **Wykonawcy - KenBit Koenig i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **KABE Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarb Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia w Warszawie** na rzecz **KABE Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy, szesciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 6 czerwca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca KABE Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, dalej „KABE” lub „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące „Dostawy systemu wykrywania min w wodach głębokich i płytkich do ochrony portów i szybkiego rozpoznania warunków hydrologicznych dla potrzeb wojny minowej - opartego o bezzałogowe pojazdy podwodne” prowadzi Zamawiający Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie.

Odwołanie wniesiono od rozstrzygnięcia Zamawiającego postępowania przekazanego Odwołującemu w dniu 28 maja 2013 roku polegającego na wykluczenia spółki KABE z postępowania oraz wyborze oferty najkorzystniejszej spółki KenBIT Sp. j.

Rozstrzygnięciu zarzucono:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 3 oraz § 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), dalej jako „rozporządzenie o dokumentach” oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez błędną ocenę, iż wykonawca Odwołujący nie wykazał posiadania żądanego przez Zamawiającego doświadczenia, a także naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez dowolną i nierówną ocenę oświadczeń składanych przez uczestników postępowania, co zaskutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania, a wyborem oferty najkorzystniejszej, mimo iż przy równorzędnej ocenie złożonych oświadczeń obie oferty powinny podlegać dalszej procedurze badania i oceny;
- naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej Wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z niespełnieniem warunku posiadania doświadczenia w zakresie żądanym oraz wybór wykonawcy, który nie uzupełnił na żądanie zamawiającego dokumentu w postaci wykazu dostaw, zgodnie z załącznikiem numer 6 do SIWZ;
- naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pt 2 Pzp poprzez wybór oferty, która nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie wymagań technicznych.

Odwołujący wskazał, że się posiada interes w występowaniu z środkami ochrony prawnej, gdyż gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy przedmiot zamówienia zostałyby mu powierzony do wykonania jako wykonawcy, którego bilans ceny i innych

kryteriów oceny ofert wypada najkorzystniej spośród ofert spełniających wymagania SIWZ i spośród wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu.

Wnoszono o unieważnienie rozstrzygnięcia Zamawiającego oraz nakazanie przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym nakazanie Zamawiającemu prawidłowej, zgodnej z wiedzą, doświadczeniem i logiką oceny spełniania warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, a także wykluczenie z postępowania wykonawcy spółki KenBIT Sp. j., ze względu na fakt nieudowodnienia przez tę spółkę spełniania warunku posiadania doświadczenia oraz nieuzupełnienie w terminie żądanego dokumentu, tj. wykazu dostaw, zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ oraz niespełnienie przez przedstawioną przez tę spółkę ofertę wymagań technicznych SIWZ.

W uzasadnieniu zaznaczono, że Zamawiający dokonał wyboru oferty spółki KenBIT Sp. j. stwierdzając, iż spełnia ona wymagania SIWZ a wykonawca nie podlega wykluczeniu. Jednocześnie Zamawiający wykluczył Odwołującego, stwierdzając, iż spółka KABE nie wykazała wymaganego doświadczenia. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający stwierdził, iż żądał wykazu obejmującego swym zakresem co najmniej jedną dostawę autonomicznego pojazdu podwodnego na potrzeby Sił Zbrojnych NATO o zaawansowaniu technicznym nie niższym niż przedmiot zamówienia wykonaną (...) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...) o wartości co najmniej 3 milionów zł brutto. Stwierdził też, iż Wykonawca w wykazie był zobowiązany ujawnić wartości, przedmioty, daty wykonania dostaw i odbiorców tych dostaw oraz załączyć dokumenty potwierdzające, iż dostawy te zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie. Dokumenty te zdaniem Zamawiającego winny być wystawione przez odbiorców umieszczonych w wykazie, co zostało zapisane w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący się nie wykazał, iż przedstawione w wykazie dostawy zostały wykonane należycie, gdyż w jego ofercie było brak potwierdzenia tego rodzaju wystawionego przez odbiorców tych dostaw. Złożonym dokumentom zarzucono również szereg nieprawidłowości, szerzej opisanych w piśmie z dnia 28 maja 2013 roku (XI/6403/13).

Zdaniem Odwołującego oceny przyjęte przez Zamawiającego w zakresie spełniania warunku doświadczenia Odwołującego się są błędne, nadto sam sposób oceny warunków udziału w postępowaniu przyjęty przez Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, iż załączył do swojej oferty prawidłowo wypełniony załącznik nr 6 zawierający wszelkie informacje żądane przez Zamawiającego. Na potwierdzenie prawidłowości wykonania dostaw zawartych w wykazie Odwołujący załączył listy przewodnie do umowy zawartej z Ministerstwem Obrony Narodowej Republiki Francuskiej (zawiadomienie o zawarciu umowy), wezwania do zapłaty oraz uznania

rachunku Wykonawcy. Dodatkowo w wyniku uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący załączył dalsze wyciągi z umowy dokumentujące jej podział na zamówienie obowiązkowe oraz fakultatywne wraz z podaniem wartości całego kontraktu oraz listy wydane przez Odbiorcę zamówienia dokumentujące dokonanie przez niego zamówienia fakultatywnego oraz szczegółowe wyjaśnienia w zakresie przedmiotu tej dostawy, obejmujące swym zakresem oświadczenie wiedzy wskazujące, iż ze względu na ciągłe wykonywanie dostaw w zgodzie z zawartą umową wystawienie przez odbiorcę potwierdzenia jej częściowego wykonania nie jest możliwe. Załączył również potwierdzenie dokonania dostaw dla Straży Przybrzeżnej w Japonii wraz z podpisanymi przez użytkownika protokołami testów fabrycznych i morskich, które rozstrzygają o prawidłowości wykonania tego zamówienia. Podkreślono, że w odpowiedzi na pytanie nr 9, zawarte w piśmie nr XI/4079/2013 z 6 kwietnia 2013 roku Zamawiający stwierdził, iż żąda jedynie dokumentów określonych w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie precyzując formy potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

W § 1 pkt 3 Rozporządzenia o dokumentach wskazano, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jak zatem należy wnosić z literalnego brzmienia zapisów Rozporządzenia nie wskazuje ono rodzaju dokumentów, które potwierdzają należyte wykonanie umowy, jak również nie przesądza, iż dokumenty te winny być wystawione przez odbiorców tych dostaw. Zgodnie z bogatym orzecznictwem KIO (m.in. KIO 1432/09, 514/12, 2710/10, 2089/12) faktura wraz z potwierdzeniem zapłaty stanowi dowód należytego wykonania dostaw. Szczególnie to ostatnie orzeczenie, wydane w trzysobowym składzie KIO wskazuje, przywołując również ugruntowane już jak się wydaje orzecznictwo sądów okręgowych i Izby, iż faktura wyraża zobowiązanie i roszczenie w ujęciu księgowym w odniesieniu do konkretnego zamówienia, zaś polecenie przelewu i w konsekwencji zapłata za określone zamówienie daje podstawy do przyjęcia, że zobowiązanie zostało wykonane lub jest wykonywane należycie. Należy także zważyć, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym ocena przedkładanych dowodów i dokumentów musi następować w zgodzie z zasadami oceny dowodów, które we wszystkich procedurach prawnych opierają się na wyznacznikach wiedzy, logiki i doświadczenia

życiowego. Wykroczenie poza te trzy dyrektywy świadczyć może wyłącznie o dowolności przyjmowanych ocen, co prowadzi do naruszenia prawa w zakresie oceny dowodów i dokumentów.

Odwolujący załączył jako dokumenty referencyjne następujące dokumenty: żądania zapłaty i uznania rachunku odnoszące się do tych żądań, list przewodni w zakresie części obligatoryjnej zamówienia, wyciągi z umowy dokumentujące rodzaj zamówienia, jego wysokość oraz fakt, iż podzielone one było na część obligatoryjną i opcjonalną, a także list przewodni w sprawie zamówienia pojazdów AUV zgodnie z postanowieniami części opcjonalnej zawartej umowy. Dokumentacja ta w sposób jasny i przejrzysty dokumentuje należyte wykonanie dostaw ujętych w części obligatoryjnej zamówienia, gdyż producent uzyskał zapłatę za przedmiot zamówienia w pełnej wysokości, a nadto Zamawiający dokonał kolejnych zamówień zgodnie z częścią opcjonalną kontraktu, do czego nie był bezwzględnie zobowiązany i co w oczywisty sposób na gruncie wymienionych dyrektyw oceny dowodów wyraża jego zadowolenie i akceptację dla przedmiotu dostawy. Sprzeczne zatem z wiedzą o stosunkach zobowiązaniowych, logiką i doświadczeniem życiowym byłoby twierdzenie, iż dostawy, za które klient zapłacił pełną kwotę, a następnie zdecydował się kupić kolejne pojazdy tego typu, nie mając takiego obowiązku, mogłyby być w jakimkolwiek zakresie wykonane w sposób nienależyty.

W zgodzie zatem z dyrektywami oceny dowodów Zamawiający powinien stwierdzić, iż Wykonawca udowodnił należyte wykonanie dostaw, które ujął w wykazie. W tym sensie dostawy realizowane i wskazane w wyniku uzupełniania dokumentów, a wynikające z części opcjonalnej kontraktu nie stanowią nowych dostaw mających podlegać ocenie przez Zamawiającego w zakresie spełniania warunku doświadczenia tylko fakt ich zmówienia stanowi dodatkowy dowód należytego wykonania dostaw z części obligatoryjnej kontraktu. Tok rozumowania przyjęty przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Wykonawcy należy uznać za całkowicie błędny i w świetle złożonych dokumentów uznanie wskazanych dostaw za należycie wykonane nie stanowiłoby domniemania Zamawiającego, lecz uznanie faktu wynikającego z natury stosunków gospodarczych.

Błędne jest również stwierdzenie Zamawiającego, iż przedstawione żądania zapłaty i uznania rachunku nie są ze sobą powiązane. Dwa żądania zapłaty na kwotę 292 000 EUR noszą numer 707 i 750 i odpowiadają im odpowiednie adnotacje na załączonych uznaniach rachunku firmy ECA Robotics, obejmujące numery odpowiednio 707 i 750. Żądanie nr 723 na kwotę 438 000 EUR jest powiązane z uznaniem rachunku w sposób logiczny ze względu na kwotę uznania, tj. 438 000 EUR. Dlatego też znów na gruncie logiki należy uznać, iż ostatnie żądanie nr 775 na kwotę 292 000 EUR jest powiązane z ostatnim przekazanym uznaniem rachunku spółki ECA Robotics. Wszystkie dowody zapłaty są ponadto w sposób

nie budzący wątpliwości powiązane z żądaniem zapłaty poprzez termin obciążenia konta Odbiorcy zgodny z terminem wyznaczonym na żądaniu zapłaty. Tylko w jednym przypadku zaszło niewielkie opóźnienie, co w żadnym razie nie stanowi okoliczności, która na gruncie logiki może świadczyć o nienależytym wykonaniu części umowy.

Nieprawidłowy jest również kolejny zarzut Zamawiającego, a odnoszący się do formy złożonych dokumentów. Spółka KABE mogła poświadczyć dokumenty referencyjne za zgodność z oryginałem, gdyż obowiązek poświadczenia dokumentów przez podmiot, na którego doświadczenie wykonawca się powołuje dotyczy wyłącznie dokumentów podmiotowych a nie przedmiotowych i warunkowany jest udziałem tych podmiotów w zamówieniu, co w niniejszym przypadku nie ma miejsca (wniosek z § 6 pkt 2 Rozporządzenia w zw. z § 1 ust. 2 i 3 i § 2 Rozporządzenia). Należy zatem stwierdzić, iż Odwołujący się w sposób zgodny z wymogami ustawy wykazał swoje doświadczenie w zakresie żądanym przez Zamawiającego, gdyż załączył zarówno prawidłowo wypełniony wykaz dostaw, jak również dokumenty dowodzące w sposób nie budzący wątpliwości, prawidłowe ich wykonanie przez podmiot, na którego doświadczenie się powoływał, a zatem nie podlegał on wykluczeniu z postępowania. Czyniąc to Zamawiający naruszył w sposób oczywisty wskazane przepisy ustawy i rozporządzenia.

Odnosząc się z kolei do oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku doświadczenia przez spółkę KenBIT wskazano, iż Zamawiający przyłożył do oceny złożonych przez tą spółkę dokumentów zupełnie inną miarę, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, opisaną w art. 7 ust. 1 Pzp.

W pierwszej kolejności podniesiono, iż Wykonawca wybrany nie załączył w swojej pierwotnej ofercie wykazu dostaw zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ. Jedynym załączonym dokumentem jest angielskojęzyczny dokument z wykazem dostaw wypełniony przez spółkę Konsberg Hydroid oraz tłumaczenie tego dokumentu. Również na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokument w postaci wykazu dostaw nie został przez Wykonawcę uzupełniony. Zgodnie z literalnym brzmieniem § 1 ust. 3 Rozporządzenia o dokumentach, wykaz jest składany przez Wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu. Jednocześnie Rozporządzenie nie stwierdza w żadnym punkcie, iż wykaz składany przez wykonawcę może być zastąpiony wykazem złożonym przez podmiot, na którego doświadczenie i wiedzę powołuje się wykonawca. Od podmiotów tych Zamawiający może żądać dokumentów określonych w § 2 Rozporządzenia, jeżeli będą oni uczestniczyć w postępowaniu. Oznacza to, iż w ofercie wybranego Wykonawcy brakowało dokumentu żądanego przez Zamawiającego i dokument ten nie został przez niego uzupełniony. Dokument w postaci oświadczenia wiedzy Wykonawcy w zakresie własnego doświadczenia lub doświadczenia podmiotów udostępniających zasoby jest dokumentem, który Wykonawca

był zobowiązany załączyć obligatoryjnie i zgodnie z Rozporządzeniem winno być to jego osobiste oświadczenie. Wynika to z faktu ponoszenia przez Wykonawców odpowiedzialności za składane oświadczenia i podawane informacje na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych. Gdyby wykaz dostaw przedstawiony przez firmę Konsberg okazał się nieprawdziwy nie można by wykonawcy wykluczyć z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż to nie wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie, a tym samym otwierałoby to drogę do ponownego uzupełnienia takiego dokumentu przez samego wykonawcę. Taka potencjalna możliwość powodowałaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i mogłaby prowadzić do manipulowania składanymi oświadczeniami bez szkody dla podmiotów przedstawiających nieprawdziwe informacje, dlatego w żadnym razie nie można założyć, iż ustawodawca dopuszcza zastąpienie własnego oświadczenia wykonawcy co do zakresu posiadanego doświadczenia oświadczeniem podmiotu nie będącego wykonawcą podlegającym ocenie. Taki wniosek płynie też z orzecznictwa Izby (np. wyroku z dnia 4 maja 2011 r., (KIO 846/11), gdzie stwierdza się, iż oświadczenie podmiotu trzeciego nie związanego z postępowaniem, w którym składana jest oferta w żadnym wypadku nie może zastępować oświadczenia własnego wykonawcy odnośnie spełnienia przez niego wymaganych warunków uczestnictwa w sposób wyznaczony przez zamawiającego w SIWZ, które powinny być zawarte w wykazie. Skoro zatem brak w ofercie oświadczenia wykonawcy, wystawionego zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ to należy stwierdzić, iż wybrany Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i winien być z tego postępowania wykluczony. Wymagany wykaz złożył bowiem podmiot nie będący wykonawcą w wymienionym przetargu.

Ponadto ze złożonych przez spółkę KenBIT dokumentów, w tym dokumentu referencyjnego nie wynika jednoznacznie, tak jak tego żądał Zamawiający w stosunku do spółki KABE, iż zamówienie zostało wykonane w sposób należyty. Z przedstawionego dokumentu referencyjnego wynika wyłącznie, iż zostały zakupione i dostarczone dwa pojazdy Remus, które są obecnie w użyciu oraz, iż uważa się kontrakt za wykonany. W tym miejscu należy przypomnieć, iż kontrakt może być wykonany należycie lub nienależycie, co przymiotu wykonania mu nie odbiera. W tym sensie rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców jest uznanie tego typu oświadczenia za wystarczające, w szczególności przy braku w ofercie Wykonawcy wybranego innych dowodów prawidłowego wykonania (choćby faktur lub dowodów zapłaty), a nieuznanie przez Zamawiającego dokumentów przedstawionych przez spółkę KABE, które w sposób nie mogący budzić wątpliwości, znacznie lepiej dokumentują prawidłowość wykonywania dostaw. Zamawiający drobniawo oceniając spełnianie warunków przez spółkę KABE

jednocześnie ocenę spełniania warunków udziału przez spółkę KenBIT prowadził w sposób pobieżny i wybiórczy.

Zamawiający wymagał udokumentowania co najmniej jednej dostawy autonomicznego pojazdu podwodnego na potrzeby Sił Zbrojnych NATO o zaawansowaniu technicznym nie niższym niż przedmiot zamówienia wykonaną (...) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...) o wartości co najmniej 3 milionów zł brutto. Zdaniem Odwołującego pojazd Remus 100, w wersji dostarczonej Belgijskiej Marynarce Wojennej, nie spełnia warunku zaawansowania technicznego nie niższego od przedmiotu zamówienia. Taki warunek spełnia jedynie pojazd Remus 100s, który jednak nie był przedmiotem dostaw wskazanych przez firmę Kongsberg dla poświadczenia doświadczenia. Fakt, iż pojazd przedstawiony do referencji nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego pośrednio wynika już z samej jego ceny, która wynosiła 438 tys. EUR za jeden pojazd, czyli ponad dwukrotnie mniej w stosunku do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę wybranego. Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodu z biegłego na tę okoliczność.

Mimo tak istotnej różnicy cenowej fakt ten nie wzbudził wątpliwości Zamawiającego ani nie dążył on do wyjaśnienia tej kwestii, czym w opinii Odwołującego nie tylko naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim naruszył reguły badania ofert i nie wyjaśnił wszelkich kwestii, które mogłyby skutkować wykluczeniem wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z dokonanego przez Odwołującego się rozpoznania rynku wynika, iż spółka Kongsberg Hydroid nie sprzedała dotąd żadnego pojazdu REMUS 100 o stopniu zaawansowania równym lub większym niż przedmiot zamówienia, a zatem nie posiada niezbędnego doświadczenia do wykonania przedmiotu umowy. Biorąc pod uwagę te fakty Wykonawca wybrany winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona. W tym kontekście należy zauważyć, że ECA dostarczyła kilkaset autonomicznych pojazdów podwodnych o niższym stopniu zaawansowania do kilkudziesięciu krajów i mogłaby złożyć wiele tego rodzaju referencji, ale Zamawiający jasno sprecyzował o jakie referencje mu chodzi (stopień zaawansowania technicznego nie niższy niż zawarty w OPZ). Dla Zamawiającego ten warunek potwierdzenia odpowiedniego doświadczenia Wykonawcy w dostawie pojazdów takich jak przedmiot zamówienia był zatem bardzo istotny. W tej sytuacji nieodrzućenie oferty Remus, która przedstawiła tylko referencje mniej zaawansowanych modeli (formalnie zresztą nie do przyjęcia) jest wyraźnie sprzeczne z tym jednym z najistotniejszych wymogów Zamawiającego, a wykluczenie spółki KABE, która potrafiła sprostać tym wymogom poprzez wskazanie dostawy znajdującej się w fazie wykonywania stanowi ewidentnie o naruszeniu zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Ponadto wskazano, iż oferta wykonawcy wybranego nie spełnia warunków SIWZ w zakresie wymagań technicznych. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wybranego w zakresie systemu dokładności lokalizacji za pomocą systemu INS oferowanego przez Wykonawcę wspomaganego przez system ADCP nie są w pełni prawdziwe. Możliwe jest bowiem uzyskanie wymaganej przez Zamawiającego dokładności pozycjonowania (6m CEP po godzinie pływania z prędkością 1,5m/sek w zanurzeniu bez korekcji GPS) pod warunkiem, że odległość od dna nie będzie większa niż 12 m. Wynika to z zasięgu logu ADCP 1200kHz (ADCP jest w istocie logiem), który wynosi dokładnie do 12 m, a w wykonaniu Long Range - 24m. Zatem dokładność nie może być utrzymana w zanurzeniu od 1 do 88 m przy głębokości akwenu 100 m dla ADCP w wersji 1200kHz standard i od 1 m do 76 m dla tej samej głębokości i wersji Long Range. W tym sensie zaoferowany system pomiarowy KEARFOTT T-16 spełnia wymagania jedynie w bardzo wąskim zakresie zanurzenia pojazdu. Na dowód poniższego przedłożono kartę katalogową proponowanego przez KenBIT systemu Teledyne ADCP z wnioskiem o jej przyjęcie za dowód oraz wnoszono o dopuszczenie opinii biegłego w tym przedmiocie. W związku z powyższym oferta spółki KenBIT, niezależnie od podstaw do wykluczenia tego Wykonawcy, nie spełnia wymogów SIWZ i winna być odrzucona także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazano również należy, iż wykonawca wybrany zaproponowała w istocie pojazd Remus 100s a nie pojazd Remus 100, co wynika z podanej w tabeli wagi (45 kg). Pojazd w wersji prostej i podstawowej (Remus 100) waży bowiem 38 kg, co rodzi wątpliwość co do różnicy między treścią oferty, a rzeczywiście zaoferowanym pojazdem.

W związku z powyższym wnoszono jak w petitum pisma.

W dniu 10 czerwca 2013 roku, na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca KenBIT Koenig i Wspólnicy SP. j. z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie spełniało wszystkie przesłanki formalne a wykonawca wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

W zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego wykazu dostaw, podniósł, że wymagane przez Zamawiającego wiedza i doświadczenie udokumentowane zostały w oparciu o art. 26b ust.2b ustawy Pzp, przez załączenie wykazu zrealizowanych dostaw przez firmę Hydroid wskazanej w ofercie jako podwykonawca. Art. 26 ustawy Pzp dopuszcza możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, wykonawca złożył stosowane oświadczenie firmy Hydroid o możliwość dysponowania zasobami i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia. Podkreślono, że dotychczas żaden polski podmiot nie dostarczał pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia na potrzeby SZ

NATO. Tym samym potencjalny polski wykonawca nie może legitymować się własnym doświadczeniem i musi oprzeć się na podmiocie zagranicznym. Wypełnienie załącznika nr 6 do SIWZ jako dostaw zrealizowanych przez wykonawcę krajowego byłoby poświadczeniem nieprawdy.

Za bezzasadny zdaniem Przystępującego należy również uznać zarzut o braku uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy. Wszystkie żądane dokumenty zostały Zamawiającemu dostarczone. Zgodnie z praktyką dokumentowania należytego wykonania dostaw może być to list referencyjny, protokół przyjęcia-przekazania przedmiotu zamówienia, w którym dokładnie wyszczególniony jest asortyment oraz data przyjęcia. Na żądanie Zamawiającego Przystępujący uzupełnił ofertę o list referencyjny odbiorcy – przedstawiciela Sił Zbrojnych Belgii – z którego treści jednoznacznie wynika, że firma Hydroid dostarczyła dwa pojazdy AUV, które są obecnie użytkowane przez belgijskie siły morskie z jednoczesnym uznaniem wykonania kontraktu. Dywagacje Odwołującego o należyty lub nienależyty wykonaniu są bezpodstawne.

Nieprawdziwy jest także zarzut, że pojazd Remus 100 nie jest pojazdem odpowiadającym warunkom technicznym przedmiotowi zamówienia. Pojazd ten jest pojazdem bazowym, w wykonaniu standardowym. Na podstawie pojazdu bazowego wykonywane są pojazdy w wersjach modułowych według wymagań Zamawiającego, posiadające dodatkowe opcje techniczno-funkcjonalne i dlatego ceny pojazdu są zróżnicowane. Przywołany przez Odwołującego pojazd Remus 100s jest według informacji producenta pojazdem stosowanym do prowadzenia pomiarów hydrograficznych, a nie do rozpoznawania pól minowych, określonych w SIWZ przez Zamawiającego. Tym samym porównywanie tego pojazdu z ofertą Wykonawcy jest bezzasadne.

Co do niespełniania przez ofertę Przystępującego warunków technicznych, to zaznaczono, że Zamawiający określił dwie grupy parametrów technicznych: obligatoryjne (w postaci Karty Oceny Zgodności) i dodatkowe (przewyższające wymagany opis przedmiotu zamówienia). Oferowany pojazd spełnia wszystkie parametry z grupy obligatoryjnych. Natomiast parametry dodatkowe premiowały ocenę oferowanego pojazdu. Niespełnienie niektórych z nich nie wykluczały złożonej oferty. System nawigacji inercyjnej INS wspomagany ADCP nie jest parametrem obligatoryjnym, lecz jednym z parametrów ocenianym dodatkowo. Niespełnienie parametrów dodatkowych nie skutkuje odrzuceniem oferty.

Bezpodstawny jest także zarzut dotyczący wagi oferowanego pojazdu. Zamawiający określił maksymalną wagę pojazdu AUV nie większą niż 70 kg. Waga wymieniona w odwołaniu (38 kg) odnosi się do wersji prostej i podstawowej, natomiast podana w ofercie waga 45 kg dotyczy wersji oczekiwanej przez Zamawiającego. Wyposażenie pojazdu

definiuje rodzaj a nie typ zastosowanych urządzeń, co w konsekwencji wpływa na ostateczną masę pojazdu. Pojazdy AUV są wykonywane każdorazowo według specyfikacji zamawiających i każdy z nich może się różnić wyposażeniem i wagą. SIWZ w przedmiotowym postępowaniu implikuje zwiększenie wagi pojazdu.

Końcowo zwrócono uwagę na błędy w tłumaczeniu załączonych do odwołania ulotek i wnoszono o uznanie odwołania za całkowicie bezzasadne.

Na rozprawie Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił szeroką argumentację przemawiającą w jego ocenie za oddaleniem odwołania w całości.

Na rozprawie Strony i Uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, zapytań i odpowiedzi do treści SIWZ, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, choć nie potwierdziły się wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu.

W postępowaniu ustalono następujący stan faktyczny:

Postępowanie prowadzone było w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W postępowaniu wzięło udział trzech wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego ustalono, że:

Zamawiający w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu żądał wykazu obejmującego swym zakresem co najmniej jedną dostawę autonomicznego pojazdu podwodnego na potrzeby Sił Zbrojnych NATO o zaawansowaniu technicznym nie niższym niż przedmiot zamówienia wykonaną (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto. Wykonawca był zobowiązany w wykazie ujawnić wartości, przedmioty, daty wykonania dostaw i odbiorców tych dostaw oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie. Dokumenty (..) miały być wystawione przez odbiorców wskazanych wykazie.

W toku postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem, czy zaakceptuje fakturę wraz z potwierdzeniem otrzymania za nią płatności, jako potwierdzenie należytego wykonania dostawy. Ze względu na specyfikę prawodawstwa i praktyk biznesowych w Stanach Zjednoczonych instytucje rządowe oraz firmy prywatne nie wydają referencji ani żadnych innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy. Ponadto, rozporządzenie o dokumentach, nie precyzuje formy potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Wykonawca wskazał też na orzecznictwo KIO i sądów okręgowych dotyczące faktur i poleceń przelewu. Zamawiający odpowiadając na pytanie podkreślił, że podtrzymuje zapisy SIWZ i żąda jedynie dokumentów określonych w Rozporządzeniu o dokumentach, nie precyzując formy potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

W ofercie Odwołujący złożył wykaz dostaw, w którym wskazał jako przedmiot dostawy pojazd Alister 9 na rzecz Grupy Nurków Saperów Marynarki Narodowej Republiki Francuskiej realizowaną od 31 grudnia 2010 roku (z przewidywanym terminem zakończenia wszystkich dostaw na lipiec 2013) za kwotę 1 314 000 euro (wartość dostaw realizowanych do 24.01.2012, na które powołuje się wykonawca) i wartość całej dostawy 4 481 412 euro.

Dostawy realizowane są przez podmiot trzeci ECA Robotics. Do wykazu załączono, według oświadczenia wykonawcy, faktury na dotychczas zrealizowane dostawy (w tłumaczeniu jako „wezwanie do zapłaty”) i potwierdzenia zapłaty – wyciągi z konta. Załączono także fragment wraz z tłumaczeniem z umowy z listem przewodnim. Z listu przewodniego wynikało, że umowa nosi nr 2009 90 0018 i dotyczy dostawy samodzielnych lekkich podwodnych pojazdów rozpoznawczych. Wyciąg z jednej strony umowy potwierdzał kwotę wymienioną w wykazie jako maksymalną wartość całkowitą umowy i potwierdzał datę rozpoczęcia dostawy. Złożono także:

- 1) Wezwanie do zapłaty nr C26/707/460S00 z dnia 31 marca 2011 na kwotę 292 000,00 euro, nr rachunku bankowego 76 3148 9000 5007 7977 1001 032, nr zamówienia 2009 90 018, termin płatności 30 dni, przy płatności podać C26/707
- 2) Wpływ na rachunek 07797710010 o wartości 292 000,00 euro w dniu 31 maja 2011 roku, nr powiązania z wezwaniem 707/460S00
- 3) Wezwanie do zapłaty nr C26/723/460S00 z dnia 30 czerwca 2011 na kwotę 438 000,00 euro, nr rachunku bankowego 76 3148 9000 5007 7977 1001 03, nr zamówienia 2009 90 018, termin płatności 30 dni, przy płatności podać C26/723
- 4) Wpływ na rachunek 07797710010 o wartości 438 000,00 euro w dniu 28 września 2011 roku, nr ref AAA7077
- 5) Wezwanie do zapłaty nr C26/750/460S00 z dnia 28 listopada 2011 na kwotę 292 000,00 euro, nr rachunku bankowego 76 3148 9000 5007 7977 1001 03, nr zamówienia 2009 90 018, termin płatności 30 dni, przy płatności podać C26/750
- 6) Wpływ na rachunek 07797710010 o wartości 292 000,00 euro w dniu 22 grudnia 2011 roku, nr ref AAA8942
- 7) Wezwanie do zapłaty nr C26/775/460S00 z dnia 24 stycznia 2012 na kwotę 292 000,00 euro, nr rachunku bankowego 76 3148 9000 5007 7977 1001 03, nr zamówienia 2009 90 018, termin płatności 30 dni, przy płatności podać C26/775
- 8) Wpływ na rachunek 07797710010 o wartości 292 000,00 euro w dniu 12 marca 2012 roku, nr ref AAA4592

Złożono oświadczenie spółki ECA Robotics wyrażające gotowość do oddania spółce KABE do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedza i doświadczenie) w czasie ubiegania się

o zamówienie publiczne oraz na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia projektu IU/329/XI-46/ZO/NBO/DOS/S/2012.

W dniu 26 kwietnia 2013 roku Odwołujący został w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, który musi być wystawiony przez odbiorców wskazanych w wykazie dostaw załączonym do oferty.

Odpowiadając na wezwanie, wykonawca oświadczył w trybie § 1 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 roku, iż dostawy, na które powołuje się wykonawca (..) zostały wykonane należyście. Obecnie obiektywne okoliczności powodują, że brak jest możliwości uzyskania bezpośredniego poświadczenia od odbiorcy systemów, gdyż jest nią instytucja sił zbrojnych Republiki Francuskiej, która zwyczajowo nie wystawia tego typu dokumentacji dla dostaw będących toku. Wykonawca zwrócił uwagę, że należyte wykonanie umowy zostało potwierdzone wystawionymi przez producenta fakturami oraz przedstawionymi uznaniem rachunku wykonawcy w pełnej wysokości, co Zamawiający powinien uznać za wystarczające w świetle przepisów ustawy oraz Rozporządzenia. Dodatkowo wykonawca wyjaśnił, że umowa między ECA Robotics a Ministerstwem Obrony Republiki Francuskiej składa się z części obligatoryjnej, w której obowiązkiem wykonawcy było dostarczenie dwóch pojazdów wraz z usługami oraz części warunkowej (dostawa 4 sztuk pojazdów), która jest obecnie wykonywana. Warunkiem realizacji dodatkowego zamówienia było prawidłowe wykonanie części obowiązkowej. Trwająca realizacja części warunkowej dowodzi więc należytego wykonania dostaw wskazanych w wykazie. Dodatkowo załączono oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby – producenta pojazdów oraz wyciąg z umowy i listy przewodnie do obu transz.

Z załączonego oświadczenia można wyczytać, że „dostawa pojazdów numer Jeden i Dwa, części pierwszej umowy została wykonana, jednakże ostateczna akceptacja zostanie ogłoszona podczas dostawy pojazdów Trzy do Sześć, części umowy opcjonalnej, jak uprzednio zaplanowano w umowie przedstawionej do referencji. Nie ma możliwości, aby przedstawić potwierdzenie odbioru pojazdów Jeden i Dwa, gdyż ostateczny odbiór będzie ogłoszony 31 lipca 2013 roku. (...). Do oświadczenia dołączono pierwotny list przewodni do umowy, list potwierdzający zamówienie opcjonalne i wyciąg z umowy pokazujący wyodrębnienie dostaw na dwie transze”.

Z tłumaczenia wyciągu umowy (bez numeru stron, czy też wskazanego numeru umowy) dowiedzieć można się z punktów 2.1.1 i 2.1.2 co jest przedmiotem zamówienia, że realizacja podzielona jest na dwie części. Tylko pierwsza część jest ciągła i wykonalna od momentu zawiadomienia o udzieleniu zamówienia, kolejna zaś jest warunkowa, której zatwierdzenie odbywa się przez zlecenie serwisowe określane dalej jako „zlecenie serwisowe potwierdzające” wydane przez organ sygnujący zamówienie lub jego przedstawiciela zgodnie z warunkami opisanymi w artykule 2.4. W punkcie 2.2. określona została cena z dostawę.

Podjmując decyzję o rozstrzygnięciu postępowania, Zamawiający zdecydował, że wykonawca Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zaznaczył, że obciążenia rachunku w powiązaniu z wezwaniami do zapłaty pokazują, że daty wpływu środków przekraczają termin zawarty w wezwaniach, dodatkowo trzy uznania rachunku nie są powiązane z wezwaniami, zatem załączone do oferty dokumenty nie potwierdziły należytego wykonania dostawy. Zamawiający nie mógł uznać również dokumentów załączonych w wyniku uzupełnienia (w tym oświadczenia producenta pojazdów), ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte 9 stycznia 2013 roku, a więc pod rządami poprzedniego Rozporządzenia o dokumentach z 2009 roku. Zgodnie z § 9 ust. 1 nowego Rozporządzenia o dokumentach z 2013 roku Zamawiający ma obowiązek stosować do postępowań wszczętych przez dniem wejścia w życie nowego Rozporządzenia przepisy dotychczasowe. Dotychczasowe przepisy natomiast nie przewidują potwierdzania należytego wykonania przez oświadczenia złożone przez wykonawcę. Ponadto Zamawiający nie uznał dokumentów dotyczących wykonania dodatkowej opcjonalnej dostawy na potwierdzenie należytego wykonania, ze względu na fakt, że wykonawca dostawy nie przedstawił żadnych oficjalnych dokumentów potwierdzających jej wykonanie. Zamawiający nie może domniemywać wykazania spełnienia warunku udziału, w tym należytego wykonania, to wykonawca zobowiązany jest w sposób zdefiniowany ustawą wykazać to spełnienie.

Na rozprawie Odwołujący złożył dodatkowo wyciąg z tłumaczeniem strony 11 umowy obrazujący tabele płatności częściowych oraz pismo z tłumaczeniem sporządzone przez przedstawicieli ECA Robotics, który potwierdza, że załączone rachunki i dowody otrzymania zapłaty (...) odpowiadają zapłatom otrzymanym od francuskiego Skarbu Państwa za dostawę pojazdu Alister 9. Producent podkreślił, że kwota uwidocziona na bankowych potwierdzeniach w sposób dokładny odpowiada wystawionym rachunkom, data wystawienia rachunku i otrzymania zapłaty jest bliska, co w sposób wystarczający dokumentuje ich

powiązanie. Ponadto nazwa organizacji dokonującej zapłaty jest dodatkową informacją, że podmiot, który zapłacił rachunki jest francuską organizacją płacącą za sprzęt wojskowy (...).

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, uznano iż zarzut nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Podzielając stanowisko Odwołującego, że katalog dokumentów, które mogą potwierdzać należyte wykonanie dostaw wskazanych przez wykonawcę w wykazie dostaw, określony przez Rozporządzenie o dokumentach z 2009 roku, jest katalogiem otwartym, zważyć należy jednak, że składane dokumenty muszą niezbieżnie wskazywać na należyte wykonanie dostaw wynikających z wykazu. Wykonawcy mogą zachować dowolność formy, a także treści przedkładanych dokumentów, na którą w większości przypadków nie mają przecież wpływu, ale tym niemniej z dokumentów wyczytać można ostateczne zaakceptowanie wykonywanej dostawy. Nie negując orzecznictwa stanowiącego, że faktura może być dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia, dostrzeżenia wymaga, że sam fakt wystawienia przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą faktury nie świadczy już o należyтым wykonaniu zamówienia. Ze stanu faktycznego musi niezbieżnie wynikać, że dokument ten został zaakceptowany bez zastrzeżeń.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie składu orzekającego Izby, Wykonawca nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że dostawa wskazana w wykazie jest należycie realizowana. Po pierwsze podkreślić należy, iż nawet gdyby uznać, że wykonawca przedłożył prawidłowo powiązane ze sobą wezwania do zapłaty i obciążenia rachunku, to są to tylko transze za częściowe wykonanie umowy, nie wynika z nich należyta realizacja całości umowy. Choć Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że opóźnienie w płatnościach na wezwania, hipotetycznie stanowić może o nienależyтым wykonaniu zamówienia lub naliczeniu kar umownych, to faktury i obciążenia (uznania) rachunku mogłyby być uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umowy, jedynie w przypadku, gdy w swej treści zawierałyby takie stwierdzenia. Nie mogą zostać uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług dokumenty o charakterze rachunkowym, z których wynika jedynie wartość prac objętych odpowiednim kontraktem (jeżeli przyjąłby, że są to faktury dotyczące kontraktu ujętego w wykazie dostaw).

W interpretacji przedłożonych dokumentów nie są pomocne załączone wrywkowe i nie powiązane ze sobą fragmenty umowy, bądź też umów, przedstawione przez Odwołującego, ponieważ fragmenty te nie są ponumerowane, parafowane czy też opatrzone pieczęciami. Są to bliżej nieokreślone wrywki tekstu jakiegoś kontraktu. Z przedłożonych wyciągów nie można wyprowadzić wniosku, że jest to zamówienie, na które powołuje się

Wykonawca, że podzielone jest ono na dwie części, pierwszą obligatoryjną i drugą warunkową, realizowaną po prawidłowym zrealizowaniu części pierwszej. Z fragmentu przedłożonego w wyniku wezwania do uzupełnienia wynika jedynie, że zamawiane jest bliżej nieokreślone „zlecenie serwisowe potwierdzające” o nieznanym zakresie. Niewątpliwie przedłożenie całego kontraktu realizowanego na rzecz sił zbrojnych państwa trzeciego jest wysoce utrudnione lub nawet niemożliwe, ale od profesjonalisty w obrocie gospodarczym wymagać można większej staranności w składaniu dokumentów, tak aby stanowiły one pewien ciąg i były logicznie spójne i powiązane.

Za potwierdzenie należytego wykonania umowy nie mogły zostać uznane oświadczenia złożone przez podmiot realizujący dostawy i udostępniający Odwołującemu potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Po pierwsze, Zamawiający w SIWZ w sposób wyraźny zastrzegł, że dokumenty podchodzić mają od odbiorców wskazanych w wykazie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego decyzję swoją utrzymał odpowiadając na pytania, gdzie postanowił, że podtrzymuje zapisy SIWZ. Choć zapisy powyższe zawężają niewątpliwie możliwość posługiwania się innymi niż „referencje” dokumentami pochodzącymi od odbiorców dostaw, zapisy te nie zostały przez żadnego z wykonawców zakwestionowane i stały się wiążące w postępowaniu. Po drugie, takiej formy udokumentowania należytego wykonania zamówienia nie przewidują przepisy Rozporządzenia o dokumentach z 2009 roku, na podstawie których prowadzone jest postępowanie. Aczkolwiek Rozporządzenie o dokumentach z 2013 roku przewiduje możliwość złożenia oświadczenia przez wykonawcę, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie może on uzyskać poświadczenia należytego wykonania zamówienia, ale jak słusznie zauważył Zamawiający, do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie tego rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe.

Znamienne jest w ocenie składu orzekającego Izby także to, że w oświadczeniu złożonym jako uzupełnienie dokumentów, producent stwierdza, że „(...) ostateczna akceptacja zostanie ogłoszona podczas dostawy Alisterów Trzy do Sześć (...)”. Twierdzenie to może być różnie interpretowane, zwłaszcza w kontekście kolejnych zarzutów podniesionych w odwołaniu, gdzie zdaniem Odwołującego stwierdzenie w dokumencie referencji innego wykonawcy „(...) uważamy ten kontrakt za zrealizowany” nie potwierdza należytego wykonania zamówienia. Wobec tego, zaznaczenie, że nie nastąpiła ostateczna akceptacja dostawy, nawet jeżeli za nią zapłacono, w ocenie Izby, także nie potwierdza ponad wszelką wątpliwość należytego wykonania umowy, choć z pewnością nie oznacza, że wykonano ją nienależycie.

Konkludując, obowiązek wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia określone warunki udziału w postępowaniu, spoczywa zawsze na podmiocie zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia w tym zakresie. Wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy na skutek braku wymaganej staranności w postaci błędnego sporządzenia oferty, błędnego uzupełnienia dokumentów nie wykazali w dopuszczalnej formie spełniania warunków udziału. Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o domniemania i przypuszczenia. Ze złożonych przez wykonawcę dokumentów powinno niezbicie wynikać, że wykonawca ten spełnia określone przez Zamawiającego warunki. W przypadku istnienia jakichkolwiek wątpliwości, przemawiają one na niekorzyść wykonawcy, ponieważ zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, to na nim spoczywa obowiązek wykazania, że ustalone warunki, również w zakresie wykazania należytego wykonania realizowanych dostaw, spełnia. Ze wszystkich zgromadzonych w postępowaniu dokumentów nie sposób wywieść, że wykonawca Odwołujący udowodnił niezbicie należyte wykonywanie dostaw wskazanych w wykazie załączonym do oferty.

Decyzję Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy Odwołującego uznać należało zatem za prawidłową.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy, ustalono, że:

Wykonawca KenBIT w ofercie przedstawił kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem wykazu sporządzonego i podpisanego przez podmiot udostępniający Mu swój potencjał – firmę Hydroid. Wykaz zawierał 4 pozycje, w tym dostawę dwóch Remus 100 na rzecz Marynarki Wojennej w Belgii, za kwotę 1 223 878 euro, realizowaną w okresie od 05.08.2011 do 06.02.2012 roku. Do wykazu załączono wyciąg z dokumentu przewozowego dostawy oraz artykuł o zakupie pojazdów danego rodzaju przez wymienionego w wykazie Zamawiającego.

W dniu 26 kwietnia 2013 roku wykonawca, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany został do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że wykonawca do oferty nie załączył wykazu, a jedynie przedstawił wykaz realizowanych dostaw przez podmiot, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia. Wykonawca nie przedstawił również, zdaniem Zamawiającego, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

Wykonawca odpowiadając na wezwanie podniósł, że Zamawiający wymagając odpowiedniej wiedzy i doświadczenia dopuścił poleganie na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W ofercie przedstawiono wykaz dostaw zrealizowanych przez firmę Hydroid wraz z pisemnym zobowiązaniem tego podmiotu do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W ramach uzupełnienia wykonawca przedłożył oryginał zobowiązania oraz dokument wraz z tłumaczeniem na język polski potwierdzający należyte wykonanie dostaw. Zaznaczył, że według posiadanej wiedzy, dotychczas żaden polski wykonawca nie dostarczał pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia na potrzeby Sił Zbrojnych NATO. Tym samym potencjalny polski wykonawca zamówienia musi oprzeć się na innym podmiocie, który potrafi udowodnić realizację dostawy w wymaganym zakresie.

W dokumencie mającym potwierdzać należyte wykonanie dostawy, wystawionym przez Belgijskie Biuro Dostaw Wojskowych w dniu 3 maja 2013 roku, wskazano że BMSO zakupiło dwa pojazdy Remus 100 dla prac MCM przez Belgijską Marynarkę Wojenną w końcu 2011 roku. Oba pojazdy zostały dostarczone i są na bieżąco w użytkowaniu. Kontrakt uważa się za zrealizowany.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, uznano iż zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania częściowo zasługiwał na uwzględnienie.

Potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym znalazły zarzuty dotyczące nieprawidłowo sporządzonego w ofercie Przystępującego wykazu dostaw oraz że ze złożonych dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny należyte wykonanie zamówienia.

W pierwszej kolejności zgodzić należy się z Odwołującym, że zgodnie z § 1 ust. 3 Rozporządzenia o dokumentach, wykaz jest oświadczeniem, które w postępowaniu musi złożyć sam wykonawca składający ofertę. Przepisy nie dopuszczają możliwości zastąpienia tego dokumentu dokumentem pochodzącym choćby od podmiotu udostępniającego zasoby. Dokument w postaci oświadczenia wiedzy Wykonawcy w zakresie doświadczenia, czy to zdobytego samodzielnie lub doświadczenia podmiotów udostępniających zasoby jest dokumentem, który Wykonawca był zobowiązany załączyć obligatoryjnie i winno być to osobiste oświadczenie Wykonawcy. Wynika to z faktu, iż to Wykonawca ponosi odpowiedzialność za składane oświadczenia i podawane informacje. Rację ma Odwołujący, iż w przeciwnym wypadku niemożliwe byłoby postawienie Wykonawcy zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji. Odmienne przedstawiałaby się sytuacja, gdy Przystępujący składając wykaz sporządzony przez podmiot trzeci wziął za niego odpowiedzialności i złożył

na dokumencie takim własny podpis, a nie tylko złożył poświadczenie za zgodność z oryginałem.

Opinia UZP, na którą powoływał się Zamawiający nie stoi w sprzeczności z powyższymi twierdzeniami. Odwołujący nie negował możliwości posiłkowania się doświadczeniem (potencjałem) podmiotu trzeciego oraz faktu, że w przypadku korzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wykonawca ma obowiązek wykazać możliwość realnego dysponowania zasobami przy realizacji zamówienia, a Zamawiający może żądać dokumentów odnoszących się do tego podmiotu, ale uprawnienie to dotyczy dokumentów podmiotowych, a nie oświadczeń i dokumentów, do złożenia których zobowiązany jest wykonawca składający ofertę. Wykazywanie bowiem warunków udziału w postępowaniu (również biorąc pod uwagę regulację art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), także w zakresie doświadczenia, odbywa się na podstawie dokumentów wytworzonych przez samego wykonawcę, mających charakter jego oświadczenia na temat rzeczywistości, zawierającego informacje wymagane przez Zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego sporządzenie wykazu przez wykonawcę, w sytuacji gdy podobne zamówienie nie było na potrzeby Sił Zbrojnych NATO w Polsce wykonywane przez polski podmiot, nie stanowiło będzie o poświadczeniu nieprawdy. Przeciwnie jednocześnie ze sporządzanym przez siebie wykazem, wykonawca powinien złożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, na które powołuje się w wykazie.

Co do prawidłowości złożonych referencji, to na wstępie rozważań zauważyć należy, że przedkładane przez wykonawców wraz z ofertą referencje w przypadku dostaw stanowią mają dokument potwierdzający, iż wskazane w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Treść tych dokumentów nie musi powielać informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy, jakim jest wykaz, ale ma być pomocna w ocenie ich wiarygodności. Odmienny jest bowiem cel i znaczenie powyższych dokumentów i odrębne podmioty są ich wystawcą. Referencje są dokumentami abstrakcyjnymi, niezwiązanymi z żadnym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mają jedynie za zadanie potwierdzić należyte wykonanie lub wykonywanie dostaw. Dostrzeżenia wymaga także okoliczność, że z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że wymagane jest użycie zwrotu „należyte wykonanie”. Ponownie powtórzyć należy, że ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (tak wyrok KIO z 19 sierpnia 2009 roku,

sygn. akt KIO/UZP 1016/09). Dokument referencji nie musi wprost zawierać sformułowania „referencje”, ani też stwierdzenia, że określona usługa została wykonana należycie czy też innych sformułowań ocennych wskazujących na zadowalające, satysfakcjonujące wykonanie zadania. W dokumencie referencji nie chodzi bowiem o dosłowne powielenie formuły użytej w treści SIWZ a oddanie celu, jakim jest wykazanie poprawnego i zadowalającego odbiorcą wykonania dostawy. Istotne jest, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania prac, rozumiana nie tylko jako fakt ich wykonania, ale chodzi o wykonanie zgodne z umową, w terminie, w sposób należyty.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż każdorazowo konieczna jest ocena treści przedłożonego dokumentu, a analizie należy poddać użyte w nim słownictwo. Analiza treści dokumentów dotyczących dostaw wykazanych w wykazie dostaw załączonych do oferty Przystępującego, wskazuje, że zasadnicza część dokumentów, które zostały złożone w celu realizacji obowiązku wykazania należytego wykonania dostawy nie pozwala uznać, by potwierdzały one więcej, aniżeli tylko ogólny fakt wykonania odpowiednich dostaw. Zauważyć należy że złożone przez Przystępującego w wyniku uzupełnienia dokumentów „poświadczenie” należytego wykonania umowy nie zawierało wszystkich niezbędnych danych do uznania go za potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Wynikało z niego jaki był zakres dostaw, w jakim czasie dokonano dostawy ale nie znajdowała się tam informacja na temat poprawności realizacji. Za taką informację nie można było uznać stwierdzenia, że kontrakt uważa się za zrealizowany. Fakt dostarczenia określonego asortymentu nie potwierdza jeszcze, że dostawy dokonano w sposób poprawny, terminowy, bez opóźnień, czyli innymi słowy w sposób należyty. Dokument stanowi w istocie zaświadczenie, wskazujące ogólnie na fakt wykonania w przeszłości pewnego zadania, nie pozwala jednak w żaden sposób wywnioskować jakości wykonanych dostaw, w tym czy wykonano je należycie (tak też wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1683/11).

Izba nie znalazła podstaw, które pozwoliłyby uznać, że wykonawca udowodnił należyte wykonanie zamówienia wymienionego w wykazie dostaw jako potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się natomiast zarzut, jakoby wykonawca Przystępujący nie udokumentował spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia w postaci wykonania jednej dostawy autonomicznego pojazdu podwodnego na potrzeby Sił Zbrojnych NATO o zaawansowaniu technicznym nie niższym niż przedmiot zamówienia.

Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił przekonujących dowodów, a zgłoszone wnioski o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego nie mogły zostać uwzględnione z powodu nieprawidłowo sformułowanej tezy dowodowej i nieprzydatności opinii o wnioskowanym zakresie do rozstrzygnięcia sporu. Odpowiedzenie przez biegłego na pytanie „czy stwierdzenie w studium wykonalności, że pojazd Remus 100 spełnia wymogi SIWZ, dotyczy tego pojazdu w wersji podstawowej czy istnieje konieczność dostarczenia dodatkowych modułów? ” byłoby de facto odnoszeniem się do wcześniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i kwestionowaniem opisu przedmiotu zamówienia, co na obecnym etapie jest niedopuszczalne i spóźnione. W tym zakresie nie uwzględniono wniosku Odwołującego o niedopuszczenie jako dowodu studium wykonalności złożonego razem z odpowiedzią na odwołanie, ponieważ dokument ten był znany uczestnikom postępowania, na jego podstawie sporządzono opis przedmiotu zamówienia, który przez żadnego z uczestników w tej części nie był kwestionowany.

Pojazd Remus 100 został ujęty w wykazie pojazdów spełniających wymagania techniczne o stopniu zaawansowania dla pojazdów zamawianych w studium wykonalności, dostawa pojazdów o tym samym typie została wskazana w wykazie dostaw w ofercie Przystępującego, zaś teza prezentowana w odwołaniu, że w ofercie zaoferowano pojazd Remus 100s nie została udowodniona. Przystępujący w toku rozprawy złożył kategoryczne oświadczenie, że w jego ofercie zaproponowano Zamawiającemu pojazd Remus 100, a nie jak twierdzi Odwołujący Remus 100s. Za wiarygodne i potwierdzające tezę, że zaoferowano pojazd Remus 100s nie mogły zostać uznane publikacje ze stron internetowych umieszczone w internetowych wydaniach fachowych periodyków. Nie są podane źródła, z których autorzy czerpali wymienione tam informacje. Abstrahując od okoliczności, czy materiały takie mogą w ogóle stanowić dowód, to przede wszystkim nie są to oficjalne informacje pochodzące choćby z oficjalnej strony internetowej Zamawiającego i udostępniane w trybie informacji publicznej, a jedynie przypuszczenia autorów artykułów, nie potwierdzone przez Zamawiającego lub Przystępującego.

W ocenie składu orzekającego Izby także cena pojazdu wynikająca z wykazu dostaw i cena za oferowany pojazd w postępowaniu nie może być jedynym wyznacznikiem spełniania warunku w zakresie zaawansowania technicznego pojazdu. Z pewnością dopuszczalna jest teza, że cena pojazdu zależy od szczegółowych wymagań każdego z Zamawiających i jego specyficznie określonych potrzeb. Podobnie sytuacja przedstawia się odnośnie wagi pojazdu ujętej w liście przewozowym, z uwagi na fakt, iż wiele czynników wpływa na wagę podawaną w liście przewozowym. Dlatego też udzielenie odpowiedzi na pytanie „czy pojazd wskazany w tym wykazie jako dostarczony na rzecz marynarki wojennej

Belgii o oznaczeniu Remus 100 przy cenie jednostkowej w tym wykazie wskazanej oraz wadze wskazanej w liście przewozowym, oraz wskazanych w kartach katalogowych dołączonych do odwołania oraz innych dokumentów załączonych przez Przystępującego do oferty, mógł spełniać warunki dotyczące zaawansowania technicznego wskazane przez zamawiającego w SIWZ” nie wymaga wiadomości specjalnych i odwoływania się do wiedzy specjalistycznej biegłego, a przede wszystkim taka opinia nie byłaby pomocna do rozstrzygnięcia sporu.

Izba stoi na stanowisku, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności dokonywaną przez Zamawiającego. Warunki udziału winny być określone w sposób jasny i precyzyjny, tak by wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak też później sam Zamawiający, dokonując oceny spełniania tych warunków, mogli ją przeprowadzić i sprawdzić w precyzyjny sposób. Wszystkie zaś niejasności, co do rozumienia i możliwości interpretowania brzmienia warunku udziału, na etapie weryfikowania czy wykonawcy dane warunki spełniają należy tłumaczyć na ich korzyść. W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie składu orzekającego, co także pokazała rozprawa przed Izbą, brzmienie warunku nie było jednoznaczne, a przede wszystkim ocena spełniania warunku była wysoce utrudniona, z uwagi na zakreślony katalog dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie doświadczenia, które jest stanem umiejscowionym w przeszłości, podczas gdy przedmiot wymaganej dostawy jest stanem przyszłym. Mylące i niejednoznaczne było zwłaszcza sformułowanie „o zaawansowaniu technicznym nie niższym od przedmiotu zamówienia”. Odwołujący określił to zrozumiał w sposób dosłowny, iż należy wykazać się dostawą pojazdu takiego samego typu jak oferowany obecnie w postępowaniu, zaś Zamawiający wskazywał, że wystarczające było wykazanie się doświadczeniem w dostawach autonomicznego pojazdu podwodnego na potrzeby Sił Zbrojnych NATO, a stan, do którego odnosiły się zarzuty Odwołującego należałoby nazwać „zaawansowaniem technologicznym”, nie zaś użytym w SIWZ „zaawansowaniem technicznym”.

Zdaniem Izby opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków musi pozostawać proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, odnosić się do podstawowych elementów przedmiotu zamówienia, istotnych z punktu widzenia osiągnięcia celu przedsięwzięcia. Takich wymogów co do zasady nie spełnia wymaganie, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia legitymowali się doświadczeniem i wiedzą tożsamą jak cały przedmiot zamówienia, jak i odnoszącą się do detali zamówienia opisanych przez Zamawiającego, zwłaszcza, że zamówienie jest zamówieniem specyficznym i po raz pierwszy realizowanym w Polsce. Dlatego też w ocenie składu orzekającego Izby

Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przez wskazaną w wykazie dostaw dostawę zrealizowaną na rzecz Belgijskiej Marynarki Wojennej. To rolą Odwołującego jest wykazanie przed Izbą, że inny wykonawca nie zrealizował wykazywanego zamówienia, albo że zrealizowane zamówienie nie obejmuje swoim zakresem określonych elementów wymaganych przez Zamawiającego jako niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Takich argumentów i dowodów Odwołujący nie przedstawił, natomiast ocena dokumentów dokonana przez skład orzekający nie potwierdziła, że jakoby wykonawca KenBIT nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowując, mimo iż nie potwierdził się zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w zakresie niezbędnego doświadczenia, to wykonawca Przystępujący powinien zostać z postępowania wykluczony, jako wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie przedstawienia prawidłowo sporządzonego wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, ustalono, że:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby autonomiczny pojazd podwodny był wyposażony w system nawigacji inercyjnej INS wspomagany DVL lub ADCP zapewniający dokładność lokalizacji pojazdu do 20 m CEP (95%) po godzinie pływania w położeniu podwodnym na stałym kursie z prędkością 1,5 m/s bez wynurzania i bez korekcji pozycji według GPS. Zamawiający dopuszczał możliwość posiadania lepszych parametrów dla systemu zapewniającego dokładność lokalizacji pojazdu do 6 m CEP po godzinie pływania w położeniu podwodnym na stałym kursie z prędkością 1,5 m/s bez wynurzania i bez korekcji pozycji według GPS. Za posiadanie lepszego parametru można było podczas oceny oferty otrzymać 5 punktów. Ocena przyznawania punktów (kryterium „parametry techniczne” 35%) odbywała się na podstawie oświadczeń wykonawców, Zamawiający nie żądał bowiem żadnych dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia.

W ofercie wykonawca Przystępujący w Karcie Oceny Zgodności, w punkcie II.10.4) wskazał, że spełnia parametr podstawowy, natomiast w punkcie 7. wskazał, że oferuje system Keatott T-16.

W dniu 26 kwietnia 2013 roku KenBIT został wezwany do wyjaśnień, ponieważ Zamawiający nie mógł w sposób jednoznaczny stwierdzić jaką dokładność lokalizacji

pojazdu AUV zaoferował wykonawca i jak jest wspomagany system nawigacji inercyjnej INS. Informacje te były konieczne do oceny premiowanego wymagania.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zaznaczył, że w Karcie Oceny Zgodności w punkcie II.10.4) został powtórzony zapis dotyczący parametrów minimalnych, które oferowany system spełnia. Jednocześnie w punkcie 7 tabeli wpisana została nazwa urządzenia, które zostanie zastosowane w oferowanym pojeździe, jako spełniające wymagania premiowane. *„W dokładnym opisie system nawigacji inercyjnej Keatoff T-16 jest wspomagany podwójnym ADCP 1200kHz produkcji firmy Teledyne RD Instruments, zapewniającym pomiary kierunku i prędkości pojazdu oraz pomiary trójwarstwowych wektorów prądów wody pod i nad AUV. Urządzenie zapewnia dokładność lokalizacji pojazdu do 6 m CEP po godzinie pływania w położeniu podwodnym na stałym kursie z prędkością 1,5 m/s bez wyrzucania i korekcji pozycji według GPS.”* (ze złożonych wyjaśnień).

Według Karty Oceny Zgodności masa AUV oferowanego przez Przystępującego wynosi 45 kg.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, uznano iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący nie negował, że oferowane urządzenia spełnia wartości wyznaczone dla parametru obligatoryjnego. Oś sporu stanowi kwestia, czy urządzenie spełnia wartości, które umożliwiałyby otrzymanie dodatkowych punktów podczas oceny oferty. Istotą sporu zaś jest stwierdzenie czy oferta Odwołującego winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna część oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

W ocenie Izby pojazd zaproponowany przez Odwołującego złożoną ofertą jest zgodny z wymogami SIWZ.

Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący podkreślali na rozprawie, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił głębokości, na której spełniany ma być kwestionowany parametr, a karta katalogowa załączona do odwołania wskazuje na parametry typowe, natomiast parametry stosowane w poszczególnych urządzeniach nie są nigdzie publikowane i ustalane są dla konkretnych typów aplikacji. W ulotce podano typowe zasięgi i typowe parametry przy określonych temperaturach. W odwołaniu wskazywano tylko

na jeden parametr 12 metrów, podczas gdy wielkość tego parametru zależna będzie od wymagań Zamawiającego i konkretnej konfiguracji urządzenia. Wziąć należy pod uwagę specyfikę terenu, w której prowadzone będą prace i wykorzystywane będzie urządzenie. Powyższe wyjaśnienia uznano za wystarczające i wyczerpujące treść zarzutu. Rzeczywiście w SIWZ nie dopatrzonego się wskazania głębokości, na której premiowany parametr miał być osiągnięty, a w ulotce podano „typowe zakresy”, co nie wyklucza, że możliwe jest inne skonfigurowanie urządzenia. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że formularz sporządzony na podstawie wytycznych SIWZ, służący do oceny ofert obrazuje tylko niektóre cechy pojazdu wyszczególnione przez Zamawiającego jako ważne. Jednocześnie parametrów wpisanych do formularza nie miały potwierdzać żadne dokumenty przedmiotowe, ponieważ takiego wymagania nie zawarto w zapisach SIWZ. Uznać należało w niniejszym postępowaniu, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie wymagał od wykonawców wykazania w jakikolwiek sposób parametrów oferowanych pojazdów.

Skoro jakiś dokument nie był wymagany, to nie został określony zatem poziom szczegółowości tego dokumentu oraz jakie dane były jego treścią wymagane (a za dokument taki należałoby uznać kartę katalogową przedstawioną przez Odwołującego). Tak więc informacje zawarte w dokumencie o charakterze dodatkowym, informacyjnym, który nie był przez Zamawiającego wymagany, w sytuacji gdzie Przystępujący złożył prawidłowo wypełniony formularz techniczny (jako oświadczenie woli), który podczas oceny ofert nie budził wątpliwości Zamawiającego, a potwierdził dane techniczne oferowanego pojazdu, nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy.

Bezpornie oferowany sprzęt miał spełniać parametry określone w SIWZ ale Zamawiający na potwierdzenie osiągnięcia przez urządzenie tych parametrów nie żądał dokumentów i opierał się podczas oceny ofert na oświadczeniach złożonych przez wykonawcę. Nie można zatem wykroczyć poza kryteria oceny ofert określone SIWZ i poziom szczegółowości składanej oferty. To Zamawiający wyznacza granice oceny ofert i podczas dokonywania czynności oceny nie może ich przekroczyć. Tak więc nieprecyzyjność postawionych zapisami SIWZ wymogów nie może obciążać wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zastosowali się do wymagań SIWZ.

Z tych względów uznano, że oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, co w ostateczności nie decydowało o byciu tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ potwierdziły się zarzuty skutkujące koniecznością wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, która ma wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, powoduje iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 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), uwzględniając wysokość wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości dopuszczonej wymienionym rozporządzeniem, tj. w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: