

WYROK

z dnia 23 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2012 r. przez Stocznnię Remontową "NAUTA" Spółkę Akcyjną w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Portu Wojennego w Świnoujściu

przy udziale Net Marine-Marine Power Service Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Stocznnię Remontową "NAUTA" Spółkę Akcyjną w Gdyni i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Stocznnię Remontową "NAUTA" Spółkę Akcyjną w Gdyni tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Stoczni Remontowej "NAUTA" Spółki Akcyjnej w Gdyni na rzecz Net Marine-Marine Power Service Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie kwotę 4.585 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące pięćset osiemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Portu Wojennego Świnoujście w Świnoujściu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest remont średni i dokowy jednostki Z-8.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 września 2012 r., pod numerem 2012/S 183-300911.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

31 października 2010 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez NET MARINE Marine Power Service Sp. z o.o. w Szczecinie oraz o wykluczeniu Stoczni Remontowej „NAUTA” S.A. w Gdyni na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Wskazał, że Stocznia nie spełniła warunków udziału w postępowaniu przez nie dołączenie do oferty i nie uzupełnienie na wezwanie dokumentów wymaganych zgodnie z rozdziałem VI pkt 1 ppkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „specyfikacja”, tj. uprawnień wydanych przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego do naprawy urządzeń technicznych podlegających przepisom Dozoru Technicznego lub ich elementów. Zamawiający stwierdził, że przesłane dokumenty nie uprawniają Stoczni do naprawy urządzeń technicznych podlegających przepisom Dozoru Technicznego lub ich elementów, gdyż wystawione zostały na podmioty nie biorące udziału w postępowaniu, a art. 26 ust. 2b ustawy nie przewiduje, aby wykonawca mógł polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego do prowadzenia określonej działalności.

Zamawiający oświadczył, że oferta wybrana spełnia wszystkie wymagania specyfikacji oraz ustawy.

Wykluczony wykonawca wniósł odwołanie 9 listopada 2012r. z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez nieuzasadnione uznanie, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji złożenia przez odwołującego wskazanego w ogłoszeniu dokumentu potwierdzającego warunki udziału w postępowaniu (warunek uprawnień),

tj. dokumentu koncesji oraz w sytuacji braku podstaw do żądania uprawnień wydanych przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego, dalej jako: „Szef WDT” do naprawy urządzeń technicznych podlegających przepisom Dozoru Technicznego lub ich elementów jako dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

- art. 25 ust. 1 i 2 ustawy i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. (Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej jako: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”, przez wprowadzenie w treści specyfikacji i wymaganie jako dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dokumentów nie dopuszczonych przepisami ustawy i rozporządzenia, a także nie określenie warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, które odnosiły by się do wymagania przedstawienia uprawnień wydanych przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego;
- art. 22 ust. 1, 3 i 4 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy przez nie określenie w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym specyfikacji, konkretnych warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i faktyczny brak dokonania opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia;
- art. 91 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty spółki NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o. w Szczecinie jako oferty najkorzystniejszej;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nieodrzućenie oferty NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o., mimo jej niezgodności z treścią specyfikacji;
- art. 38 ust. 1 ustawy oraz Rozdziału VIII pkt 1 specyfikacji, a przez to również art. 7 ust. 1 ustawy, które miało istotny wpływ na przebieg postępowania, a polegało na nie udzieleniu odpowiedzi na pisemny wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji złożony przez odwołującego odnoszący się do dopuszczenia uprawnień Urzędu Dozoru Technicznego do napraw urządzeń technicznych podlegających przepisom dozoru technicznego lub ich elementów, pomimo złożenia zapytania w terminie wskazanym w specyfikacji.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wykluczenia odwołującego, odrzucenia jego oferty i uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców, z uwzględnieniem oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o. i dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty odwołującego. Jednocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków – T.....

P..... i M..... R..... - pracowników odwołującego odpowiedzialnych za przygotowanie oferty, w zakresie okoliczności i twierdzeń objętych odwołaniem, w szczególności w zakresie podnoszonych przez odwołującego zastrzeżeń do oferty NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o., składania przez odwołującego wniosków o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji oraz braku odpowiedzi na nie oraz z akt postępowania dotyczących przetargu na: "Remont średni i dokowy.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że posiadanie uprawnień wydanych przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego nie było wskazaniem przez zamawiającego warunkiem podmiotowym, zaś dokument posiadania takich uprawnień nie był wskazany w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków. Wywiódł, że w treści ogłoszeń o zamówieniu oraz w specyfikacji (rozdział IV) jako dokumenty potwierdzające warunki udziału w postępowaniu wskazano jedynie koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania lub obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym oraz wykaz wykonanych usług. Podniósł, że nie wiadomo, jaki charakter miał wykaz innych dokumentów objętych rozdziałem VI, wśród których znajdują się zarówno elementy oferty oraz certyfikat wdrożonego systemu zarządzania oraz uprawnienia wydane przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego do naprawy urządzeń technicznych podlegających przepisom Dozoru Technicznego lub ich elementów.

Powołując się na treść art. 22 ust. 3 Pzp odwołujący ocenił, że uprawnienia wydane przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego do naprawy urządzeń technicznych podlegających przepisom Dozoru Technicznego lub ich elementów, nie były dokumentem wskazanym w postępowaniu jako dokument potwierdzający spełnianie warunków, gdyż nie widniały w ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast z odpowiedzi na pytanie nr 2 do specyfikacji, w której zamawiający dopuścił przedstawienie świadectwa uznania podwykonawcy wywiódł, że dokument „uprawnień” jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego i może dotyczyć podwykonawcy, albo – jest on niezastrzeżony z uwagi na brak wskazania w ogłoszeniu i wykazie dokumentów potwierdzających warunki.

Odwołujący zarzucił, że sposób sformułowania opisu spornego dokumentu nie precyzuje, o jaki dokument chodzi i jakich urządzeń miałby on dotyczyć, zaś żądane uprawnienia nie mieszczą się w katalogu dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którym w zakresie wykazania posiadania uprawnień zamawiający może żądać jedynie koncesji, zezwolenia lub licencji. W takiej sytuacji zamawiający nie może obciążać wykonawców negatywnymi konsekwencjami w postaci wykluczenia ich z postępowania bądź odrzucenia oferty.

Uzasadniając zarzut odrzucenia oferty NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o. odwołujący wskazał, że spółka powinna prowadzić prace objęte przedmiotem

zamówienia na terenie swojej siedziby w Szczecinie, terenie portów Wojennego Świnoujście albo Gdynia albo Stoczni Marynarki Wojennej w Gdyni - zgodnie z treścią posiadanej koncesji wydanej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji i oświadczeniem złożonym w toku postępowania przetargowego. Zarzucił, że z oświadczeń o udostępnieniu zasobów złożonych przez NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o., remont jednostki Z-8, w tym jego istotna część dokowa będzie musiała być przeprowadzona na terenie Stoczni Gryfia w Szczecinie lub spółki Alcor w Gdańsku, działającej na terenach Stoczni Gdańskiej. Zarzucił, że skutkiem tego winno być odrzucenie oferty NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Na wypadek uznania, że dokument „uprawnień” był wymagany skutecznie jako dokument potwierdzający spełnianie warunków odwołujący podniósł, że decyzje Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego złożone przez NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o. nie pokrywają się z zakresem całości prac na jednostce Z-8 objętej przedmiotem zamówienia, a wykonawca ten nie posiada uprawnień na urządzenie przeładunkowe bomowe. Odwołujący ocenił, że urządzenie przeładunkowe bomowe jest urządzeniem innym niż żuraw stacjonarny.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający określił w rozdziale VIII pkt 1 specyfikacji, iż jest obowiązany udzielić wyjaśnień treści specyfikacji niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, a nie udzielił wyjaśnień na wniosek złożony na 14 dni przed upływem terminu składania ofert. Podkreślił szczególnie istotny charakter tego naruszenia, gdyż odwołujący po otrzymaniu niezwłocznej odpowiedzi zamawiającego mógłby przykładowo rozszerzyć w swojej ofercie skład podmiotowy o konsorcjanta, który posiadałby wymagane przez zamawiającego uprawnienia Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego (niezależnie od faktu, iż Odwołujący kwestionuje jak powyżej zasadność i prawidłowość ich wprowadzenia do specyfikacji).

Wykonawca NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Wobec sprzeciwu zgłoszonego przez przystępującego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Odwołujący cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną, ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący na rozprawie wniósł o unieważnienie postępowania powołując m.in., że wbrew wymaganiu zawartemu w art. 22 ust. 3 Pzp ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie zawiera opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień nadanych przez Szefa WDT i nie wymienia tego dokumentu, wskazanego w specyfikacji oraz ogłoszeniu zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Przepisy ustawy wiążą Izbę w ten sposób, że pozwalają wyłącznie na badanie, czy podnoszone przez wykonawcę konkretne działanie (czynność zamawiającego) lub zaniechanie czynności pozostają w zgodzie z przepisami ustawy wobec wskazanych okoliczności faktycznych i prawnych. Co do zakresu przedmiotowego podlegającego rozpoznaniu przez Izbę przepisy wyłączają działanie Izby z urzędu. Zakres rozpoznania odwołania zależy wyłącznie od dyspozytywnej decyzji odwołującego wyrażonej w zarzutach odwołania.

Odwołanie kwestionowało czynności wykluczenia odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem to zamawiający winien ocenić, czy różnica w treści ogłoszeń o zamówieniu oraz treści specyfikacji pozwala na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie podlegać unieważnieniu. Zamawiający winien uwzględnić, że zgodnie z art. 40 ust. 6 pkt 2 Pzp ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w siedzibie lub na stronie internetowej zamawiającego nie powinno zawierać innych informacji, niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Informacje zamieszczone w Dzienniku Urzędowym mogą mieć wpływ na krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamówienia, którego zamierza udzielić zamawiający adresowane jest bowiem nie na rynek krajowy, lecz unijny.

Izba oceniła czynności i zaniechania wskazane w odwołaniu wykluczenia odwołującego i w granicach wynikających z art. 192 ust. 7 Pzp uznała, że odpowiadają one prawu.

W postanowieniu rozdziału X specyfikacji zamawiający dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu przez powielenie treści art. 22 ust. 1 Pzp oraz wskazał, że dokonał oceny ich spełniania na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów. Katalog dokumentów wymienionych w treści ogłoszeń oraz specyfikacji jako służące potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu obejmuje:

- koncesje na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania lub obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym w pozycji załącznika nr 1 „Rodzaje broni i amunicji - BA” poz. 1 działa (haubice, moździerze, haubicoarmaty), broń przeciwpancerna, wyrzutnie pocisków, wojskowe miotacze ognia, zespół bojowy wyrzutni ładunków wydłużony, załącznika nr 2 WT IV pkt.I, WT XIV pkt. 1 - „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 którym wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001 r. nr 145, poz. 1625 z późn. zm.); Miejsce wykonywania działalności wskazane w Koncesji na wytwarzanie lub obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na wybrzeżu polskim;

-wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, 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 usługi zostały wykonane należycie. W/w wykaz musi zawierać co najmniej jedną usługę o wartości minimum 5.000.000,00 zł - pięć milionów (wg wzoru, stanowiącego załącznik nr 11 do niniejszej SIWZ).

W rozdziale X ust. 4 zamawiający wymienił inne dokumenty, których złożenia wymaga od wykonawców, wśród nich Formularz ofertowy, zestawienie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, certyfikat wdrożonego systemu zarządzania oraz uprawnienia wydane przez Szefa WDT do naprawy urządzeń technicznych podlegających przepisom Dozoru Technicznego lub ich elementów (lit. c.)

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą uprawnień Szefa WDT a na wezwanie zamawiającego do ich złożenia przesłane pismem nr 4092/SZP/2012 z dnia 29.10.2012 r. złożył dokumenty uprawnień pochodzące od podwykonawców.

Ustawa nakazuje, aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne i związane z przedmiotem zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp) oraz wymaga, by czynności podejmowane

przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem również sformułowanie warunków stawianych wykonawcom i katalogu oświadczeń i dokumentów służących ich wykazaniu, następowały z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Dostrzeżenia wymaga jednak, że jakkolwiek przepisy ustawy nakazują zamawiającemu dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny ich spełniania, to nie udzielają zamawiającemu żadnych dyrektyw sposobu postępowania w tym zakresie – to jest nie wskazuje techniki redagowania postanowień dokumentów.

Zamawiający może zatem bądź skonkretyzować wymagania stawiane wykonawcom już w samym opisie warunku albo powielając w zakresie opisu blankietową regulację art. 22 ust. 1 Pzp dokonać konkretyzacji swoich wymagań przez szczegółową charakterystykę oświadczeń i dokumentów, których złożenia oczekuje od wykonawców.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego i uznała, że zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby posiadali uprawnienia nadane przez Szefa WDT. Wymaganie to zostało wyrażone w postanowieniu rozdziału IV ust. 1 lit pkt 4 specyfikacji.

Upewnienia Szefa WDT zgodnie z art. 7 i 50 ustawy z dnia 21 grudnia 2000r. o dozorcze technicznym (Dz. U. Nr 122, poz. 1321 ze zm.) nadawane są w w formie decyzji administracyjnej po spełnieniu wymagań opisanych ustawie o dozorcze technicznym. Stanowią one zezwolenie, w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Sposób redakcji przez zamawiającego postanowień specyfikacji daleki jest od staranności, co jednak nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Należy bowiem pamiętać, że charakter oświadczeń i dokumentów wskazanych przez zamawiającego w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji wynika z określonej przepisami ich natury prawnej, nie zaś z woli zamawiającego.

Oferta, oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu z lub potwierdzające zgodność oferowanych usług, dostaw lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego to odrębne kategorie prawne. Ich ocena podlega odrębnym regulacjom ustawy.

Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu stosownie do art. 44 Pzp wykonawcy składają wraz z ofertą. Brak ich w ofercie powoduje konieczność wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Jeśli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów albo oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzą spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, zamawiający dokonuje wykluczenia.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą uprawnień Szefa WDT, zatem zamawiający prawidłowo wezwał do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z ustawą dokonał też wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż na gruncie obowiązującego stanu prawnego powołanie się na uprawnienia podmiotu trzeciego jest niedopuszczalne (podobnie: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2012r., sygn. akt KIO 1056/10).

Darmo odwołujący podnosi zarzuty wobec sposobu, w jaki zamawiający dokonał opisu swoich wymagań. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 1, 3 - 4 i art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy jest spóźniony.

Wskazać należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem o charakterze sformalizowanym, w którym doniosłe znaczenie ma element czasu. Mając zatem na celu sprawne udzielenie zamówienia ustawa pozwala na kwestionowanie czynności zamawiającego jedynie w określonych terminach i ściśle określa początek ich biegu. Wykonawcy zatem, o ile działają z należytą starannością, winni kontestować czynności i zaniechania zamawiającego składając środki ochrony prawnej stosownie do etapu postępowania. Terminy w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają charakter zawity i nie podlegają przywróceniu. W konsekwencji, o ile wykonawca nie składa środków ochrony prawnej wobec postanowień specyfikacji w 10-dniowym terminie liczonym stosownie do art. 182 ust. 2 Pzp, to postanowienia te wiążą strony. Niedopuszczalne jest zatem kwestionowanie wymagań zamawiającego opisanych w specyfikacji na etapie oceny wykluczenia.

Spóźniony jest również zarzut naruszenia art. 38 ust. 1 Pzp.

Rozdziale VIII pkt 1 SIWZ wskazał, że Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący - spółka Stocznia Remontowa „NAUTA” S.A. z siedzibą w Gdyni przedstawiony powyżej wniosek wyjaśnienie treści SIWZ złożyła w dniu 15 października 2012 r., a więc na 14 dni przed upływem terminu składania ofert (termin składania ofert został określony na 29 października 2012 r.).

Izba wyraża pogląd, że zamawiający jest uprawniony do tego, aby w postanowieniach specyfikacji ustalić względniejszy dla wykonawców termin, w którym udzieli odpowiedzi na wniosek w sprawie wyjaśnienia treści specyfikacji. Zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do

zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Przywołany przepis określa obowiązek zamawiającego udzielenia odpowiedzi, po upływie terminu ustawowego zamawiający może udzielić wyjaśnień, lecz nie jest do tego zobowiązany. Skoro zatem z art. 38 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający może udzielić odpowiedzi na pytanie zadane po upływie określonego terminu, to tym bardziej może zobowiązać się wobec wykonawców do udzielenia takiej odpowiedzi.

Izba uznała, że z treści specyfikacji wynika taka deklaracja zamawiającego. O ile bowiem samo sformułowanie ust.1 mogło budzić wątpliwości, o tyle wyjaśniało je postanowienie ust. 2 odwołujące się do 6 dniowego terminu w zakresie zadania pytania.

Tym samym zamawiający zobowiązany był do udzielenia odpowiedzi na pytanie odwołującego, czego nie uczynił. Jednak termin na kwestionowanie tego zaniechania zamawiającego już upłynął.

Oferta przystępującego NET MARINE Marine Power Service Spółka z o.o. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wraz z ofertą przystępujący złożył wymaganą koncesję oraz zmieniające je decyzje, w tym decyzję 5 w której wskazano miejsce wykonywania działalności koncesjonowanej.

Działalność koncesjonowana w ramach usług remontowych jednostek pływających marynarki wojennej wykonywana jest, zgodnie z obowiązującymi przepisami, na terenie: Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, Portu Wojennego Gdynia, Portu Wojennego – Świnoujście oraz na terenie magazynów polowych przygotowanych do przechowywania 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.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenie z 24.10.2012 r. o treści „Oświadczam, że dysponujemy urządzeniem umożliwiającym zadokowanie lub wyslipowanie jednostki pływającej z aktualnym świadectwem właściwej instytucji stwierdzającym dopuszczenie urządzenia do eksploatacji. Ponadto oświadczam, że miejscem remontu jednostki pływającej będzie miejsce wskazane w koncesji MSWiA”.

Wraz z ofertą przystępujący złożył wykaz podwykonawców i zakres realizowanych przez nich prac w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w tym Stocznia Remontowa GRYFIA w Szczecinie - dokowanie jednostki oraz prace dokowe oraz ALKOR Sp. z o.o., w Gdańsku dokowanie jednostki oraz prace dokowe.

Złożona przez przystępującego decyzja nr 445-01/WDT/UCB/10 Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego z 26 sierpnia 2010 r. uprawnia do naprawy i modernizacji stałych

zbiorników, zbiorników do magazynowania materiałów niebezpiecznych, zbiorników do przewozu materiałów niebezpiecznych, rurociągów przesyłowych i technologicznych oraz polowych rurociągów do transportu paliw płynnych przeznaczonych dla Sił Zbrojnych RP. Natomiast decyzja nr 440-02/WDT/UCB/10 Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego z dnia 3 grudnia 2010 r. uprawniająca Wykonawcę do naprawy i modernizacji żurawi stacjonarnych, wciągarek i wciągników.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy.

Wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała za wiarygodne twierdzenie przystępującego, że zgodnie z decyzją nr 5 magazyny polowe mogą być miejscem prowadzenia działalności koncesjonowanej.

Z tych samych względów Izba uznała również, że uprawnienia nadane przystępującemu przez Szefa WDT są wystarczające do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika przystępującego – odpowiednio koszty dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenia, zgodnie z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: