

Sygn. akt: KIO 2832/20

.....

**WYROK**  
z dnia 9 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez Odwołującego – **Uudenkaupungin Työväne Oy**, Telakkatie 8 FIN-23500, Uusikaupunki (Finlandia)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego** ul. Jana Pawła II nr 1, 76-200 Słupsk

przy udziale

Wykonawcy – „**Euro-Industry**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Plac Rodła 8, 70-419 Szczecin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

**2** Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego - Uudenkaupungin Työväne Oy i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Uudenkaupungin Työväne Oy tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego - Uudenkaupungin Työväne Oy na rzecz Zamawiającego – Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego kwotę 3.750,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2832/20

**Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego w Słupsku na *zaprojektowanie, wykonanie, dostawę dwóch statków inspekcyjno-kontrolnych* (nr postępowania: 1/2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 15.04.2020r., 2020/S 074-175926, wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (Euro-Industry Sp. z o.o.), Wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy (Finlandia) wniósł w dniu 30 października 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2832/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie oceny spełniania przez wykonawcę Euro-Industry sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1a Pzp;
2. dokonanie wbrew art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a jego oferta zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp powinna zostać uznana za odrzuconą;
3. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Euro-Industry sp. z o.o. w warunkach art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, to jest mimo zamierzonego wprowadzania Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co miało wpływ na wynik postępowania;
4. dokonanie wyboru oferty, co do której wskutek wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 Pzp oraz przedłożonej kalkulacji ceny oczywistym jest, że istotne części składowe ceny oraz niektóre koszty zostały wycenione dalece poniżej realiów rynkowych, wobec czego jego oferta podlega odrzuceniu również na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Euro-Industry sp. z o.o., dokonanie weryfikacji podmiotowej oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji, względnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 20.10.2020r.

Uzasadnienie zarzutów.

W odniesieniu do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, po zmianach siwz, wymagane ostatecznie było wykazanie wykonania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie dostawę lub dostawy co najmniej 2 (dwóch) statków, każdy statek o wartości brutto minimum 6 000 000 zł.

Zamawiający zdefiniował pojęcie statek, jako statek w znaczeniu określonym w art. 5 pkt 1 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie morskim (Dz. U. 2019.1452) o długości całkowitej minimum 15 metrów oraz przeznaczeniu pływania przy stanie morza co najmniej 5 i sile wiatru co najmniej do 7°B.

Przedmiotem zamówienia jest tak zwany mały statek morski, czyli statek o długości od 15 do 24 m, który zgodnie z przepisami Polskiego Rejestru Statków ma uzyskać klasę RPS SA,\*m KM I Lm2. Jednostki o długości poniżej 15 m nie spełniają tej klasy, są budowane zgodnie z innymi przepisami, stosuje się do nich inne wymagania techniczne oraz inne

wymagania co do uprawnień załogi.

W konsekwencji wymóg siwz (pkt 7.2.3.1) należy odczytywać, jako konieczność wylegitymowania się co najmniej 2 dostawami statków tej samej klasy, co statki będące przedmiotem zamówienia, lub wyższej. Obniżając wymóg co do długości i wartości statku referencyjnego Zamawiający maksymalnie poszerzył krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu, ale zrobił to adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Wykazanie się dostawami statków o długości poniżej 15m, budowanych zgodnie z łagodniejszymi wymogami nie oznacza, że dany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Wykonawca Euro-Industry sp. z o.o. wykazał się dostawą czterech katamaranów podając długość każdego z nich „wymiary całkowite 15mx9m”. Wykonawca oświadczył też o przeznaczeniu tych statków do pływania przy stanie morza co najmniej 5 i sile wiatru co najmniej do 7°B.

Ponieważ wszystkie katamarany oparte są na konstrukcji katamaranu Reodor, ich długość jest taka sama i wynosi 14,95 m (zgodnie z wpisem w Norweskim Międzynarodowym Rejestrze Statków), co zaowocowało wezwaniem Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 21.09.2020r.

W odpowiedzi Wykonawca potwierdził, że całkowita długość katamaranu z poz. 1 wykazu wynosi 15,083m, zaś katamarany Reodor i Blodstupmoen mają 15,037m w rozumieniu ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie morskim (Dz.U.2020.680). Wyjaśnił, iż nie należy polegać na danych w rejestrze statków i przedstawił własne rysunki obrazujące długość statków, jako rozstrzygające. Wskazał, że długość 14,95m podana w rejestrze dla statku Reodor jest zapewne długością rejestrową, a nie długością w rozumieniu ustawy z 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie morskim.

Ustawa ta zawiera w art. 5 dwie definicje ważne z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu, tj.

1) **statku** – należy przez to rozumieć urządzenie pływające używane w środowisku morskim, w tym również: wodoloty, poduszkiowce, statki podwodne i ruchome platformy wiertnicze, chyba że powołane w ustawie umowy międzynarodowe stanowią inaczej;

10a) **długości statku** – należy przez to rozumieć 96% całkowitej długości kadłuba mierzonej w płaszczyźnie wodnicy równoległej do płaszczyzny podstawowej na wysokości równej 85% wysokości bocznej lub długość mierzoną od przedniej krawędzi dziobnicy do osi trzonu sterowego w płaszczyźnie tej wodnicy, jeżeli długość ta jest większa.

Definicja długości statku jest zgodna z definicjami zawartymi w międzynarodowych aktach prawnych powołanych przez Zamawiającego, tj. międzynarodowej konwencji o liniach ładunkowych, międzynarodowej konwencji o pomiarze pojemności statków z 1969 r., międzynarodowej konwencji w sprawie kontroli szkodliwych systemów przeciwporostowych na statkach.

W każdym przypadku wskazana na rysunku długość mierzona według reguł wynikających z przywołanych przepisów jest krótsza niż 15m. Ponadto, konstrukcja katamaranów jest inna, niż statków jednokadłubowych objętych postępowaniem i już z tego powodu nieadekwatna dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Przyjmując rysunki jako źródło wiedzy o parametrach katamaranu Zamawiający oparł decyzję na niewiarygodnych i nie mających żadnej mocy dokumentach. Dane zawarte w rejestrach statków są danymi prawdziwymi. Po drugie długość statku 15 m jest wartością graniczną oddzielającą statki jednej klasy, wobec których istnieją łagodniejsze wymogi rejestracyjne i których załoga może legitymować się niższymi uprawnieniami.

Zgodnie z art. 43 Kodeksu morskiego każdy statek może być poddany pomiarowi na wniosek właściciela, armatora lub kapitana. Wpis do rejestru okrętowego danych o pojemności i wymiarach rejestrowych statku następuje wyłącznie na podstawie świadectwa pomiarowego wydanego przez polski organ pomiarowy bądź między narodowego świadectwa. Pomiar statku polega na ustaleniu jego wymiarów głównych (rejestrowych) – art. 40 § 1 Kodeksu morskiego.

Zamawiający sam ustalił długość rejestrową statku Reodor na 14,95m. Ogólnodostępne dane pozostałych statków wskazują na długość 14,9m (statek Hafnarnes – islandzki rejestr), z rysunku Euro-Industry sp. z o.o. wynika zaś, że elementem statku wystającym poza wymiar 14,9 m jest drabina rufowa wpuszczona w pawęż, niemająca znaczenia dla określenia długości statku. Wykonawca wielokrotnie w wyjaśnieniach wskazywał, iż wszystkie dostarczone katamarany zrealizowane zostały na bazie tego samego projektu, wobec czego są jednostkami „siostrzanymi” i mają tą samą długość poniżej 15 m.

W odniesieniu do wysokości ceny Odwołujący wskazał, iż Euro-Industry sp. z o.o. zaoferoowało znacząco niższą cenę od pozostałych ofert w postępowaniu, a złożone na wezwanie wyjaśnienia były poparte w części ofertami podwykonawców na dostawy katamaranów konstruowanych według wymogów dla klasyfikacji właściwej statkom o długości do 15m. Założenia te są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia ponieważ dostawa statku klasyfikowanego jako mały statek (15m-24m) wiąże się z koniecznością poniesienia większych kosztów, chociażby w zakresie sporządzenia dokumentacji projektowej, kosztu klasyfikacji, wyposażenia i materiału. Odwołujący jako podmiot specjalizujący się w dostawie jednostek o wielkości i klasie zgodnych z przedmiotem zamówienia, jednoznacznie ocenia, że w ramach zaofierowanej ceny nie da się zrealizować dostawy statków będących przedmiotem zamówienia. Zaniżenie kalkulacji wynika z błędnych założeń przyjętych dla obliczenia ceny i jest konsekwencją braku doświadczenia przy budowie podobnych jednostek, czyli w konsekwencji brakiem rękojmi dla należytego wykonania tego zamówienia.

Powyższe wskazuje, że Wykonawca zmierzonym działaniem wprowadził Zamawiającego w błąd co do rzekomego posiadania doświadczenia zgodnego z warunkiem udziału w postępowaniu. Dane, dokumenty i wyjaśnienia w sposób celowy pomijają fakt, że statki zbudowane w celu uniknięcia obciążeń administracyjnych i kosztów ponoszonych przy budowie statków o klasie, jaka jest objęta zamówieniem, nie korespondują rodzajowo z przedmiotem zamówienia i nie spełniają wymogu w zakresie zdatności do żeglugi po morzu w określonych przez Zamawiającego warunkach minimalnych: przy stanie morza co najmniej 5 sile wiatru co najmniej do 7°B.

Wybór oferty Euro-Industry sp. z o.o. prowadzi do stanu, w którym zamówienie zostanie powierzone wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Gdyby zatem przyjąć, że statki zawarte w wykazie potwierdzają warunek udziału w postępowaniu, prowadziłoby to do nieusuwalnej wady postępowania polegającej na zastosowaniu warunku udziału w postępowaniu nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i prowadzącego do ustalenia nieadekwatnego kręgu potencjalnych wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający nie zgadza się z Odwołującym, iż na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy przyjąć definicję długości statku z art. 5 pkt 10a ustawy o bezpieczeństwie morskim. Ponieważ Zamawiający nie odwołał się do ww. przepisu w odniesieniu do oceny długości statku, nie ma on zastosowania. Zamawiający uważał, iż warunek odnosi się do długości całkowitej, którego to pojęcia ustawa nie definiuje. Za długość całkowitą należy uznawać poziomą odległość pomiędzy najbardziej wysuniętymi do dziobu i rufy stałymi punktami kadłuba, mierzoną w płaszczyźnie symetrii pomiędzy prostymi prostopadłymi do wodnicy konstrukcyjnej statku.

Bezpodstawne są również pozostałe zarzuty.

Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia w zakresie ceny wraz z dowodami potwierdzają możliwość realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami w warunkach, jakie posiada Wykonawca, a dotyczących miejsca, w którym produkowane będą statki, wyposażenia zaplecza techniczno-produkcyjnego.

Nie ma podstaw do uznania, iż informacje dotyczące warunku udziału w postępowaniu mogą prowadzić do stwierdzenia wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy. Ocena tych informacji należy do kwestii stricte interpretacyjnych postawionego warunku.

Nie ma również podstaw do stwierdzenia wady postępowania prowadzącej do jego unieważnienia. Wybrany wykonawca ma odpowiednie doświadczenie, co wykazał spełniając warunek udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego warunek postawiony w pkt 7.2.3.1 siwz jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, a różnica zdań Odwołującego i Zamawiającego w istocie odnosi się do 0,004% długości statku, co w żaden sposób nie powoduje zachwiania wskazanej zasady proporcjonalności tego warunku.

W dniu 5.11.2020r., w terminie ustawowym do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Euro-Industry sp. z o.o. Przystępujący przedstawił stanowisko w piśmie z dnia 3.12.2020r. Odnosił się do definicji „długości całkowitej statku”, użytej w opisie warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ w języku branżowym występują różne kategorie długości – długość całkowita, długość rejestrowa (zwana też konstrukcyjną lub klasyfikacyjną), długość pomiędzy pionami, długość podziałowa, długość obliczeniowa, a Zamawiający powołał się na „długość całkowitą”, to decyzję tą należy ocenić jako w pełni świadomą. Zgodnie z pkt 1.3.3 załącznika nr I do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004r. w sprawie pomiaru statków (z. U. 2004.119.1248) długość całkowita jest *to odległość od przedniej powierzchni najbardziej do przodu wysuniętej części stałej konstrukcji statku do tylnej powierzchni najbardziej do tyłu wysuniętej stałej części konstrukcji statku, mierzona w płaszczyźnie równoległej do wodnicy konstrukcyjnej*. Zasady pomiaru zawarte w rozporządzeniu mają zastosowanie do statków o długości mniejszej niż 24m, co odnosi się do długości statków objętych przedmiotem zamówienia. Przywołana przez Odwołującego Międzynarodowa Konwencja z 1969 r. nie ma zastosowania do statków o długości mniejszej od 24m. Ustawa o bezpieczeństwie morskim w art. 5 pkt 10a) i inne akty prawne, na które powołuje się Odwołujący definiuje długość rejestrową jako część długości całkowitej statku, tj. 96% całkowitej długości kadłuba. Powyższe wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy długością wskazaną w wykazie dostaw a długością rejestrową (klasyfikacyjną) ujawnioną w różnych rejestrach dostępnych w internecie. Przystępujący wskazał na publikacje branżowe, w których odnosi się do długości całkowitej statku, jako pojęcia ogólnie stosowanego w budownictwie statków.

Na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny (naruszenia art. 90 ust. 3).

### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Sytuacja Odwołującego wymaga podjęcia kroków prawnych w celu uchylecia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji uniemożliwiającej uzyskanie zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną podtrzymanych zarzutów, tj. badaniem i oceną oferty Euro-Industry Sp. z o.o., Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch fabrycznie nowych (bez cech używalności) statków o długości do 26 m wraz z kompletnym i niezbędnym wyposażeniem z punktu widzenia celu i przeznaczenia przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalił ostateczną treść siwz i ogłoszenia wymagając spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanej, jako wykonanie w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie dostawę lub dostawy co najmniej 2 (dwóch) statków, każdy statek o wartości brutto minimum 6 000 000 zł (słownie: sześć milionów zł 00/100). Przez statek dla spełnienia warunku Zamawiający rozumiał statek w znaczeniu określonym w art. 5 pkt 1 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie morskim (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1452), o długości całkowitej minimum 15 metrów oraz przeznaczeniu pływania przy stanie morza co najmniej 5 i sile wiatru co najmniej do 7<sup>o</sup>B (pkt 7.2.3.1 siwz).

Zamawiający stosował procedurę odwróconą, w której do złożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, wezwany zostaje wyłącznie wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej (pkt 9.6 siwz).

Zamawiający wezwał Euro-Industry Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów, o których mowa w pkt 9.7 i 9.8 siwz, w tym wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi czy dostawy zostały wykonane należycie.

Wykonawca przedłożył wykaz dostaw (załącznik nr 4) uwzględniający cztery pozycje dostawy statków roboczych typu katamaran, w tym trzy o wartości powyżej 6 mln zł, tj. statek CKAT5 (wymiaru całkowite 15m x 9 m); „REODOR” (wymiaru całkowite 15m x 9m); „BLODSTRUPMOEN” (wymiaru całkowite 15 m x 9 m). Pierwszy ze statków dostarczony został do odbiorcy w Rosji, a dwa pozostałe do Norwegii. W wykazie zaznaczono w odniesieniu do trzech statków na ich siostrzaną konstrukcję. Wraz z wykazem wykonawca przedstawił dokumenty mające potwierdzać parametry techniczne statków, w tym ich długość - 15 m. (raport 20005-R1659 dla statku „CKAT5”; świadectwa producenta dla statków

„REODOR” oraz „BLODSTRUPMOEN”).

Na rozprawie Odwołujący przedłożył wyciągi z rejestru norweskiego dotyczące statków „REODOR” oraz „BLODSTRUPMOEN” wraz z świadectwami producenta wskazującymi na długość całkowitą 14,95 m obu statków. z uwagi na siostrzaną konstrukcję trzech statków wskazanych w wykazie, złożone dowody mają wskazywać na brak spełnienia parametru granicznego dla referencyjnych dostaw w części związanej z długością całkowitą minimum 15m. Dodatkowo odwołujący przedłożył materiał reklamowy dla typoszeregu statku Cat 50 S prezentujący dane dotyczące długości, jako 14,99 m x 9m.

**Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie w całości w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego.**

Na wstępie należy zauważyć, iż Odwołujący opierał zarzuty kierowane wobec czynności oceny oferty wybranej na wykładni zapisu siwz, dotyczącego referencyjnej dostawy statku o długości całkowitej minimum 15 metrów. W oparciu o przeznaczenie statków, ich klasę i bezpieczeństwo, Odwołujący wnioskował, iż weryfikacja zdolności technicznych lub zawodowych wykonawców mogła być prowadzona wyłącznie w odniesieniu do statków, które rejestrowane są jako łodzie powyżej 15 metrów długości. Przedłożone na rozprawie dowody (wyciągi z rejestrów wraz ze świadectwami producenta) odnosiły się do danych zamieszczonych w rejestrze norweskim. W sprawie nie było natomiast sporne, iż na terenie poszczególnych krajów mogą obowiązywać odmienne zasady dotyczące obliczania długości statków na cele rejestrowe. Odwołujący wskazał w wypowiedzi ustnej, iż *W jego ocenie nie ma różnych definicji długości całkowitej, mogą natomiast występować różnice przy określaniu długości rejestrowej w różnych krajach.*

Zamawiający oraz Przystępujący wskazywali na definicję długości całkowitej statków morskich z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie pomiaru statków morskich (Dz. U. 2004.119.1248), określaną jako: *odległość od przedniej powierzchni najbardziej do przodu wysuniętej części stałej konstrukcji statku do tylnej powierzchni najbardziej do tyłu wysuniętej stałej części konstrukcji statku, mierzona w płaszczyźnie równoległej do wodnicy konstrukcyjnej.* Odwołujący wskazywał natomiast na definicję długości statku przyjętą w ustawie z 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie morskim (Dz. U. 2020.680) rozumianą jako: *96% całkowitej długości kadłuba mierzonej w płaszczyźnie wodnicy równoległej do płaszczyzny podstawowej na wysokości równej 85% wysokości bocznej lub długość mierzona od przedniej krawędzi dziobnicy do osi trzonu sterowego w płaszczyźnie tej wodnicy, jeżeli długość ta jest większa.*

Ponieważ w sprawie wiodące znaczenie miała wykładnia zapisów siwz Izba w pierwszej kolejności odniosła się do treści spornego warunku udziału w postępowaniu.

Postawiony warunek w części budzącej kontrowersję określał parametr graniczny referencyjnej dostawy, która z uwagi na długość statku (od 15m) odnosiła się do małych statków morskich, czyli statków o długości od 15 m do 24 m, które zgodnie z przepisami Polskiego Rejestru Statków mają klasę PRS SA;\* KM I Lm2. Odwołujący kierując się wykładnią celowościową, tj. potrzebą weryfikacji zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia, jakim jest mały statek morski, wskazywał na wyższe wymagania rejestracyjne tych statków oraz uprawnienia załogi, co w jego ocenie powinno prowadzić do uznania za nieodpowiadającą wymaganiom dostawę statków rejestrowanych jako statki o długości mniejszej niż 15m (rejestrowane zgodnie z niższą normą klasyfikacyjną). W ocenie Odwołującego, gdyby przyjąć, że statki zawarte w wykazie dostaw potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, prowadzić miałyby to do nieusuwalnej wady postępowania polegającej na zastosowaniu warunku udziału w postępowaniu nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i prowadzącego do ustalenia nieadekwatnego kręgu potencjalnych wykonawców.

Odnosząc się do spornego wymagania należy zauważyć, iż pojęcie „długość całkowita” jest pojęciem zdefiniowanym i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, co przyznał sam Odwołujący w wypowiedzi ustnej odnotowanej w protokole rozprawy: *W jego ocenie nie ma różnych definicji długości całkowitej, mogą natomiast występować różnice przy określaniu długości rejestrowej w różnych krajach.* Nie budzi wątpliwości, iż definicja ta odnosi się do wymiaru głównego określonego w przepisach rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie pomiaru statków morskich (Dz. U. 2004.119.1248) – definicja zacytowana powyżej. Również Odwołujący w odwołaniu (str. 7) przywoływał zapisy ustawy z dnia 18 września 2001r. - Kodeks morski, którego aktem wykonawczym jest przywołane rozporządzenie Ministra Infrastruktury.

Izba uznała, iż Zamawiający w opisie warunku nie posługiwał się klasą statków dostarczanych i rejestrowanych w różnych krajach na podstawie przepisów krajowych obowiązujących w miejscu dostawy. Użył natomiast obiektywnego miernika, tj. długości całkowitej statku, która jak wskazał sam Odwołujący nie ma różnych definicji. Stanowi ona jednocześnie punkt odniesienia do określenia długości rejestrowej na podstawie przepisów ustawy z dnia 18 sierpnia 2011r. o bezpieczeństwie morskim (Dz. U. z 2019r., poz. 1452). Tym samym dla właściwego zastosowania warunku udziału w postępowaniu znaczenie miała definicja długości całkowitej i w odniesieniu do tego wymiaru należało ocenić referencyjne dostawy. W świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu, okolicznością irrelevantną dla oceny jego spełnienia było ustalenie, czy dostarczone statki były rejestrowane zgodnie z niższą normą klasyfikacyjną, czy też jako małe statki morskie.

Odnosząc się zatem do wykazu dostaw, w którym trzy spełniające warunek pod względem wartości dostawy statki, stanowiły konstrukcje siostrzane, ustalenie iż jeden ze statków spełnia parametr długości całkowitej 15m, pozwalało przyjąć, że każda z tych dostaw była właściwa dla wykazania zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu umowy.

Izba odniosła się do dokumentów przedstawionych Zamawiającemu (w tym rysunków konstrukcyjnych, świadectw producenta) oraz przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego – świadectw producenta statków. Odwołujący kwestionował walor dowodowy rysunków technicznych, które w jego ocenie nie powinny być podstawą ustalenia długości statku, którego długość podana w rejestrze jest inna. Izba uznała ten wniosek za błędny, przede wszystkim kierując się w tym względzie zapisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie pomiaru statków morskich. Zgodnie z § 4 ust. 1 i 2 pomiar statku odbywa się na wniosek, do którego należy załączyć między innymi rysunki statku. Stanowią one zatem dokument będący podstawą do przeprowadzenia pomiaru statku i wystawienia świadectwa pomiarowego. Ponieważ Odwołujący nie podważył w żaden sposób autentyczności rysunków, ich adekwatności dla statków stanowiących przedmiot dostawy, Izba nie miała podstaw do odmowy przyjęcia jako wiarygodnej informacji dotyczącej długości całkowitej statków, którą potwierdził producent w świadectwie odpowiednio z 24.10.2019r. (statek REODOR) oraz 28.11.2019 r. (statek BLODSTRUPMOEN). Różnice w treści świadectw w zakresie parametru długości statków (złożonych do Zamawiającego oraz przedstawionych z rejestru statków) wynikały z różnego określenia długości, jako długości całkowitej (15m) oraz rejestrowej (14,95m). Nie mogło to dyskwalifikować dostawy, gdyż Zamawiający

oczekiwał wykazania się dostawami statków o długości całkowitej minimum 15m. Należy również zaznaczyć, iż Odwołujący nie kwestionował dostaw pod względem przeznaczenia statków, tj. warunków w jakich mogą być użytkowane. Powyższe potwierdza dodatkowo, iż statki będące przedmiotem dostawy spełniały również wymagania bezpieczeństwa ich eksploatacji w opisanych warunkach atmosferycznych. Izba uznała, jako nieuprawnioną, w świetle definicji statku argumentację Odwołującego, w której kwestionował konstrukcję statku, jako katamaran, która w jego ocenie, będąc inną od statków jednokadłubowych objętych postępowaniem, miałaby być nieadekwatna dla oceny przygotowania wykonawcy do wykonania przedmiotu dostawy. Zamawiający powołując się na definicję statku z ustawy o bezpieczeństwie morskim nie wyłączył z jej zakresu katamaranów.

Na koniec, odnosząc się do rzekomej wady postępowania, mającej prowadzić do jego unieważnienia Izba uznała, iż zarzut ten jest spóźniony, gdyż dotyczy treści wymagania określonego na etapie przed terminem składania ofert. Próba nadania narracji, iż to na skutek wykładni treści siwz miałoby dopiero dojść do ukształtowania warunku jako nieadekwatnego, nie mogła być skuteczna. Jak wskazano powyżej Zamawiający posłużył się obiektywnym miernikiem długości całkowitej, co do którego nie istnieją różne definicje, a tym samym wykonawca miał możliwość oceny adekwatności wymagania na etapie formułowania ostatecznej treści specyfikacji i ogłoszenia. Konieczność wykładni zapisu siwz przez Izbę była podyktowana zarzutem i podniesioną argumentacją Odwołującego i nie stanowi o braku jednoznaczności zapisów siwz w tej materii.

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu ustalone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyla nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**