WYROK

z dnia 22 lipca 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza - w

składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2020 roku przez wykonawców:

A. GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Aleja Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa (sygn. akt KIO 1291/20),

B. CNIM Systèmes Industriels z siedzibą w Paryżu, rue Bassano 35, 75008 Paryż (sygn. akt KIO 1294/20),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Inspektorat
Uzbrojenia w Warszawie, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawcy CNIM Systèmes Industriels z siedzibą w Paryżu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1291/20 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1294/20 po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: H. CEGIELSKI - POZNAŃ S.A., Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., CEFA SAS z siedzibą dla lidera w Poznaniu, ul. 28 Czerwca 1956 223/229, 61-485 Poznań, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1291/20 oraz o sygn. akt KIO 1294/20 po stronie zamawiającego.

1. Oddala odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 1291/20 i KIO 1294/20;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących, i:

- zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Inspektorat Uzbrojenia (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp", w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest : „Dostawa parków pontonowych", numer referencyjny: IU/179/VI-104/ZO/NZOOiB/DOS/S/2019. Ogłoszone o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer: 2020/S 007-012727 z dnia 10 stycznia 2020 r., następnie zmienione ogłoszeniami nr 2020/S 015-032325 z dnia 22 stycznia 2020 r., nr 2020/S 027-063208 z dnia 7 lutego 2020 r, 2020/S 051-122135 z dnia 12 marca 2020 r., 2020/S 065-156270 z dnia 1 kwietnia 2020 r.

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2020 r. przekazał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków, z której wynika, że Zamawiający uznał, iż dokumenty przedstawione w celu potwierdzenia zdolności technicznych lub zawodowych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - H. Cegielski-

Poznań, CEFA SAS i Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. (dalej: „Konsorcjum Cegielski") są prawidłowe i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 12 czerwca 2020 r. wykonawcy: GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący GRIFFIN) - sygn. akt KIO 1291/20 oraz CNIM Systemes Industriels z siedzibą w Paryżu (dalej „Odwołujący CNIM") - sygn. akt KIO 1294/20 wnieśli odwołania. Odwołujący w sprawach KIO 1291/20 i KIO 1294/20 zakwestionowali spełnienie przez Konsorcjum Cegielski warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, który w ogłoszeniu zamówieniu został określony w sposób następujący: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykonał co najmniej 1 (jedną) dostawę parków pontonowych lub usługę ich modernizacji lub modyfikacji o wartości brutto co najmniej 50 000 000,00 PLN (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych)''

Sygn. akt KIO 1291/20

Odwołujący GRIFFIN zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 57 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż Zamawiający dopuścił do dalszego etapu postępowania Konsorcjum Cegielski, który nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

2)art, 26 ust. 3 i/lub 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Cegielski do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

3)art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Cegielski z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. poprzez błędne uznanie, że wykonawca spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący GRIFFIN wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonanej na podstawie art. 57 ust. 1 ustawy Pzp, polegającej na poinformowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji zamiarze zaproszenia do złożenia oferty wstępnej wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

2) powtórzenie czynności oceny i badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Cegielski;

3)nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Konsorcjum Cegielski do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej na podstawie art. 26 ust. 3 i/lub 4 ustawy Pzp;

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów i rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący GRIFFIN wskazał m.in., iż Konsorcjum Cegielski na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych wykazał się 3 zamówieniami, z których żadne z osobna nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego.

Pod pozycją 1 wykazu wskazano zamówienie zrealizowane w okresie 01/01/2015 - 31/12/2018 dla armii francuskiej SIMMT o wartości 7 939 054,22 euro, którego przedmiotem było utrzymanie w stanie gotowości operacyjnej łodzi podwodnej.

Zgodnie z Sekcją 111.2.3) pkt. 5 Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, iż „W przypadku Wykonawców, którzy wykażą wartość wykonanych dostaw lub usług w innych walutach niż złoty polski, Zamawiający przeliczy je na złote. Do przeliczenia zostanie zastosowany średni kurs walut NBP obowiązujący w dniu wykonania dostawy lub usługi. W przypadku braku publikacji kursów walut przez NBP w dniu, o którym mowa powyżej, zastosowanie ma kurs ostatnio ogłoszony przez NBP przed tym dniem". Przyjmując średni kurs euro z dnia 31/12/2018 r., który wynosił 4,3000 zł, wartość usługi wskazanej w poz. 1 wykazu wynosi 34 137 933,15 zł - a więc nie spełnia wymogu w zakresie wymaganej wartości zamówienia.

Pod pozycją 2 wykazu wskazano zamówienie zrealizowane w terminie 07/11/2014 dla armii francuskiej DGA o wartości 4 045 250,00 euro, którego przedmiotem był zakup łodzi pontonowych (F2) jako wsparcie całościowego parku pontonowego łącznie z dodatkowymi usługami.

Ww. doświadczenie nie spełnia warunku w zakresie wymaganej wartości zamówienia jak i terminu realizacji zamówienia, albowiem

zamówienie to opiewa na kwotę niższą niż 50 000 000,00 zł i zostało zrealizowane w okresie przekraczającym wymagane 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pod pozycją 3 wykazu wskazano zamówienia zrealizowane w terminach 06/10/2015, 23/04/2018 oraz 02/02/2020 dla Sił Zbrojnych Zjednoczonych Emiratów Arabskich ARABES UNIS o wartości 13 034 681,23 euro, których przedmiotem była obsługa, utrzymanie i modernizacja parku pontonowego (EFA). Na wartość wskazaną powyżej składają się dwie dostawy o wartościach: 3 896 607,00 euro (zamówienie #02) wg. kursu z dnia 06/10/2015 wartość zamówienia opiewała na kwotę 16 542 265,69 zł, 9 138 074,23 euro (zamówienie #09) wg. kursu z dnia 23/04/2018 wartość zamówienia opiewała na kwotę 38 198 977,89 zł.

W ocenie Odwołującego GRIFFIN Zamawiający w sposób niezgodny z treścią Ogłoszenia o zamówieniu uznał, że ww. zamówienia potwierdzają warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wykazał się bowiem dwoma odrębnymi dostawami, o czym świadczą dowody przedłożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. I tak zamówienie #2 o wartości 3 896 607,00 euro zostało zrealizowane na podstawie umowy ramowej nr DP3/2/21/2012/235 i przyjętej przez Zamawiającego oferty handlowej nr D-15-073 IndD datowanej na 17 czerwca 2015 r., Zamówienie #9 o wartości 9 138 074,23 euro zostało zrealizowane na podstawie umowy ramowej nr DP3/2/21 /2012/235 i przyjętej przez Zamawiającego oferty handlowej nr D-16-175 Ind2 datowanej na 6 stycznia 2017 r.

Odwołujący wskazał, iż umowa ramowa nie jest umową o zamówienie publiczne, a jedynie umową mającą charakter „intencyjny", zawieraną celem nawiązania współpracy pomiędzy stronami. Umowa ramowa pozwala na udzielanie konkretnych zamówień jednostkowych wykonawcom, z którymi zawarto umowę ramową. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1093/17 podkreślono, iż z definicji umowy ramowej wynika, że celem jej zawarcia jest ustalenie pomiędzy stronami tej umowy warunków dotyczących późniejszych zamówień wykonawczych (jednostkowych), a jedynym z istotnych elementów tych ustaleń są ceny. Co więcej „procedura zawarcia umowy ramowej uregulowana w art. 99101 b ustawy Pzp nie jest równoznaczna z udzieleniem zamówienia publicznego a sam fakt złożenia oferty i zawarcia umowy ramowej nie rodzi po stronie wykonawców żadnego obowiązku związanego z realizacją zamówień w przyszłości. Celem zawarcia tej umowy jest bowiem dokonanie wyboru kręgu potencjalnych wykonawców, mogących w czasie trwania umowy ramowej zrealizować konkretne zamówienia, zlecone przez zamawiającego w oznaczonym czasie za ceny nie wyższe niż określone w umowie ramowej. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów procesu udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający, zawierając umowę ramową deklaruje, iż ma zamiar w okresie na jaki umowa została zawarta udzielać zamówień wykonawczych, zaś wykonawcy deklarują, iż są zainteresowani składaniem ofert na ich realizację za ceny nie wyższe niż określone w ofercie składanej w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej". Umowa ramowa kreuje więc zasady i warunki zlecania, jak i realizacji zamówień jednostkowych bez obowiązku ich faktycznego udzielania w przyszłości. Warunki te są wiążące, lecz dopiero na wypadek udzielania zamówienia jednostkowego, pozostającego jednak w dobrowolnej gestii zamawiającego. A zatem umowa realizacyjna [wykonawcza) zawarta na podstawie umowy ramowej ma niezależny byt prawny i opiera się na ponownie składanych przez wykonawców oświadczeniach woli. To właśnie umowa wykonawcza - w odróżnieniu od umowy ramowej, stanowi niezależną umowę o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na względzie, zdaniem Odwołującego, nie sposób zgodzić się Zamawiającym, iż realizacja odrębnych zamówień (dostaw/usług) realizowanych na podstawie umowy ramowej DP3/2/21/2012/235 spełnia wymogi określone w Ogłoszeniu o zamówieniu i stanowi jedno zamówienie. Zgodnie z przedłożoną wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentacją, podstawą realizacji dostaw/usług były to odrębne zamówienia, które należało traktować jak umowy o zamówienie publiczne będące wynikiem pozytywnego rozpatrzenia złożonych przez wykonawcę ofert handlowych. Sposób wykonywania umowy ramowej wskazuje na jednorazowy charakter każdego z zamówień udzielanych na jej podstawie i stanowiących osobne dostawy/usługi. Odwołujący podkreślił, że samo zawarcie umowy ramowej nie obliguje wykonawcy do składania ofert na każde zamówienie wykonawcze (jednostkowe).

Następnie Odwołujący GRIFFIN stwierdził, że przedmiotowych zamówień nie można traktować jako dostaw/usług ciągłych czy też okresowych, celem wykazania, iż chodzi o jedno zamówienie. Zamówienia te powinny być wprost określone w umowie wykonawczej zarówno co do wielkości, zakresu, jak i sposobu oraz terminu wykonania, a w tym przypadku takiego opisu świadczenia nie mogło być z uwagi na charakter zawartej umowy. Świadczenie okresowe to czynności powtarzane cyklicznie, tj. powtarzające się w ściśle określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu. Zakres tych świadczeń może być różny, lecz termin ich spełnienia jest z góry określony, pewny (odmiennie niż w niniejszej sprawie). Zamówień tych nie zalicza się także do usług ciągłych, dla których wyznacznikiem rozmiaru jak i treści świadczenia jest czas. Istotą świadczenia ciągłego jest określone, stałe zachowanie się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. W ramach takiego świadczenie nie będzie możliwe wyodrębnienie poszczególnych zachowań

dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia. Pomiędzy tymi zamówieniami tj. zamówieniem #2 z dnia 25/06/2015 a zamówieniem #9 z dnia 25/01/2017 występuje ponad 1,5 roczna przerwa, a zatem nie można mówić, że te zamówienia miały charakter ciągły czy też stanowią świadczenia okresowe. W obu zamówieniach zarówno zakres tj. ilość linii jak i termin oraz miejsce realizacji, każdorazowo precyzowane były w dokumencie zamówienia „Purchase Order" tj. (I) w zamówieniu#2 zamówiona ilość linii: 914, termin dostawy 15 m-cy od daty podpisania zamówienia, (2) w zamówieniu#9 ilość linii: 38, termin dostawy 15 m-cy od daty podpisania zamówienia. Wykonawcy z którymi zawarta została umowa ramowa nie mieli wiedzy w jakim zakresie Zamawiający będzie udzielał kolejnych zamówień na podstawie umowy ramowej nr DP3/2/21/2012/235, a tym samym jakie zamówienia będą realizowane i czy w ogóle będą realizowane. Miarą zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy jest umiejętność koordynacji i realizacji dostaw/prac o określonym przez Zamawiającego stopniu skomplikowania i wartości. Wykonawca przygotowując się do realizacji zamówienia #2 nie mógł przystąpić do organizacji i koordynacji dostaw/prac na całą kwotę 13 034 681,23 euro albowiem, w momencie udzielenia zamówienia #9 (zamówienie udzielone w dniu 25/01/2017), zamówienie jednostkowe #2 (zamówienie udzielone 25/06/2015) było już zrealizowane (data realizacji zamówienia #2 - 06/10/2015).

Zamawiający dokonując oceny podmiotowej Konsorcjum Cegielski nie dostrzegł różnicy pomiędzy zobowiązaniem się do współpracy/złożeniem oferty, a zobowiązaniem do wykonania usługi czy dostawy na podstawie umowy o zamówienie publiczne. W ocenie Odwołującego za niedopuszczalne należy uznać sumowanie dostaw/usług realizowanych na podstawie umowy ramowej, która to umowa nie jest umową realizacyjną tj. zobowiązującą do spełnienia określonego świadczenia. Zamawiający precyzując warunek udziału w postępowaniu wymagał bowiem wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji dostaw/usług, a te zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt. 2 i 10 ustawy Pzp należy traktować jako umowy o zamówienie publiczne. Umowa ramowa nie jest umową o zamówienie publiczne a zatem sumowanie dwóch niezależnych dostaw/usług realizowanych w dużych odstępach czasu na podstawie odrębnych zleceń (ofert handlowych) składanych przez wykonawców z którymi została zawarta umowa ramowa, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz wymogami Zamawiającego, którego intencją było dopuszczenie do kolejnego etapu wykonawców doświadczonych, którzy są w stanie wykazać się realizacją co najmniej 1 zamówienia o wartości nie mniejszej niż 50 000 000 zł. Konsorcjum Cegielski nie wykazał się 1 dostawą o wymaganej wartości, a co najmniej dwoma dostawami/usługami (nieregularnymi świadczeniami jednorazowymi) realizowanymi na rzecz Sił Zbrojnych Zjednoczonych Emiratów Arabskich ARABES UNIS, których łączna wartość opiewa na kwotę przekraczającą 50 000 000 zł, natomiast żadna z wykazanych dostaw/usług udzielonych na podstawie złożonych i przyjętych ofert handlowych nie spełnia wymogu wartościowego.

Kolejną wątpliwość w ocenie Odwołującego GRIFFIN budzi zakres dostaw/usług realizowanych w ramach umowy ramowej nr DP3/2/21/2012/235 w kontekście skonkretyzowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy na zamówienie #2 składają się: nowe pompy strumieniowe, rampy, silniki o wartości 2 266 241,00 euro, nowe rampy boczne i środkowe o wartości 465 334,00 euro, różne części zamienne o wartości 1
165 032,00 euro. Na
zamówienie #9 składają się: nowe w pełni wyposażone zestawy ramp o wartości 3 142 785,00 euro, nowe w pełni wyposażone systemy osi o wartości 1 543 304,00 euro, nowe pompy strumieniowe o wartości 478 372,00 euro, różne części zamienne o wartości 3 973 613,23 euro.

W ocenie Odwołującego o ile dostawy ramp, silników, systemów osi czy pomp strumieniowych mogą stanowić dostawę parku pontonowego w rozumieniu wymogów Zamawiającego, tak wątpliwości budzą realizowane w ramach tych zamówień dostawy różnych części zamiennych. Wskazać należy, iż dostawa tych części nie może być traktowana jako dostawa parku pontonowego, chyba że części te były zamawiane celem prawidłowego złożenia dostarczonych w ramach tych zleceń ramp, silników, systemów osi czy pomp strumieniowych lub na potrzeby modernizacji lub modyfikacji parku pontonowego. Z przedłożonych przez Konsorcjum Cegielsk dokumentów powyższe nie wynika. Odwołujący zwrócił uwagę na zakres umowy ramowej, która dotyczy nie tylko usług modernizacji systemów mostów pontonowych (EFA), ale też utrzymania technicznego oraz napraw. Nie jest wykluczone zatem, iż dostarczone w ramach tych zamówień części zamienne, nie służyły w rzeczywistości modernizacji czy modyfikacji parków pontonowych, a naprawie. Mając na uwadze fakt, iż w treści warunku Zamawiający nie dopuścił usługi naprawy rozumianej zgodnie z decyzją nr 141 /MON z dnia 5.7.2017 r. jako zespół czynności mających na celu odtworzenie sprawności technicznej SpW lub jego resursu przez usunięcie powstałych niesprawności (uszkodzeń) i wykonanie określonych czynności zgodnie z wymaganą technologią, Zamawiający winien był co najmniej wyjaśnić na potrzeby jakich czynności zamawiane były części zamienne w ramach zamówień #2 i #9. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ma bowiem odpowiedzi na to pytanie. W sytuacji w której zamawiane części zamienne nie były związane z modernizacją czy też modyfikacją parków pontonowych, wartość zamówienia wyniesie odpowiednio dla #2 - 2 731

575,00 euro, dla #9 - 5 164 461,00 euro, a zatem Konsorcjum Cegielski nie spełni warunku udziału w postępowaniu, nawet w przypadku łącznego sumowania ww. zamówień.

Na uwagę zdaniem Odwołującego zasługuje także kwestia podania przez Wykonawcę w wykazie dostaw realizacji zamówienia na tzw. różne części zamienne w dniu 02/02/2020. Zamówienie to było realizowane na podstawie
odrębnej ..... umowy ramowej
SB/FOS/DP3/2/21/1/2018/13, a zatem nie może być traktowane jako jedno zamówienie (dostawa/usługa) z zamówieniami udzielanymi na podstawie umowy ramowej DP3/2/21/2012/235. Za powyższym przemawia między innymi nie uwzględnienie przez samego wykonawcę w wykazie dostaw wartości tego zamówienia. W tym zakresie pozostaje także aktualna argumentacja Odwołującego dotycząca tego rodzaju zamówienia w ramach umowy ramowej nr DP3/2/21/2012/235.

Mając powyższe na względzie, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum Cegielski nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinno zostać wezwane w trybie art. 26 ust. 3 i/lub 4 ustawy Pzp do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a w przypadku braku potwierdzenia warunku wykluczone z postępowania.

Sygn. akt KIO 1294/20

Odwołujący CNIM zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Cegielski pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w sposób określony w pkt. IN.2.3) Ogłoszenia, to jest co do wymaganego doświadczenia;

2)art. 26 ust 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Cegielski do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału pomimo, iż złożone dokumenty nie wykazują spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, a ponadto istnieją poważne i uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości i kompletności złożonych dokumentów;

3)art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości w toku oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców wyrażające się w nieprawidłowym uznaniu doświadczenia Konsorcjum Cegielski za spełniające warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący CNIM wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1)unieważnienia i powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Konsorcjum Cegielski;

2)wykluczenia Konsorcjum Cegielski z udziału w Postępowaniu;

3)ewentualnie wezwania Konsorcjum Cegielski do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący CNIM wskazał m.in., że ogólny opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do Ogłoszenia - Opis parku pontonowego (dalej: „Opis parku pontonowego”), który określa m.in. wymagane funkcjonalności oraz minimalne ukompletowanie wymaganego parku pontonowego.

W Ocenie Odwołującego CNIM Zamawiający nieprawidłowo ocenił doświadczenia CEFA SAS - członka Konsorcjum Cegielski, który wraz z wnioskiem o dopuszczenie złożył „Wykaz wykonanych dostaw lub usług” (dalej: „Wykaz”), str. 78 i nast. Wniosku, zawierający trzy pozycje, przy czym co do trzeciej pozycji zawierającej trzy zamówienia. Odwołujący wskazał, iż żadna umów wskazanych w Wykazie nie odpowiada doświadczeniu wymaganemu w pkt. MI.2.3) Ogłoszenia. Natomiast projekt wskazany jako Ref. 1 nie potwierdza spełnienia warunku doświadczania z uwagi na zbyt niską wartość (znacznie poniżej wymaganego progu 50 000 000,00 PLN). Zgodnie z Wykazem, umowa ref. 1 ma tymczasem wartość 7 939 054, 22 EURO (przy czym z dokumentów źródłowych wynika łącznie jedynie 4 324 261, 32 EURO). Zgodnie z pkt. III.2.3).S Ogłoszenia, „ W przypadku Wykonawców, którzy wykażą wartość wykonanych dostaw lub usług w innych walutach niż zloty polski, Zamawiający przeliczy je na złote. Do przeliczenia zostanie zastosowany średni kurs walut NBP obowiązujący w dniu wykonania dostawy lub usługi. W przypadku braku publikacji kursów walut przez NBP w dniu, o którym mowa powyżej, zastosowanie ma kurs ostatnio ogłoszony przez NBP przed tym dniem" Tak obliczany kurs Euro do PLN w ciągu ostatnich 5 lat ani razu nie zbliżył się nawet do wartości 5,00.

Ponadto, wskazany w opisie tego zamówienia pojazd EFA produkowany przez CEFA nie stanowi parku pontonowego. Odwołujący CNIM wskazał, że w dniu 13 lutego 2020 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienie znaczenia pojęcia „park pontonowy. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w ramach dostawy „parku pontonowego" nie mieszczą się „systemy/mosty do pokonywania Suchodołów" oraz „wyposażenie typu amfibia". Tymczasem EFA produkowana przez CEFA jest w istocie pojazdem samobieżnym z funkcjonalnością amfibii, który nie mieści się w pojęciu „parku pontonowego" i wiąże się z nieposługiwaniem się dedykowanymi pojazdami do transportu bloków pontonowych, co jest powszechnie akceptowanym standardem dla parków pontonowych. (Dowód: karta katalogowa EFA produkowanej przez CEFA wraz z tłumaczeniem, . W ramach parku pontonowego nie mieszczą się pojazdy poruszające się po lądzie i wodzie, takie jak EFA. Powyższe rozumienie pojęcia „park pontonowy" potwierdzają definicje przywołane przez Zamawiającego w tym wyjaśnieniu na określenie parku pontonowego oraz jego elementów, w tym także powołana definicja „bloku pontonowego", który stanowi „najmniejszy, funkcjonalnie samodzielny odcinek mostu lub promu pontonowego dający się przewozić na jednym środku transportu". Również w Opisie parku pontonowego, Zamawiający wprost wskazał, co powinno stanowić minimalne ukompletowanie parku pontonowego, wyraźnie wyodrębniając w tym zakresie „pojazdy umożliwiające transport wszystkich elementów parku" oraz „bloki pontonowe". Mosty ustawiane na amfibiach istotnie różnią się od parków pontonowych zarówno pod względem konstrukcyjnym, jak również pod względem praktycznym - w procesie samego ich rozstawiania. Zastosowanie funkcjonalności amfibii powoduje zmianę charakteru szeregu rozwiązań stosowanych na etapie produkcji takich mostów i z tej też przyczyny doświadczenie w ich dostawie/modernizacji/modyfikacji materialnie różni się od doświadczenia nabytego przy parku pontonowym.

W wersjach źródłowych dokumentów złożonych przez Konsorcjum Cegielski nie ma odniesień do parku pontonowego, czy chociażby określenia „ponton". Zamawiający francuski (strona 81 wniosku Konsorcjum Cegielski) posłużył się pojęciem „Engin de Franchissement de l'Avanf, co stanowi akronim EFA i oznacza dosłownie „Pojazd przeprawowy". Ponadto przedmiotem umowy ref.1 nie jest „dostawa" „modernizacja" albo „modyfikacja" w rozumieniu definicji przedstawionych w pkt. IN.2.3). 12 Ogłoszenia (w treści zmodyfikowanej w dniu 4 lutego 2020 r.). Ogłoszenie odsyła przy tym w zakresie tych definicji do decyzji Nr 141/MON z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, która lokuje „modernizację" i „modyfikację" w kategorii usług i wyraźnie wyodrębnia je od świadczeń w postaci serwisu i naprawy. W zakresie pojęć „modernizacji' i „modyfikacji" nie mieści się też pozyskiwanie części zamiennych, które w nomenklaturze decyzji określane są jako „techniczne środki materiałowe".

W ramach przyjętych w Postępowaniu definicji „modernizacji" i „modyfikacji" nie mieszczą się zatem czynności sprecyzowane przez CEFA w dokumencie o nazwie „POTWIERDZENIE DOKUMENTÓW ZAWARTYCH W ANEKSIE 4" (dalej: „Potwierdzenie", str, 80 Wniosku) dla umowy ref. 1, tj.: „zarządzanie całością programu", „obsługa techniczna", „obsługa związana z użyciem materiału", „serwis i konserwacja", „dostawa części zamiennych", „transport" oraz „magazynowanie". Jedynie „zmiany techniczne" mogłyby co najwyżej zostać skategoryzowane jako „modyfikacja" w rozumieniu powyższej definicji, jednak jak wynika z przedłożonych przez CEFA formularzy zamówień, „zmiany techniczne" oraz „uaktualnienia techniczne" stanowią bardzo niewielką część tej umowy (łącznie niewiele ponad 60 000,00 Euro). Ponadto wskazać należy, że Konsorcjum Cegielski przedstawiło jedynie potwierdzenie złożenia przez zamawiającego francuskiego określonego zamówienia. T reść Wykazu złożonego przez CEFA jest niezgodna z dalszymi oświadczeniami CEFA oraz złożonymi dokumentami źródłowymi, co samo w sobie stanowi podstawę co najmniej do wezwania konsorcjum CEFA do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Stwierdzenie to odnosi się do informacji przedstawionych odnośnie do wszystkich trzech umów stanowiących doświadczenie Konsorcjum Cegielski. W zakresie umowy ref. 1 istnieje poważna różnica w dacie oraz w szczególności wskazanej wartości zamówienia, która w Potwierdzeniu wynosi łącznie 4 324 261, 32 Euro netto, a więc prawie dwukrotnie mniej niż wartość wskazana w Wykazie, co jeszcze bardziej uwydatnia niespełnienie warunku w zakresie wartości wykonanej umowy.

Zgodnie z treścią Wykazu, umowa ref. 2 odnosi się do zakupu łodzi pontonowych (F2) jako wsparcia całościowego parku pontonowego łącznie z dodatkowymi usługami. Została wykonana na rzecz Armii Francuskiej (DGA) w dacie 7 listopada 2014 r., a jej wartość w Euro miała wynieść 4 045 250,00 PLN. Zachodzą istotne niezgodności pomiędzy treścią Wykazu a dokumentów przedłożonych na jego potwierdzenie, które wskazują zarówno na inny przedmiot tej umowy (świadczenia polegające na utrzymaniu technicznym), inną wartość (jedynie 560 100,00 Euro netto), jak i kompletnie inną datę wykonania zamówienia (8 października 2021 r.). Tak daleko idące rozbieżności stanowią co najmniej podstawę do wezwania Konsorcjum Cegielski do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści Wykazu i dokumentów przedłożonych na jego potwierdzenie i nie mogą potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z Wykazu oraz oświadczenia własnego CEFA wynika, że dostawa kutrów parków pontonowych w odniesieniu do umowy ref. 2 została wykonania w roku 2014, a więc w czasie wcześniejszym niż wynikającym z pkt. III.2.3).2 Ogłoszenia (ostatnich 5 lat przed upływem terminu

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowań). Dodatkowe zlecenie, którego dotyczy oświadczenie własne oraz dodatkowy dokument (str. 91-99 Wniosku) dotyczy jedynie „utrzymania technicznego" z datą wykonania zamówienia - 8 października 2021 r. Umowa ref. 2 jest także niezgodna z warunkiem udziału w zakresie jej wartości. Zgodnie z Wykazem wynosi ona 4 045 250,00 Euro (dotyczy to prawdopodobnie umowy dostawy z 2014 r, tj. niespełniającej wymogu co do okresu), a zgodnie z oświadczeniem własnym dla tej umowy jest to jedynie 560 100,00 Euro netto, a więc zdecydowanie mniej, niż wymagane 50 000 000 min brutto PLN. Przy tym przedstawione zostało jedynie potwierdzenie wypłaty zaliczki z dnia 8.10.2019 r.. Przytoczona powyżej w stosunku do umowy ref. 1 argumentacja w zakresie pojęciowego modernizacji/modyfikacji odnosi się również do umowy ref. 2, której przedmiot to jedynie „utrzymanie techniczne", co wyraźnie potwierdzają przedłożone przez Konsorcjum Cegielski dokumenty wydane przez DGA (francuską Dyrekcję Generalną ds. Uzbrojenia) określające przedmiot zamówienia jako „kontrolę techniczną i utrzymanie w stanie operacyjnym". Brak jest zatem jakiejkolwiek wzmianki o czynnościach stanowiących modernizację/modyfikację w rozumieniu przyjętym w niniejszym Postępowaniu i decyzji nr 141/MON, a mowa jedynie o serwisie lub naprawie, które stanowią usługi odrębne od m odernizacj i/modyfi kacji.

Następnie Odwołujący CNIM wskazał, że doświadczenie w realizacji umowy ref. 3 nie jest wystarczające na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Przedmiotem umowy ref. 3 jest EFA produkowana przez CEFA, która, jak zostało wskazane już powyżej w odniesieniu do umowy ref. 1, nie może być postrzegana jako park pontonowy. Zastosowanie ma tu w pełni powyżej przedstawiona argumentacja w tym zakresie. Zgodnie z treścią Wykazu, wartość tej umowy wyniosła 13 034 681,23 Euro - przy czym występuje niezgodność pomiędzy treścią Wykazu, a Potwierdzenia dla umowy ref. 3, zgodnie z którym łączna wartość umowy ref. 3 wyniosła 14 392 090,93. Euro. W treści oświadczenia własnego na str. 100 Wniosku, CEFA wyraźnie wskazuje, że jest to „umowa o wsparcie kontynuacyjne" („follow-on support agreement'), która w nomenklaturze branżowej oznacza umowę polegającą na utrzymaniu technicznym i serwisie produktu dostarczonego w ramach wcześniejszej dostawy. Jednocześnie, nawet gdyby przyjąć, że w ramach takiej umowy mogą być realizowane pewne usługi mające charakter modernizacji lub modyfikacji w rozumieniu warunku udziału w Postępowaniu, to nie jest to główny ani całkowity przedmiot umowy. Potwierdzenie powyższej tezy stanowi przedstawione przez CEFA w oświadczeniu własnym rozbicie głównych przedmiotów zamówienia, z którego wynika, iż: w zakresie 1 zamówienia realizowanego w ramach umowy ref. 3, 3 973 613,23 Euro z 9 138 074,23 Euro całkowitej wartości zamówienia stanowiło samo dostarczenie różnych części zamiennych; w zakresie 2 zamówienia realizowanego w ramach umowy ref. 3, 1 165 032,00 Euro z 3 896 697,00 Euro całkowitej wartości zamówienia stanowiło samo dostarczenie różnych części zamiennych: w zakresie 3 zamówienia realizowanego w ramach umowy ref. 3, całkowita wartość zamówienia - 1 359 309,70 Euro - odnosi się do dostarczenia różnych części zamiennych. Czym innym są usługi serwisu/naprawy, a czym innym usługi modernizacji/modyfikacji. W świetle decyzji nr 141/MON dostarczanie części zamiennych postrzegane jest natomiast jako „pozyskiwanie technicznych środków materiałowych", co stanowi kategorię odrębną od usług „modernizacji czy „modyfikacji". Z przedłożonych dokumentów wydanych przez Generalny Korpus Utrzymania (GHQ) Zjednoczonych Emiratów Arabskich wynika jedynie, że „tematem" wydanych dokumentów są „części zamienne CEFA", brak jest natomiast jakiejkolwiek wzmianki o czynnościach mogących stanowić modernizację/modyfikację w rozumieniu dokumentacji Postępowania. W konsekwencji można zatem wnioskować, iż zakres umowy ref. nr 3 nie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu z pkt. III.2.3).1 Ogłoszenia. Nawet jednak przy przyjęciu rozbicia części poszczególnych zamówień realizowanych w ramach umowy ref. 3, dokonanego przez CEFA w oświadczeniu własnym, to na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału można uwzględnić jedynie tę jej część, która rzeczywiście polegała na modyfikacji/modernizacji. Po odjęciu tylko wartości przypisanej dla dostaw części zamiennych 6 497 954,93 Euro (prawie 50% umowy) - pozostała wartość to już 7 894 136 EUR, co nie jest wystarczające do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego CNIM Konsorcjum Cegielski nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować wykluczeniem z Postępowania, ewentualnie, przed dokonaniem tej czynności, Zamawiający winien był wezwać tego wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń mających na celu wykazanie spełnienia warunku doświadczenia, względnie złożenia wyjaśnień na podst. art. 26 ust. 3-4 ustawy Pzp, z uwagi na uzasadnione wątpliwości co do poprawności i kompletności złożonych dokumentów. Żadnej z tych czynności Zamawiający nie dokonał. Treść Ogłoszenia, w tym w szczegółowości warunków udziału w postępowaniu, nie podlega zmianom po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z czym narusza art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, taka ocena spełniania warunków udziału przez wykonawców, która odbiega od ustanowionej treści warunku (w tym wyjaśnień Zamawiającego). Naruszenie to doprowadziło w konsekwencji do uznania doświadczenia Konsorcjum Cegielski za spełniające warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej oraz bezprawnego zakwalifikowania tego

wykonawcy do dalszego udziału w Postępowaniu.

Do odwołania zostały załączone: pismo Zamawiającego z dnia 1 czerwca 2020 r. oraz Karta katalogowa EFA produkowanej przez CEFA z tłumaczeniem.

Pismami z dnia 17 czerwca 2020 r, złożonymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: H.
CEGIELSKI - POZNAŃ S.A., Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., CEFA SAS z siedzibą dla lidera w Poznaniu, zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 1291/20 oraz o sygn. akt KIO 1294/20, wskazując na brak wypełnienia się przesłanek do skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz na brak zasadności zarzutów postawionych w obydwu odwołaniach i wnosząc o oddalenie odwołań.

Pismami z dnia 15 lipca 2020 r, złożonymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2020 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na odwołania w sprawach KIO 1291/20 i KIO 1294/20 wnosząc o ich oddalenie jako całkowicie niezasadnych i przedstawiając swoje stanowisko w sprawach. Do pisma w sprawie sygn. akt KIO 1291/20 zostały załączone: Broszura parku EFA (6 str.), Norma Obronna NO-54-A201:2017 (14 str.) oraz Oświadczenie CEFA SAS pismo nr wch. 13862/IU/20 (41 str.). Do pisma w sprawie sygn. akt KIO 1294/20 zostały załączone: Broszura parku EFA (6 str.), Norma Obronna NO-54-A201:2017 (14 str.), Odpowiedź na pytania, pismo wych. Nr IU-SU-WAK/1483/20 (2 str.), Załącznik nr 1 do Ogłoszenia (2 str.), Norma Obronna NO-01-A005:2010 (48 str.), Broszura mostu M3 firmy General Dynamics (6 str.), Opis mostu AAAB firmy FNSS (9str.)

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na płycie CD oraz dowody przedłożone przez stronny załączone do ww. pism oraz złożone rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i uczestników postępowań, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący GRIFFIN wskazał m.in., że czynności dokonane przez Zamawiającego lub zaniechania w trakcie oceny i badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, są niezgodne z przepisami ustawy Pzp i mogą doprowadzić do zawarcia umowy ramowej z jednym wykonawcą, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu tj. nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie oceny podmiotowej wykonawcy i jego dopuszczenie do dalszego etapu postępowania w procedurze negocjacyjnej, może skutkować utratą przez Odwołującego możliwości zawarcia umowy ramowej z Zamawiającym, a w konsekwencji udzielenia zamówień, których przedmiot objęty jest umową ramową na podstawie art. 101 a ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Działania/zaniechania Zamawiającego naruszające przepisy ustawy Pzp, w konsekwencji pozawalają na uprzywilejowanie wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, poprzez możliwość konkurowania z wykonawcami spełniającymi warunki udziału w postępowaniu określone w Ogłoszeniu o zamówieniu. Interes i szkoda, wyraża się w tym, że dokonanie czynności związanych z usunięciem naruszeń ujawnionych w trakcie postępowania warunkuje nie tylko prawidłowość w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp, ale przede wszystkim nie dopuszcza do sytuacji, w której wykonawca niespełniający warunków udziału w postępowaniu może ubiegać się o zawarcie umowy ramowej i konkurować z wykonawcami, którzy te warunki spełnili, w tym z Odwołującym.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący CNIM wskazał m.in., że złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i pozytywnie przeszedł etap prekwalifikacji, tj. został oceniony przez Zamawiającego jako niepodlegający wykluczeniu i spełniający warunki udziału w Postępowaniu. Wykluczenie konkurencyjnego wykonawcy z udziału w Postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, może zwiększyć szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia. Przede wszystkim w interesie Odwołującego leży konkurowanie w Postępowaniu na warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania, co wyraża się także w niedopuszczeniu do udziału wykonawców niespełniających warunków ustanowionych w Ogłoszeniu. Gdyby jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum Cegielski pomimo konieczności wykluczenia tego wykonawcy z udziału w Postępowaniu, Odwołujący utraciłby szansę na uzyskanie zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy powoduje zatem, że Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i tym samym ponieść szkodę wynikającą z niezawarcia umowy w

sprawie zamówienia publicznego, wyrażającą się w utracie przychodów i zysków z tytułu jej wykonywania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione materialnoprawne przesłanki, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący są zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w wyniku oceny których zostali dopuszczeni do udziału w dalszej procedurze Postępowania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, zwiększyłyby się ich szanse na realizację zamówień w ramach umowy ramowej w przypadku jej zawarcia.

Wykonawcy: CNIM Systèmes Industriels z siedzibą w Paryżu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1291/20 po stronie odwołującego, GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1294/20 po stronie odwołującego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: H. CEGIELSKI - POZNAŃ S.A., Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., CEFA SAS, siedzibą dla lidera w Poznaniu, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1291/20 oraz o sygn. akt KIO 1294/20 po stronie zamawiającego, wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stali się ich uczestnikami.

Następnie Izba ustaliła:

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w sposób następujący: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykonał co najmniej 1 (jedną) dostawę parków pontonowych lub usługę ich modernizacji lub modyfikacji o wartości brutto co najmniej 50 000 000,00 PLN (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych)".*

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych w pkt III.2.3).2 Ogłoszenia, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wykazu dostaw lub usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał również, że *„zgodnie z decyzją nr 141/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 5.7.2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.Urz, Min. Obr. Nar. z 2017 r., poz. 149 z późn. zm.):*

1)Modernizacja jest to proces unowocześnienia SpW polegający na zmianie jego parametrów użytkowych i eksploatacyjnych w tym w szczególności parametrów krytycznych. Wynikiem modernizacji jest nowy SpW;

2)Modyfikacja jest to proces unowocześniania SpW polegający na wymianie, zastąpieniu lub rozbudowie istniejących podzespołów, funkcji lub oprogramowania, bez zmiany jego zasadniczego przeznaczenia. Wynikiem modyfikacji nie jest nowy SpW;

3)Sprzęt wojskowy (SpW) jest to wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia, jako broń, amunicja lub materiały wojenne."

W Postępowaniu zostały złożone trzy wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, tj. przez: Odwołującego GRIFFIN, Odwołującego CNIM oraz Konsorcjum Cegielski. Wszyscy wykonawcy zostali ocenieni przez Zamawiającego jako spełniający warunki udziału w Postępowaniu i niepodlegający wykluczeniu z Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nich zawarte, w granicach których Izba orzeka stosownie doustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1291/20 i w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1294/20 zarzuty dotyczą braku wykazania przez Konsorcjum Cegielski spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (doświadczenia), określonego w ogłoszeniu
0zamówieniu.

Konsorcjum Cegielski na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedstawiło wykaz zawierający 3 pozycje. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, dwie pierwsze pozycje Wykazu nie były przez niego brane pod uwagę, Pierwsza z nich, dotycząca zamówienia zrealizowanego w okresie 01/01/2015 - 31/12/2018 dla armii francuskiej SIMMT o wartości 7 939 054,22 euro, którego przedmiotem było utrzymanie w stanie gotowości operacyjnej łodzi podwodnej, nie była brana pod uwagę z uwagi na to, że przedmiot wymienionej umowy nie wpisuje się w dostawę lub usługę modyfikacji lub modernizacji parków pontonowych. Druga z nich, dotycząca zamówienia zrealizowanego w terminie 07 listopada 2014 dla armii francuskiej DGA o wartości 4 045 250,00 euro, którego przedmiotem był zakup łodzi pontonowych (F2) jako wsparcie całościowego parku pontonowego łącznie z dodatkowymi

usługami, nie była brana pod uwagę z uwagi na to, że była wykonana przed upływem 5 lat licząc od daty składania wniosków.

Trzecia pozycja Wykazu, była oceniana przez Zamawiającego w zakresie dwóch pierwszych zamówień tj. nr 2 i 9, zrealizowanych w ramach umowy ramowej DP3/2/21/2012/235 na rzecz Sił Zbrojnych Zjednoczonych Emiratów Arabskich, bowiem dla nich zostały przedstawione dokumenty potwierdzające wykonanie zgodnie z warunkami umowy. Ich przedmiotem była obsługa, utrzymanie i modernizacja parku pontonowego (EFA). Łączna wartość tych zamówień wyniosła 13 034 681,23 euro, w tym 3 896 607,00 euro, która wg kursu z dnia 06/10/2015 wyniosła 16 542 265,69 zł (zamówienie #02) oraz 9 138 074,23 euro, która wg kursu z dnia 23/04/2018 wyniosła 38 198 977,89 zł (zamówienie #09). Tym samym wartość tych zamówień przekraczała kwotę określoną w warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj. kwotę 50 000 000,00 zł. Daty wykonania poszczególnych zamówień: zamówienie nr #02 - 06.10.2015 r., zamówienie nr #09- 23.04.2018 r, mieszczą się w zakreślonym przez Zamawiającego przedziale czasu.

Z dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Cegielski wynikało, że dostawy podzespołów
1części były realizowane w ramach tej samej umowy wsparcia kontynuacyjnego
N°DP3/2/21/1/2012/235 wcześniej dostarczonych pojazdów, na podstawie odrębnych zamówień składanych przez Armię Zjednoczonych Emiratów Arabskich.

Jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przeprowadzona przez niego analiza umowy wskazanej pod poz. 3 Wykazu w zakresie przedmiotu oraz sposobu jej realizacji wykazała, że dotyczyła ona systemu mostowo-promowego EFA, które ze względu na swoje przeznaczenie oraz możliwości, wpisują się w definicję parku pontonowego, która została określona w Normie Obronnej NO-54-A201:2017 Zestawy mostów pontonowych. Wymagania, załączonej do odpowiedzi na odwołania. Zgodnie z pkt 1.3.1. ww. Normy Obronnej park pontonowy to przewoźny lub samobieżny komplet specjalnego sprzętu urządzeń umożliwiających budowę mostów i promów pływających. Zgodnie z informacjami zawartymi w dokumentach ww. umowa o wsparcie kontynuacyjne dotyczyła utrzymania technicznego, napraw oraz modernizacji systemów mostów pontonowych (EFA), została ona zawarta pomiędzy Użytkownikiem EFA a producentem, który mógł zagwarantować odpowiednie doświadczenie i umiejętności, jej przedmiot obejmował cały zakres przedsięwzięć wynikających z użytkowania, utrzymania gotowości bojowej, a także zawierał plany rozwoju technicznego sprzętu, co dla producenta komplikowało realizację zleceń, gdyż wymuszało na im utrzymanie w ciągłej gotowości do ich realizacji, zakres dostaw części i niezbędnych usług określał zamawiający.

Z pisma Konsorcjum Cegielski z dnia 14 lipca 2020 r., skierowanego do Zamawiającego, załączonego do odpowiedzi na odwołanie w sprawie przez Zamawiającego wynika, że określenie ww. umowy jako umowy ramowej nie należy traktować w sensie polskiego Pzp. Faktycznie jest ona umową ramową w ujęciu ram obejmujących pełną współpracę, przede wszystkim w zakresie kompleksowego zabezpieczenia dostaw sprzętu oraz utrzymania, w tym jego modyfikacji i modernizacji w zakresie dostosowania do najnowszych rozwiązań technicznych. Natomiast z załączonego do ww. pisma oświadczenia Prezesa Zarządu CEFA SAS w odniesieniu do poz. 3 Wykazu, CEFA zrealizowała kontrakt na opracowanie i produkcję systemu mostowego dla Armii Zjednoczonych Emiratów Arabskich, umożliwiającego wykonywanie operacji przeprawowych poprzez budowę mostów lub promów i jest odpowiedzialna za całość utrzymania ruchu (gotowości operacyjnej), remontów, prac wymiany przestarzałych elementów, modernizacji i modyfikacji w ramach 2 kontraktów (pierwszy obejmuje lata 2013 - 2018, a drugi 2018-2020), których przedmiotem jest w szczególności modernizacja i/lub modyfikacja dostarczonego systemu w celu uwzględnienia nowych dostępnych technologii i/lub dostosowanie materiałów do specyfiki wykorzystania i warunków środowiskowych działania Armii ZEA. Dostawa części w ramach kontraktu służyła zabezpieczeniu także realizacji procesów modernizacji i modyfikacji sprzętu (głównych i wsparcia). Do oświadczenia zostały załączone wyciągi z dostarczonych prac i usług. Odnośnie zamówienia 02 zostało m.in. wskazane, że dotyczyło ono elementów konstrukcyjnych, w tym pokrywy/klapy, rozkładane rampy /pochylnie, drzwi oraz przednich i tylnych dyszy pompujących (napędy/pędniki strumieniowe) i obejmowało m.in. modernizację, modyfikację materiałów stosowanych do poprawy właściwości mechanicznych konstrukcji, modyfikacji projektu w celu: wzmocnienia stref lokalnych pod dużym obciążeniem oraz integracja skurczonych pierścieni łożyskowych w celu poprawy współczynnika tarcia na stykach, modyfikację projektu w celu ulepszenia zabezpieczenia antykorozyjnego (innowacyjny proces specjalny CEFA) skrzynek wewnętrznych, modernizację, poprawę ochrony antykorozyjnej wewnątrz skrzynek wewnętrznych. Odnośnie zamówienia 09 zostało wskazane, że dotyczyło pakietów rampowych (ramp) oraz osi przednich/tylnych i obejmowało m.in. modyfikację projektu w celu poprawy ochrony antykorozyjnej skrzynek wewnętrznych, dostawę kompletnych pakietów ramp do wymiany w trybie Plug&Play oraz usprawnień operacyjnych (MTFB, przestój operacyjny), projekt rampy EFA identyczny z projektem rampy SBR, kompletna produkcja ramp przez CEFA (montaż konstrukcji, urządzenia hydrauliczne i elektryczne) oraz modernizację, poprawę ochrony antykorozyjnej osi przednich/tylnych oraz modyfikację konstrukcji w celu wymiany w trybie Plug&Play.

Zgodnie z definicją przedstawioną przez Zamawiającego, przez modyfikację rozumie się proces unowocześniania SpW polegający na

wymianie, zastąpieniu lub rozbudowie istniejących podzespołów, funkcji lub oprogramowania, bez zmiany jego zasadniczego przeznaczenia. Powyżej przedstawione informacje CEFA, wskazują na wykonanie tych usług dla wykonania których, jak również dla wykonania modernizacji, potrzebne są części zamienne. Jak zauważył Zamawiający dostawy podzespołów i części w ramach realizacji ww. zamówień obejmowały m.in. nowe zestawy w pełni wyposażonych ramp, nowe systemy w pełni wyposażonych osi, nowe pompy strumieniowe, nowe dysze do pompy, nowe silniki, nowe rampy boczne i środkowe, różne części zamienne, które mogły służyć do wykonania tych usług, co potwierdza wskazany przez CEFA SAS zakres umowy. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie także w umowie wsparcia, zawartej pomiędzy Siłami Zbrojnymi ZEA oraz CEFA SAS z dnia 5 lipca 2018 r., której wyciąg został załączony do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1291/20 oraz oświadczeniu podpułkownika Armii ZEA oraz doradcy wojskowego z dnia 16 lipca 2020 r. złożonym przez Konsorcjum Cegielski na rozprawie z zaznaczeniem, że jest to oświadczenie osoby która była menedżerem ds. sposobu utrzymania po stronie Emiratów Arabskich w czasie gdy CEFA SAS realizowała kontrakt, gdzie znalazło się m.in. stwierdzenie, że przedmiotem umowy było unowocześnianie parków pontonowych polegające na wymianie poszczególnych części mechanicznych oraz rozbudowie wielu funkcji na skutek czego zmodernizowano elementy konstrukcyjne, pakiety rampowe, oraz dodano nowe funkcje nawigacyjne oraz inne nowe usprawnienia operacyjne i antykorozyjne.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego CNIM, że producent CEFA nie spełnia warunku udziału w postępowaniu również dlatego, że jest producentem amfibii, a te w odpowiedzi na pytanie do ogłoszenia z lutego 2020 r. Zamawiający wyłączył.

Jak zostało zauważone na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego oraz co potwierdza treść pytania, która odnosi się do załącznika nr 1 do ogłoszenia i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 13 lutego 2020r., załączona do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1294/20, zarówno pytanie, jak i odpowiedź udzielona dotyczyły przedmiotu obecnego zamówienia tj. załącznika nr 1 do ogłoszenia, czyli parku pontonowego, który ma być wykonany w wyniku realizacji zamówienia ze wskazaniem z jakich elementów ma się składać przedmiot obecnego zamówienia. W piśmie Zamawiającego znajduje się m.in. wyraźne stwierdzenie, że Ogłoszenie o zamówieniu w Postępowaniu dotyczy pozyskania parków pontonowych w ukompletowaniu określonym w ust. 6 Załącznika nr 1 do Ogłoszenia. W związku z powyższym, jak również ze względu na szczegółowe wymagania, które zostaną przekazane Wykonawcom zaproszonym do składania ofert wstępnych, dostawa nie obejmuje Systemu do pokonywania suchodołów oraz wyposażenia typu amfibia.

W związku z tym, na obecnym etapie postępowania, pisma tego nie można traktować inaczej, niż dla celu wyjaśnienia przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, a zatem nie można odnosić go do warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, które ze swej istoty, winno być zdobyte w związku z wykonaniem innych zamówień, niż objęte aktualnym Postępowaniem.

Nadto, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego i Konsorcjum Cegielski, a także oświadczenia CEFA, któremu skład orzekający Izby dał wiarę, jako pochodzącemu od podmiotu najlepiej znającego przedmiot, który stwierdził, że jest to system mostowy umożliwiający wykonywanie operacji przeprawowych poprzez budowę mostów lub promów. Wpisuje się zatem w powyżej przedstawioną definicję parku pontonowego zawartą w Normie Obronnej NO-54-A201:2017, zgodnie z którą park pontonowy to przewoźny lub samobieżny komplet specjalnego sprzętu i urządzeń umożliwiających budowę mostów i promów pływających, która jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wskazuje, że dopuszczalne jest rozwiązanie stosowane w EFA, gdzie elementy parku są samobieżne, przy czym, jak zgodnie ww. twierdzą ma możliwość budowy mostów i promów. W ocenie składu orzekającego Izby dowody przedstawione przez Odwołującego CNIM w postaci m.in. zdjęć, czy wycinków artykułów prasowych, lub wydruków ze stron internetowych nie stanowią przeciwdowodu, dla ww. twierdzeń.

Zważywszy na to, iż w odwołaniu Odwołujący GRIFFIN, a następnie przystępujący po jego stronie wykonawca CNIM, zaprezentowali stanowisko, że usługę należy traktować jako umowę, a w konsekwencji ww. zamówienia nie powinny być sumowane dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w aspekcie wymaganej wartości, lecz powinny być analizowane odrębnie, wskazania wymaga, że nie ma jednej wiążącej wszystkich reguły nakazującej traktowanie jednej usługi jako odpowiednika jednej umowy.

Stosownie do art. 2 pkt 10 ustawy Pzp przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Należy zatem w tym zakresie mieć na uwadze przede wszystkim aspekt przedmiotowy. Decydujące znaczenie ma zatem treść dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia zawierające opis warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w analizowanym postępowaniu nie zdefiniował pojęcia „usługa".

Z brzmienia warunku udziału w analizowanym postępowaniu nie wynika, aby Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu usługi czy to modernizacji czy modyfikacji w ramach jednej umowy.

Zauważenia wymaga, że w treści opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych użyty jest spójnik "lub',

który wskazuje na zastosowanie alternatywy łącznej, co oznacza, że wystarcza spełnienie jednej z alternatywnych przesłanek, ale także mogą jednocześnie być spełnione dwie lub trzy przesłanki zawarte w warunku, przy czym brak w nim wskazania, że chodzi o jedną umowę, tym bardziej nie sposób się w nim doszukać zastrzeżenia, aby nie była to umowa ramowa.

W związku z tym, w ocenie Izby, rozumienie warunku, jakie obecnie sugerują Odwołujący tj. wyłączające możliwość wykazania się przez wykonawcę na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej doświadczeniem przy realizacji dwóch zamówień wykonanych w ramach jednej umowy ramowej, stanowiłoby niedozwoloną jego zmianę po dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Nadto skoro spór dotyczy tego czy zamówienia składane w ramach tej samej umowy ramowej można traktować jako wykonane w ramach jednej umowy i sumować ich wartość, czy jednak nie można, i wtedy oceniać, czy każde z nich z osobna spełnia warunek wartościowy, zauważenia wymaga, że podaniu wymogu co do wartości 50 000 000,00 zł nie towarzyszy wyraz: „każda", a także nie towarzyszy wyraz „łącznie". Oznacza to, że wartościowy aspekt warunku może być interpretowany na dwa sposoby, tj. zarówno w odniesieniu do sumy określonych w warunku dostaw/usług, jak też, jak to traktują Odwołujący, do każdej z dostaw/usług z osobna. Brak precyzji w sformułowaniu warunku nie może jednak negatywnie skutkować dla wykonawcy.
W związku z tym należy uznać, że to, iż chodzi o dwa zamówienia, które były wykonane w ramach umowy ramowej nie wyklucza możliwości uznania ich za potwierdzające spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Powyższe wskazuje, że zostało wykazane, iż Konsorcjum Cegielski spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych (doświadczenia). Tym samym nie potwierdziły się zarzuty obu odwołań w zakresie naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniach przepisów ustawy Pzp.

Stosownie do art.190 ust. 1 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Zgodnie z art.191 ust. 2 ustawy Pzp *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.*

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.
0kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 1291/20 i KIO 1294/20 orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1
1 .

Przewodniczący: