

WYROK
z dnia 25 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę: **R. S. S.A., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **R. Z. G. W. w G., ul. (...)**, przy udziale wykonawcy **M. S. R. G. S.A., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: R. S. S.A., ul. (...), i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę: **R. S. S.A., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **R. S. S.A., ul. (...)** na rzecz zamawiającego: **R. Z. G. W. w G., ul. (...)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Gdańsku**.

1

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, R. Z. G. W. w G., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

2

w przedmiocie: „Budowa łodołamaczy dla RZGW G.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 236-429707 w dniu 7 grudnia 2017 r.

Wykonawca: R. S. S.A. z siedzibą w G. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy M. S. R. G. S.A. (dalej „MSR G.”), jako najkorzystniejszej z dnia 26 kwietnia 2017 r., zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MSR G., pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, odnoszących się do doświadczenia wykonawcy oraz jego personelu,
- 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MSR G., pomimo niezgodności jej treści z SIWZ, polegającej na wskazaniu do pełnienia funkcji głównego projektanta dwóch różnych osób,

3. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez przyznanie wykonawcy MSR G. punktów w kryterium „doświadczenie personelu wiodącego” niezgodnie z zasadami określonymi w SIWZ,
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 oraz art. 41 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że obciążone jest ono nieusuwalną wadą na nieprzekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia polegającą spełniającego minimalne wymagania określone przez ustawodawcę, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania,
5. ewentualnie 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 oraz art. 12a i 38 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że obciążone jest ono nieusuwalną wadą polegającą na niezamieszczeniu informacji o dokonaniu zmiany warunków udziału w postępowaniu w treści specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, ewentualnie unieważnienia postępowania i obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

I. Zarzut naruszenia 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MSR Gryfia pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej odnoszących się do doświadczenia wykonawcy oraz jego personelu.

A. Brak wykazania doświadczenia wykonawcy.

Odwolujący wskazał, że w pkt VI.3.3.1 IDW Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat wykonali pod nadzorem Towarzystwa Klasyfikacyjnego co najmniej jedną dostawę statku odpowiadającego klasie PRS: *sKM 2 Id/hol *PRM lub

3

*sKM 2 hol *PRM lub *sKM 2 ldp/hol *PRM lub o wyższych wymaganiach. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli złożyć wykaz dostaw z ostatnich 3 lat wraz z dowodami, że zostały one wykonane należyście (VIII. 1.1. a IDW).

Z wykazu przedłożonego przez wykonawcę MSR G. wynika, że dokonał on dostawy dwóch statków o klasie *sKM 2 ldp/hol *sPRM, jednakże oświadczenie to jest całkowicie niewiarygodne. Z protokołów odbioru końcowego załączonych przez wykonawcę wynika, że w momencie dokonania dostawy oba statki miały klasę *sKM 2 Id, a więc odmienną niż określona w specyfikacji. Tym samym należy uznać, że wykonawca MSR G. nie wykazał, że spełnia warunek odnoszący się do doświadczenia wykonawcy, wobec czego winien zostać wykluczony z postępowania.

B. Brak wykazania dysponowania odpowiednio kwalifikowanym personelem.

W pkt VI.3.3.2 IDW Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy wykazali, że dysponują członkami zespołu projektowego oraz zespołu budowy i nadzoru, którzy odpowiednio do pełnionej funkcji projektowali, budowali lub nadzorowali pod nadzorem Towarzystwa Klasyfikacyjnego budowę co najmniej dwóch statków o klasie PRS: *sKM 2 Id/hol *PRM lub *sKM 2 hol *PRM lub *sKM 2 ldp/hol *PRM lub wyższych.

Ze złożonego wykazu wynika, że p. H., L., D., J., P. i nie uczestniczyli w budowie statków o wymaganych klasach. W przypadku p. K., S. i M. wskazano co prawda udział w budowie dwóch statków, którym określono klasę jako *sKM 2 ldp/hol *sPRM („S.” i „A.”), o których mowa była w punkcie A powyżej, które jednak w momencie wydania przez wykonawcę, miały klasę *sKM 2 Id. Wobec powyższego należy uznać, że żaden ze wskazanych przez wykonawcę MSR G. członków personelu nie dysponuje wymaganymi w SIWZ kwalifikacjami, a zatem wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MSR G., pomimo niezgodności jej treści z SIWZ, polegającej na wskazaniu do pełnienia funkcji głównego projektanta dwóch różnych osób.

W treści formularza ofertowego Zamawiający wymagał wskazania osoby, która będzie pełnić funkcję głównego projektanta. Wymóg ten koresponduje z zapisem pkt XVI.2.D tiret pierwsze IDW, zgodnie z którym, za wskazanie projektanta z doświadczeniem w zaprojektowaniu przynajmniej 4 jednostek wykonawcy otrzymają maksymalną ilość punktów, przy mniejszej ilości jednostek - punktacja była stosownie niższa.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający wymagał wskazania do pełnienia tej funkcji wyłącznie jednej osoby. Przemawia za tym wykładnia gramatyczna - użycie liczby pojedynczej oraz logiczna - zastosowanie słowa „główny” (główny może być tylko jeden), jak

i celowościowa - gdyby Zamawiający dopuszczał wskazanie większej liczby głównych projektantów, to wykonawcy mogliby „zbierać” punkty, wskazując czterech projektantów,

4

z których każdy zaprojektowałby jeden statek (zasługując na zero punktów), jednak łącznie zaprojektowałiby 4 statki, zasługując tym samym na punktów 10. Trudno jednak uznać by czterech projektantów z nikłym doświadczeniem było równoważnych jednemu o znacznym doświadczeniu.

Odwolujący podkreślił, że powyższe uchybienie w treści oferty nie może być usunięte w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ rezygnacja z jednego z zaoferowanych członków wiodącego personelu stanowiłaby zmianę treści oferty.

III. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez przyznanie wykonawcy MSR G. punktów w kryterium „doświadczenie personelu wiodącego” niezgodnie z zasadami SIWZ.

W pkt XVI.2.D IDW Zamawiający określił, że będzie przyznawał punkty za doświadczenie głównego projektanta oraz kierownika budowy. W zależności od tego w ilu budowach statków o klasie *sKM 2 Id/hol *PRM lub *sKM 2 hol *PRM lub *sKM 2 ldp/hol *PRM każda ze wskazanych przez wykonawców osób uczestniczyła, należało przyznać 0 pkt (do dwóch statków), 5 pkt (za trzy statki) lub 10 pkt (za 4 lub więcej statków) - łącznie maksymalnie 20 pkt.

W treści formularza ofertowego wykonawca MSR G. podał, że p. G. K. był kierownikiem budowy i nadzoru budowy dwóch statków spełniających wymóg klasy - „S.” i „A.”. Abstrahując od faktu, że oświadczenie to jest nieprawdziwe, co do klasy jednostek (o czym mowa w pkt I odwołania), to maksymalna ilość punktów jaka mogłaby za jego doświadczenie być przyznana i tak wynosi 0. W odniesieniu do dwóch osób wskazanych jako główni projektanci - wykazy ich dotyczące nie potwierdzają zaprojektowania przez nich ani jednej jednostki o wymaganej klasie, co oznacza, że za doświadczenie głównego projektanta wykonawca MSR G. powinien otrzymać 0 punktów. Zatem, przyznając wykonawcy maksymalną liczbę punktów w zakresie kwalifikacji personelu (20) Zamawiający zastosował jakieś nieznane, nieprzewidziane w SIWZ i ogłoszeniu kryteria oceny ofert.

IV. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 oraz art. 41 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że obciążone jest ono nieusuwalną wadą polegającą na nieprzekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia spełniającego minimalne wymagania określone przez ustawodawcę, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Przepis art. 41 Pzp formułuje minimalne wymagania, jakie musi spełniać ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego. Dokument, który Zamawiający nazwał „ogłoszenie o zamówieniu” i skierował do publikacji w DUUE tych wymogów nie spełnia. Brakuje w nim, w szczególności:

- warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia,
- wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia,

5

- informacji na temat wadium,
- kryteriów oceny ofert i ich znaczenia.

Braki te powodują, że dokumentu tego w ogóle nie można uznać za ogłoszenie o zamówieniu w rozumieniu ustawy. Informacje, których zamieszczenia Zamawiający zaniechał mają podstawowe znaczenie dla wykonawców, którzy byliby potencjalnie zainteresowani wykonaniem przedmiotu zamówienia. Brak możliwości uzyskania tych informacji w przewidziany prawem sposób wpływa na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie. Wada postępowania jest w oczywisty sposób nieusuwalna, gdyż niedopuszczalna jest modyfikacja ogłoszenia po upływie terminu składania ofert.

V. Zarzut naruszenia 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 oraz art. 12a i 38 ust. 4 i 4a Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że obciążone jest ono nieusuwalną wadą polegającą na nie zamieszczeniu informacji o dokonaniu zmiany warunków udziału w postępowaniu w treści specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu.

W odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 22 grudnia 2016 r. (zestaw IV, pytanie 1 Zamawiający przedstawił „wyjaśnienie” zapisów IDW odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, którego treść jest sprzeczna z literalnym brzmieniem

tych warunków w brzmieniu określonym pkt VI.3.3 IDW. Gdyby uznać tego rodzaju „wyjaśnienie” za zmianę treści specyfikacji, to Zamawiający powinien powiadomić o tym wykonawców na stronie internetowej, a ponadto opublikować stosowną zmianę treści ogłoszenia i przedłużyć termin składania ofert, ponieważ zmiana dotyczy warunków udziału w postępowaniu, a zatem elementu składającego się na obowiązkową i istotną, w rozumieniu art 12a Pzp, treść ogłoszenia o zamówieniu.

Zmiana SIWZ obejmowała bardzo znaczące złagodzenie warunków udziału w postępowaniu (zmniejszenie liczby wymaganych jednostek, zniesienie wymogów klasowych), a tym samym istotnie zwiększała krąg podmiotów, które mogły je spełnić. Brak stosownej publikacji spowodował, że potencjalni wykonawcy nie dysponowali wiedzą, o tym, że warunki udziału w postępowaniu spełniają, co mogło mieć wpływ na ilość podmiotów biorących udział w postępowaniu, a tym samym na jego wynik.

Wykonawca M. S. R. G. S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że powołując się na wyjaśnienia przez Zamawiającego treści SIWZ z dnia 19 grudnia 2016 r. i 22 grudnia 2016 r. Zamawiający nie wymagał wyłącznie wykazania się doświadczeniem w projektach o klasie PRS, lecz uznał za spełniony warunek doświadczenia w wybudowaniu, zaprojektowaniu, budowie jednostki pływającej, w tym też specjalistycznej, jeżeli wykonawca zaprojektował i wybudował statek

6

o długości większej niż 24m, który może pływać na nieograniczonych rejonach żeglugi po morzach niearktycznych z wyłączeniem jachtów, w tym morskich. Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców doprecyzował także rozumienie pojęcia „jednostki specjalistyczne” - jako jednostki o funkcjach holowania i/lub ratownictwa morskiego i/lub gaszenia pożarów itd. Zarówno lodołamacz „A.”, jak i „S.” spełniają funkcje lodołamania, holowania, statku pożarniczego i ratowniczego. Oba statki posiadają klasę *sKM 2 ldp/hol *PRM, co potwierdza kopia świadectwa klasy. Oba lodołamacze posiadały funkcję holownika już w momencie podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, co wynika z zaświadczenia próby ucięcia na palu wystawione przez PRS przed datą zdania obu statków.

Ponadto, wszystkie wskazane przez MSR G. osoby posiadają doświadczenie w projektowaniu bądź nadzorze konstrukcyjnym bądź w nadzorze nad budową statków o klasach równoważnych lub wyższych do wskazanych w SIWZ, uwzględniając odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SIWZ. Przystępujący w każdym przypadku określił typ statku i jego długość w wykazie osób skierowanych do projektu w piśmie z dnia 9 marca 2017 r.

W sprawie zarzutów odnośnie wskazania w ofercie dwóch Głównych Projektantów Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał wykazania się tylko jedną osobą o tej funkcji. Zamawiający nie zastrzegł również posługiwania się tylko jednym zespołem projektowym dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazanie dwóch projektantów jest uzasadnione tym, że projektowane będą dwa różne statki prototypowe – lodołamacz czołowy i lodołamacz liniowy. Każdy z zaproponowanych przez Przystępującego Głównych Projektantów posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ.

Przystępujący wykazał również doświadczenie p. G. K. w budowie dwóch lodołamaczy i trzech statków patrolowych o klasie równoważnej lub wyższej niż wskazana w SIWZ, czyli łącznie powinien otrzymać 10 pkt. W kryterium „doświadczenie personelu wiodącego”. Zamawiający prawidłowo przyznał maksymalną ilość punktów w tym kryterium. Obaj Główni Projektanci posiadają doświadczenie w projektowaniu i nadzorze odpowiednio - 7 i 5 jednostek, czyli każdy spełnia kryterium do przyznania 10 pkt. Łącznie zatem Zamawiający słusznie przyznał MSR G. – 20 pkt. za doświadczenie głównego projektanta i kierownika budowy.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania unieważnienia postępowania Przystępujący podniósł, że zarzuty są niezasadne, a ponadto spóźnione – po terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz w art. 182 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że w toku prowadzonego postępowania treść ogłoszenia o zamówieniu nie była zmieniana w zakresie brzmienia warunków udziału w postępowaniu, a jedynie w zakresie wydłużenia terminu

składania ofert. W dniu 3 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł po raz pierwszy odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 marca 2017 r. Odwołanie to następnie wycofał z wagi na unieważnienie przez Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2017 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W ramach ponownego badania oferty Przystępującego Zamawiający w dniu 6 kwietnia 2017 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 1 oraz w zakresie wynikającym art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 i 21 Pzp. Następnie w dniu 12 kwietnia 2017 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do wyjaśnienia złożonych dokumentów i oświadczeń, tj. wykazu potwierdzającego doświadczenie wykonawcy oraz wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich klasyfikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia, wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia oraz zakresu wykonywanych przez nich czynności, a także informacji o podstawie dysponowania tymi osobami przez wykonawcę.

Wykonawca MSR G. złożył wyjaśnienia pismem z dnia 18 kwietnia 2017 r. i załączył dokumenty, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wykonawcy oraz w zakresie doświadczenia personelu dedykowanego do realizacji zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców nie dokonywał modyfikacji warunków udziału w postępowaniu - w ramach wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2016 r. wyjaśnił jedynie rozumienie pojęcia „o klasie wyższej” użytego w treści warunków. W odpowiedzi na pytanie 1 z dnia 5 stycznia 2017 r. Zamawiający wyjaśnił natomiast pojęcie „jednostki specjalistycznej”. Powyższe wyjaśnienia oznaczają zatem jedynie uszczegółowienie rozumienia warunków, a nie ich modyfikację.

Kryteria oceny ofert zostały określone w punkcie XVI ppkt 2 lit.A-D SIWZ jako: cena z wagą - 60 %, doświadczenia personelu wiodącego - 20 %, gwarancja - 10 % i czas reakcji serwisu gwarancyjnego po dostawie każdego łodołamacza – 10 %. W zakresie oceny oferty Przystępującego w kryterium „doświadczenie personelu wiodącego” Zamawiający wyjaśnił, że przyznał wykonawcy maksymalną ilość punktów, tj. 20 (po 10 pkt. dla każdej z dwóch osób, tj. głównego projektanta i kierownika budowy).

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

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, jako wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Wykonawca . S. R. G. S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, spełniając wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba ustaliła, że w pkt VI.3.3.IDW Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy.

W pkt VI.3.3.1 IDW Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu wymagając, aby wykonawcy wykazali wykonanie w okresie ostatnich 5 lat pod nadzorem Towarzystwa Klasyfikacyjnego co najmniej jedną dostawę statku odpowiadającego klasie PRS (Polski Rejestr Statków): *sKM 2 ld/hol *PRM lub *sKM 2 hol *PRM lub *sKM 2 ldp/hol *PRM lub o wyższych wymaganiach zakończoną próbami i odbiorem o wartości brutto co najmniej 10 000 000zł, a dostawa obejmowała również swoim zakresem wykonanie projektu.

Ocena spełniania tego warunku była dokonywana w oparciu o wymagany wykaz dostaw z ostatnich 3 lat wraz z dowodami, że zostały one wykonane lub są wykonywane należycie (VIII. 1.1.a IDW).

W pkt. VI.3.3.2 lit.a IDW Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania co najmniej - w zakresie projektowania – zespołem składającym się m.in. z głównego projektanta, który w okresie ostatnich 15 lat zaprojektował i nadzorował pod nadzorem T. K. budowę co najmniej dwóch jednostek o klasie PRS P. R. S.): *sKM 2 Id/hol *PRM lub *sKM 2 hol *PRM lub *sKM 2 ldp/hol *PRM lub o wyższych.

W pkt. VI.3.3.2 lit.b IDW Zamawiający określił warunek dotyczący dysponowania co najmniej – w zakresie budowy i nadzoru – zespołem składającym się m.in. z kierownika budowy, który w okresie ostatnich 15 lat zaprojektował i nadzorował pod nadzorem T. K.o budowę co najmniej dwóch jednostek o klasie PRS Polski Rejestr Statków): *sKM 2 Id/hol *PRM lub *sKM 2 hol *PRM lub *sKM 2 ldp/hol *PRM lub o wyższych.

W celu potwierdzenia spełniania tych warunków Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami

9

na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami (VIII. 1.1.lit.b IDW).

W pkt XVI.2 lit. a-d IDW Zamawiający określił cztery kryteria oceny ofert, tj . cena z wagą - 60 %, doświadczenia personelu wiodącego - 20 %, gwarancja - 10 % i czas reakcji serwisu gwarancyjnego po dostawie (każdego łodołamacza) – 10 %. W zakresie kryterium doświadczenia personelu wiodącego Zamawiający określił sposób przyznawania punktów za doświadczenie głównego projektanta i kierownika budowy odpowiednio w zależności od ilości jednostek pływających o wymaganej klasie lub wyższej: w przypadku dwóch jednostek– 0 pkt, w przypadku trzech jednostek – 5 pkt oraz w przypadku czterech jednostek i więcej – 10 pkt. Łącznie za doświadczenie ww. dwóch osób można było uzyskać maksymalnie 20 pkt.

Na pytanie jednego z wykonawców do treści SIWZ (IDW) w zakresie ww. warunków udziału w pkt IV.1 wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2016 r. Zamawiający, odpowiadając na prośbę o wyjaśnienie określenia „o wyższych wymaganiach”, wyjaśnił zapisy IDW (dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej) wskazując na:

- a) „zaprojektowanie i dostawę dla Armatora (Zamawiającego) co najmniej jednej jednostki pływającej, w tym też specjalistycznej, o długości większej niż 24 m, która może pływać po nieograniczonych rejonach żeglugi po morzach niearktycznych z wyłączeniem jachtów w tym morskich (pkt 3.3.1),
- b) zaprojektowanie i nadzorowanie co najmniej jednej jednostki pływającej, w tym też specjalistycznej, o długości większej niż 24 m, która może pływać po nieograniczonych rejonach żeglugi po morzach niearktycznych z wyłączeniem jachtów w tym morskich (pkt 3.3.2a główny projektant, elektryk, elektronik),
- c) budowanie i nadzorowanie co najmniej jednej jednostki pływającej, w tym też specjalistycznej, o długości większej niż 24 m, która może pływać po nieograniczonych rejonach żeglugi po morzach niearktycznych z wyłączeniem jachtów w tym morskich (pkt 3.3.2b kierownik budowy), nadzorowanie co najmniej jednej jednostki pływającej, w tym też specjalistycznej, o długości większej niż 24 m, która może pływać po nieograniczonych rejonach żeglugi po morzach niearktycznych z wyłączeniem jachtów w tym morskich (pkt 3.3.2b kierownik robót elektrycznych, kierownik robót maszynowych, instalacyjnych i wyposażenia, kierownik robót kadłubowych).”

Poniżej powyższego wyjaśnienia Zamawiający wskazał jednoznacznie, że „Powyższe wyjaśnienia treści SIWZ stanowią integralną część SIWZ i są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.”

10

W kolejnych wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 5 stycznia 2017 r. w części V odpowiedź na pytanie nr 1 Zamawiający wyjaśnił m.in. pojęcie „jednostek specjalistycznych”

jako „jednostek pływających o funkcjach: holowania i/lub ratownictwa morskiego i/lub zwalczania rozlewów olejowych i/lub gaszenia pożarów obiektów zewnętrznych i/lub lodołamania w zakresie klasy lodowej i/lub transportu i/lub usług hydrograficznych i/lub badania warunków żeglowności i/lub badania torów wodnych, innych akwenów użytkowych i/lub wyznaczania parametrów bezpiecznej głębokości dróg śródlądowych, morskich oraz na otwartych obszarach dla celów zapewnienia bezpieczeństwa nawigacyjnego.”

Poniżej ww. wyjaśnień Zamawiający ponowił uwagę, że „Powyższe wyjaśnienia treści SIWZ stanowią integralną część SIWZ i są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.”

W ocenie Izby, w danym stanie faktycznym w świetle regulacji SIWZ, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MSR G., pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, odnoszących się do doświadczenia wykonawcy oraz jego personelu.

Zarzuty braku wykazania doświadczenia wykonawcy i dysponowania personelem o wymaganym doświadczeniu i kwalifikacjach zostały podniesione przez Odwołującego w odniesieniu do treści warunków w brzmieniu określonym pierwotnie w SIWZ w pkt 3.3.1, 3.3.2lit.a i b IDW, tj. bez uwzględnienia wyjaśnień Zamawiającego treści SIWZ z dnia 22 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2017 r. Należy zauważyć, że wyjaśnienia te stanowią integralną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zostało jednoznacznie zaznaczone przez Zamawiającego jednocześnie z udzieleniem wyjaśnień. Wyjaśnienia zostały też opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego. Są one zatem wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na etapie oceny ofert nie można uznać, że wyjaśnienia te nie obowiązują z tego powodu, że Zamawiający nie dokonał formalnej modyfikacji treści warunków określonych w SIWZ, tj. nie ujednolicił treści SIWZ. Należy zauważyć, że zarzut podniesiony w tym zakresie na etapie oceny ofert jest spóźniony, gdyż powinien być podniesiony w ramach środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w ustawowym terminie - wobec czynności wyjaśnień. Na etapie oceny ofert jest to zarzut spóźniony w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Treść warunków udziału w postępowaniu musi być zatem przyjęta z uwzględnieniem wyjaśnień SIWZ dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania. Zarzut braku wykazania doświadczenia wykonawcy.

Wykonawca MSR G. na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lutego 2017 r. przedłożył w dniu 9 marca 2017 r. Zamawiającemu wykaz wykonanych dostaw, z którego

11

wynika, że dokonał on dostawy dwóch statków: lodołamacz liniowy „A.” i lodołamacz czołowy „S.” o klasie *sKM 2 ldp/hol *sPRM. Załączone przez wykonawcę protokoły odbioru końcowego ww. jednostek z dnia 31 lipca 2014 r. i z dnia 30 lipca 2014 r. potwierdzają, że w momencie dokonania dostawy oba statki miały klasę sKM 2 ld według PRS, tj. odpowiadającą klasie *sKM 2 ldp/hol *PRM określonej w pkt 3.3.1 IDW (z uwzględnieniem wyjaśnień treści SIWZ z dnia 22 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2017 r.). W treści obu protokołów potwierdzono długość całkowitą statków powyżej 24 m, a załącznikami do protokołów były m.in. tymczasowe świadectwa klasy PRS oraz protokoły prób na uwięzi i na rzece lodołamacza czołowego S..

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2017 r. do wyjaśnienia złożonych dokumentów (m.in. wykazu dostaw i wykazu osób) wykonawca MSR G. wyjaśnił pismem z dnia 18 kwietnia 2017 r., że oba statki „A.” i „S.” posiadają obecnie klasę *sKM 2 ldp/hol *PRM. Przedłożył oficjalny raport statutowy PRS dla tych statków oraz kopie świadectw klasy, w których jednoznacznie potwierdzono powyższą klasę. Przedłożył również zaświadczenia próby uciągu na palu wystawione przez PRS przed datą zdania obu statków, potwierdzające, że oba lodołamacze w chwili wydania i odbioru posiadały funkcje holownika.

Uwzględniając wyjaśnienia Zamawiającego do treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu z dnia 22 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2016 r., fakt, że w momencie wydania przez wykonawcę jednostek zamawiającemu statki miały klasę *sKM 2 ld nie jest zatem sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu co do wymaganej zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy, w tym posiadanego doświadczenia. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że wykonawca MSR G. nie wykazał spełnienia

określonego przez Zamawiającego w SIWZ warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy.

Zarzut braku wykazania dysponowania odpowiednio wykwalifikowanym personelem.

Wykonawca MSR G. w dniu 9 marca 2017 r. przedłożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lutego 2017 r. wykaz osób, z którego wynika, że wskazane osoby (p. Ł. H. – kierownik robót kadłubowych, p. A. L. – główny projektant, p. St. D. – główny projektant, p. K. J. – projektant elektryk/elektronik, p. P. – projektant elektryk/elektronik, p. W. Ł. – projektant elektryk/elektronik) uczestniczyły w budowie statków o wymaganych klasach odpowiadających klasom wymaganym w SIWZ (pkt 3.3.2.lit.a IDW) z uwzględnieniem wyjaśnień treści SIWZ przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na okoliczność braku wymaganego doświadczenia w odniesieniu do ww. osób.

W zakresie doświadczenia osób wskazanych przez wykonawcę (p. G. K., Z. S. i C. M.) wykazany udział w budowie dwóch statków o klasie odpowiadającej *sKM 2 ldp/hol *sPRM (statki „S.” i „A.”) oraz pozostałych jednostek wskazanych w wykazie osób,

12

potwierdza spełnianie warunków określonych

w SIWZ (pkt 3.3.2 lit.b IDW) z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 22 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2017 r. Odwołujący nie przedstawił w omówionym powyżej zakresie żadnych dowodów potwierdzających okoliczności przeciwnie.

Wobec powyższego należało uznać, iż wykonawca MSR G. wykazał spełnienie warunków zarówno w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy, jak i doświadczenia i kwalifikacji personelu, którym dysponuje do realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MSR G. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, polegającej na wskazaniu do pełnienia funkcji głównego projektanta dwóch różnych osób.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania w formularzu ofertowym osoby, która będzie pełnić funkcję głównego projektanta, której doświadczenie było oceniane w ramach kryterium oceny ofert określonym w pkt XVI.2.D tiret pierwsze IDW, zgodnie z którym, za wskazanie projektanta z doświadczeniem w zaprojektowaniu przynajmniej czterech jednostek wykonawcy otrzymywali maksymalną ilość punktów, tj. 10 pkt.

Wykonawca MRS G. (podobnie jak i Odwołujący) wskazał do pełnienia tej funkcji dwie osoby, co było przedmiotem wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 lutego 2017 r.

Wykonawca MSR G. wyjaśnił (pismo z dnia 22 lutego 2017 r.), że obie osoby wskazane na to stanowisko p. A. L. i p. S. D. spełniają (każdy z osobna) wymagania Zamawiającego w zakresie zaprojektowania i nadzoru min. czterech jednostek o klasie odpowiadającej wymaganiom określonym w SIWZ.

Zauważyć należy, że Zamawiający określił w SIWZ wymagany personel jako minimalny, na co wprost wskazuje zwrot „co najmniej”, użyty w treści warunku określonego w pkt 3.3.2 IDW. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie ograniczył możliwości korzystania przez wykonawcę przy realizacji zamówienia z większej liczby osób dedykowanych do wykonywania koniecznych prac. W tych okolicznościach wskazanie dwóch osób do pełnienia funkcji głównego projektanta nie stanowi niezgodności z treścią SIWZ, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że obie wskazane osoby spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający zgodnie z postanowieniami pkt XVI.2.D tiret pierwsze IDW, w zakresie kryterium „doświadczenie personelu wiodącego” przyznał wykonawcy MSR G. - 10 pkt za doświadczenie głównego projektanta, tj. ilość punktów możliwą do uzyskania (maksymalną) za doświadczenie jednej osoby wskazanej na to stanowisko. Nie zachodzi zatem w tym przypadku sytuacja, aby

13

nastąpiło sumowanie doświadczenia kilku osób na potrzeby uzyskania wyższej punktacji, co podnosił Odwołujący.

W formularzu ofertowym wykonawca MSR G. wskazał na stanowisko kierownika budowy p. G. K., który był kierownikiem budowy i nadzoru budowy dwóch statków,

spełniających wymóg klasy - „S.” i „A.” oraz trzech statków patrolowych, o klasie równoważnej lub wyższej niż wskazane w SIWZ (z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 22 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2017 r.), co uzasadnia przyznanie 10 pkt za doświadczenie kierownika budowy w ramach kryterium doświadczenie personelu wiodącego.

W odniesieniu do dwóch osób wskazanych w formularzu ofertowym jako główni projektanci, tj. p. A. L. i p. S. D. wykaz potwierdza doświadczenie tych osób w projektowaniu i nadzorze odpowiednio – 7 i 5 jednostek o klasie odpowiadającej wymaganiom określonym w SIWZ (z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 22 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2017 r.). Tym samym za doświadczenie głównego projektanta wykonawcy MSR G. powinien otrzymać 10 pkt (niezależnie od tego, że wskazał dwie osoby na to stanowisko). W tym zakresie Zamawiający przyznał wykonawcy MSR G. punktację, zgodnie z kryterium określonym w SIWZ.

Podsumowując powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez przyznanie wykonawcy MSR G. punktów w kryterium „doświadczenie personelu wiodącego” niezgodnie z zasadami SIWZ, określonymi w pkt XVI.2.D IDW.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 oraz art. 41 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo nieusuwalnej wady prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na nieprzekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia spełniającego minimalne wymagania ustawowe, a także naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 oraz art. 12a i art. 38 ust. 4 i 4a Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo nieusuwalnej wady postępowania, polegającej na niezamieszczeniu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu informacji o dokonaniu zmiany warunków udziału w postępowaniu należało uznać za spóźnione w świetle przepisów art. 182 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp, określających termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia i SIWZ oraz wobec czynności wyjaśnień Zamawiającego. Ponadto, jak wynika z dokumentacji postępowania identyczne w treści zarzuty były podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym już wcześniej, tj. w dniu 3 kwietnia 2017 r. wobec pierwszego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, jednak wycofał to odwołanie z uwagi na unieważnienie przez

14

Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2017 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby wskazuje to na fakt, że zarzuty dotyczące wady postępowania podnoszone są przez Odwołującego wyłącznie na potrzeby kwestionowania wyboru oferty innego wykonawcy. W ustawowym terminie Odwołujący nie skorzystał z dostępnych mu środków ochrony prawnej w formie odwołania wobec czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających, w jego ocenie, przepisy ustawy Pzp w zakresie treści ogłoszenia i SIWZ oraz czynności udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....

15