Sygn. akt KIO 1779/20

WYROK

z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2020 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Geo Ingenieurservice Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

   1.1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Grupa GeoFusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze;

   1.2. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Grupa GeoFusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i Odwołującego w częściach po 1/2 i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 14.929,00 zł (słownie: czternaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 3.635,50 zł (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści pięć złotych 50/100) tytułem wpisu od odwołania.

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

(Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1779/20

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia. Etap II - Pogłębienie toru podejściowego", zwane dalej „Postępowaniem".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 18 listopada 2019 r., pod nr 623097-N-2019.

23 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Grupa Geofusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze (dalej „Wykonawca G").

28 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO") w dniu wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Geo Ingenieurservice Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, w którym zaskarżono:

1. nieprawidłowe badanie i ocenę ofert, a w efekcie niezasadne zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy G na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, pomimo że Wykonawca G nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2.3 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ");

2. niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 oraz art. 14 ust. 1 Pzp i art. 66 § 1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145), zwanej dalej „Kc", pomimo że Wykonawca G nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania oferta, lecz oświadczył wprost przeciwnie, że nie zgadza się na przedłużenie terminu związania ofertą i nie zamierza zawrzeć umowy z Zamawiającym;

3. niezasadny wybór oferty Wykonawcy G jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy G, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, o którym mowa w punkcie V pkt 1 ppkt 2 .3 lit a SIWZ i w związku z tym zachodziły obligatoryjne podstawy do jego wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G w związku z tym, że zachodziły podstawy do jego wykluczenia z Postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

3. art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 oraz art. 14 ust. 1 Pzp i art. 66 § 1 Kc przez

zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G, pomimo że nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, a wręcz oświadczył on, że zgody takiej nie wyraża i nie zamierza podpisać z Zamawiającym umowy w sprawie realizacji zamówienia;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z podniesionymi wyżej naruszeniami przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i 7a Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia z Postępowania Wykonawcy G;
4. odrzucenia oferty Wykonawcy G;
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył następującą argumentację.

Zarzut nr 1 i 2

Opisując warunki udziału w Postępowaniu Zamawiający zastrzegł w rozdziale V pkt 1 ppkt 2.3 lit. a SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy legitymują się odpowiednim doświadczeniem, polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie - 2 (dwóch) usług badań ferromagnetycznych podwodnych wykonanych w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, zakończonych sporządzeniem raportów - na obszarze co najmniej 50 ha każda, przy czym jedną z prac powinno stanowić badanie na akwenie o głębokościach średnich nie mniejszych niż 15 m.

Zamawiający, mając wątpliwości co do dokumentów przedłożonych w toku Postępowania przez Wykonawcę G na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, w zakresie Zadania nr 1, tj. rozpoznania ferromagnetycznego wykonywanego na zlecenie MEWO S.A., pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. wystąpił do zlecającego przedmiotowe prace o udzielenie informacji mających na celu ustalenie, na jakie potrzeby wykonywane były pomiary objęte tym zadaniem. W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiającego, osoba zatrudniona na stanowisku „Project Manager" przez MEWO S.A. udzieliła m.in. informacji, że nie były to pomiary ferromagnetyczne mające na celu identyfikacje niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego. Informacje te, w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygnaturze akt KIO 451/20, Izba uznała za jednoznaczne w swej treści. Tym niemniej, wobec niewykazania przez Zamawiającego spełnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (na zasadzie in dubio pro reo), w wyroku z dnia 27.05.2020 r. KIO uwzględniła odwołanie Wykonawcy G, nakazując Zamawiającemu zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, tj. pominiętej przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, obejmującej m. in. wyjaśnienie statusu i kompetencji osoby udzielającej informacji o realizacji usługi wykonywanej przez Wykonawcę G na rzecz MEWO S.A.

Zamawiający, w wykonaniu zobowiązań wynikających z przedmiotowego wyroku, pismem z 19 czerwca 2020 r., wystąpił do MEWO S.A. z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości w zakresie uprawnień i kompetencji osoby, która złożyła oświadczenie wiedzy zawarte w treści pisma z dnia 20.01.2020 r. Jednocześnie, również w dniu 19.06.2020 r., Zamawiający wezwał Wykonawcę G do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w przedmiocie Zadania nr 1 - w kontekście kategorycznego oświadczenia zleceniodawcy tej usługi, tj. firmy MEWO S.A.

Z udzielonej w dniu 30.06.2020 r. odpowiedzi firmy MEWO S.A. wynika jednoznacznie, że osoba składająca oświadczenie wiedzy w treści informacji z dnia 20.01.2020 r. była i jest umocowana do reprezentowania MEWO S.A. w sprawach związanych z postępowaniem dotyczącym badania ferromagnetycznego będącego przedmiotem ww. oświadczenia. Nadto, z udzielonych wyjaśnień wynika również, że treść oświadczenia z dnia 20.01.2020 r. nie uległa

zmianie, a jego ocena dokonana przez Wykonawcę G może być odmienna.

Z kolei Wykonawca G w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie udzielił żądanych wyjaśnień, w tym nie odniósł się do kategorycznej treści oświadczenia firmy MEWO S.A., jak również i przede wszystkim, nie przedstawił - wbrew żądaniu Zamawiającego - dokumentu w postaci „Raportu końcowego z badania ferromagnetycznego", który był sporządzony po wykonaniu usługi pomiarowej, a z którego to raportu w sposób jednoznaczny wynikał cel przedmiotowej usługi. Wyjaśnienie Wykonawcy G zawiera natomiast szereg nieprawdziwych stwierdzeń (np. dotyczących kwestii ceny oferty Odwołującego i relacji tej ceny do ceny oferty Wykonawcy G) i odnosi się do insynuacji w zakresie relacji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, mających cechy pomówień.

Mając na względzie powyższe, przedmiotowe wyjaśnienie z dnia 24.06.2020 r. nie stanowi wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z powyższego, w tym w zakresie niewykazania przez Wykonawcę G spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2.3. lit a SIWZ odnośnie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych (doświadczenie w zakresie realizacji podobnych usług).

Odwołujący wskazał ponadto, że celem kwestionowanej usługi nie mogło być badanie ferromagnetyczne ukierunkowane na poszukiwanie i identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, gdyż określone w wyjaśnieniach odległości pomiędzy profilami pomiarowymi wynosiły 50 m, co w konsekwencji praktycznie czyni niemożliwym zidentyfikowanie obiektów ferromagnetycznych o mniejszych gabarytach, tj. dających mniejszy sygnał zakłóceń pola magnetycznego takich jak np. bomby lotnicze, pociski artyleryjskie, pociski moździerzowe, granaty itp., co pozostaje w rażącej sprzeczności z celem badań określonych przez Zamawiającego jako warunku udziału w Postępowaniu. Tak określone odległości profili badania (co 50 m), pozwalają jedynie na wykrycie obiektów wielkogabarytowych, a nie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, co jest celem Postępowania. Zamawiający ma pełną wiedzę w kwestii tych wymogów, gdyż we wszystkich przetargach, których przedmiotem są badania ferromagnetyczne, określa odległości pomiędzy profilami na około 1,5 m. Tytułem przykładu można wskazać choćby to postępowanie oraz postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonanie badań ferromagnetycznych waz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia Budowa dogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską".

W konkluzji powyższego należy stwierdzić, że opisana wyżej usługa wykazana przez Wykonawcę G w celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia - Zadanie nr 1, nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, ponieważ nie była wykonywana „w celu" identyfikacji obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego.

Zarzut nr 3

Zdaniem Odwołującego wybór oferty Wykonawcy G został dokonany z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 oraz art. 14 ust. 1 Pzp i art. 66 § 1 Kc, tj. po upływie terminu związania ofertą i pomimo braku wyrażania przez Wykonawcę G zgody na przedłużenie tego terminu, a nawet wobec wyraźnego i jednoznacznego co do treści oświadczenia Wykonawcy G o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania oferta wobec baku zamiaru zawarcia umowy z Zamawiającym w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Upływ terminu związania ofertą powoduje więc jej wygaśnięcie, w związku z czym oferta przestaje być wiążącym oferenta oświadczeniem woli, wyrażającym jego gotowość do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą trzeba rozpatrywać nie tylko przez pryzmat przepisów Pzp, które de iure nie wprowadzają wymogu ciągłego utrzymywania przez wykonawcę stanu związania ofertą (patrz przepis art. 85 Pzp), ale sięgnąć również - przez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp - do przepisów Kc. Istotne znaczenie w tym zakresie ma zatem przepis art. 66 § 1 Kc, w świetle którego stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łączna interpretacja ww. przepisów prowadzi w konsekwencji do logicznego wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Należy bowiem zauważyć, że upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie jako wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości do zawarcia

umowy na określonych w ofercie warunkach. Konkluzja powyższa pozostaje tym bardziej uzasadniona w świetle wyraźnego oświadczenia Wykonawcy G co do braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania oferta oraz braku zamiaru i gotowości do zawarcia umowy z Zamawiającym w sprawie realizacji zamówienia publicznego.

Podsumowując, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienie zgłosił Wykonawca G, przytaczając w zgłoszonym przystąpieniu następującą argumentację.

Wykonawca G stwierdził, że w związku z przedłużającym się Postępowaniem przystąpił do realizacji innych przedsięwzięć, które angażują go w takim stopniu, że mogą utrudnić wykonanie przedmiotu zamówienia w tej sprawie. Zaznaczył, że w piśmie z 24 czerwca 2020 r. (odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp) oświadczył

Zamawiającemu, że odstępuje od wykonania zamówienia. Dodał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, wyrażającego się wyborem złożonej przez niego oferty po upływie terminu związania ofertą może ponieść szkodę majątkową, ponieważ jednoczesna realizacja kilku przedsięwzięć spowodowałaby powstanie opóźnień, a w konsekwencji - naliczenie Wykonawcy G kar umownych w każdym z kontraktów.

Wykonawca G oświadczył jednocześnie, że w przypadku podtrzymania decyzji o wyborze złożonej przez niego oferty, podejmie się realizacji przedmiotowego zamówienia, ponieważ zależy mu na każdym zadaniu oraz na dobrych relacjach z Zamawiającym.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując następujące okoliczności stanu faktycznego.

Po przeprowadzeniu badania i oceny ofert, w dniu 26 lutego 2020 r., Zamawiający poinformował, że dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Odwołującego.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, wykluczył Wykonawcę G oraz na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp odrzucił jego ofertę. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 4 Pzp stanowi z kolei, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Dalej Zamawiający podniósł, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału V ust. 1 pkt 2 ppkt 2.3 SIWZ, wymagał, by wykonawca wykazał, że wykonał w okresie 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - 2 (dwie) usługi badań ferromagnetycznych podwodnych wykonywanych w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, zakończonych sporządzeniem raportów - na obszarze co najmniej 50 ha każda, przy czym jedną z prac powinno stanowić badanie na akwenie o głębokościach średnich nie mniejszych niż 15 m.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z dnia 23.12.2019 r. Wykonawca G złożył dokumenty i oświadczenia, w tym m.in: wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W poz. 1 wykazu Wykonawca G przedstawił usługę: „Rozpoznanie ferromagnetyczne na obszarze ponad 15 tys. ha wraz z raportem z badań" o wartości 291.510 zł, a do wykazu załączył dowód jej należytego wykonania, tj. referencję z dnia 06.02.2018 r. wystawioną przez MEWO S.A. z siedzibą w Straszynie (dalej „Podmiot M"), której przedmiotem było „Wykonanie pomiarów magnetometrycznych oraz opracowanie raportu końcowego z wynikami badań".

W toku weryfikacji złożonych dokumentów, Zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji z prośbą o udzielenie informacji na jakie potrzeby wykonywane byty pomiary objęte powyższymi referencjami, na jakich obszarach (akwenach) prowadzone byty pomiary objęte powyższymi referencjami oraz jaka była średnia głębokość akwenów, na których były prowadzone pomiary objęte przedstawionymi przez Wykonawcę G referencjami.

W dniu 20.01.2020 r. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia Podmiotu M, z których wynikało jednoznacznie, że „nie były to pomiary ferromagnetyczne mające na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego”.

W informacji o pierwotnym rozstrzygnięciu Postępowania Zamawiający zwrócił uwagę, że nie sposób zakładać, by Wykonawca G, działający od wielu lat na rynku usług pomiarów ferromagnetycznych, składając na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wykaz usług, w którym zawarł ww. usługę, nie wiedział o tym, że nie były to „pomiary ferromagnetyczne mające na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego”. Wykazując tą usługę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, Wykonawca G wykazał się co najmniej rażącym niedbalstwem, o ile nie działaniem zamierzonym, co - w ocenie Zamawiającego - uzasadniało wykluczenie z Postępowania.

W dniu 28 lutego 2020 r. Zamawiający otrzymał od Wykonawcy G kopię wniesionego przez ten podmiot odwołania, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3, art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

W dniu 27 maja 2020 r. Izba wydała wyrok (sygn. akt KIO 451/20), w którym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy G oraz odrzucenia jego oferty. KIO nakazała Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert.

Zamawiający, po wykonaniu wyroku KIO, dokonał wyboru oferty Wykonawcy G, co zostało zaskarżone odwołaniem rozpoznawanym w przedmiotowej sprawie.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy G wobec nieprzedłużenia terminu związania ofertą przez tego wykonawcę Zamawiający podał, że jest to pogląd błędny, ponieważ stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z uwagi na fakt, że samo odrzucenie oferty jest radykalną czynnością zamawiającego, eliminującą wykonawcę z udziału w postępowaniu bez względu na treść oferty, ustawowe przestanki odrzucenia muszą być intepretowane ściśle.

W kontekście powyższego należy wskazać, że literalne brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp wskazuje na jednoznaczne odniesienie do sytuacji, w której zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wydłużenie terminu związania ofertą zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 Pzp. Mowa tu więc wyłącznie o sytuacji, gdy zamawiający korzysta z przysługującego mu prawo do jednorazowego zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą.

Zdaniem Zamawiającego przepisy Pzp nie nakładają na wykonawców obowiązku samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą. Stosownie do treści art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wniosek zamawiającego, przy czym, sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp obwarowany jest jedynie przypadek, w którym wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jest to więc uprawnienie, nie nakaz działania po stronie wykonawcy.

Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp i tym samym zrównania w zakresie skutku czynności prawnej, sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, z sytuacją w której wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest niezasadna. Zrównanie obu opisanych stanów wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia przez analogię, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą. Zauważyć jednak należy, że do tego samego skutku, rozumianego jako brak związania treścią oferty, prowadzą zupełnie odmienne działania lub zaniechania strony ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca G był wzywany do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium, jednakże na wcześniejszym etapie Postępowania i zgody takiej udzielił. Kolejne wezwanie ze strony Zamawiającego było więc niedopuszczalne, a przy tym z uwagi na przedłużające się

Postępowanie doszło kolejny raz do upływu terminu związania ofertą, czemu zapobiec mógł już tylko sam Wykonawca G, samodzielnie przedłużając termin związania ofertą, czego faktycznie nie uczynił.

Powyższe nie zmienia jednak wniosku o braku podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy G. Katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, że złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły.

W ocenie Zamawiającego upływ terminu związania ofertą w obecnym stanie prawnym nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.

Podsumowując powyższe rozważania Zamawiający podkreślił, że odesłanie z art. 89 ust. 1 pkt 7a do art. 85 ust. 2 Pzp dotyczy wyłącznie udzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tj. sytuacji, w której zamawiający w ramach przyznanych mu przez Pzp uprawnień i w czasie zakreślonym przez ustawę wystąpi do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, a ten nie wyrazi zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Gdyby ustawodawca chciał, aby omawiana podstawa odrzucenia oferty odnosiła się zarówno do samodzielnego przedłużenia, jak i odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp nie zastosowałby zwrotu „nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą", ale zastosowałby określenie typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą", „nie przedłużyli okresu związania ofertą" i tym podobne.

W kontekście dotychczasowych rozważań Zamawiający stwierdził, że brak jest również jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. W żadnym wypadku nie można uznać, że z momentem upływu terminu związania ofertą złożoną przez Wykonawcę G przestał on być uczestnikiem Postępowania.

Zdaniem Zamawiającego dla ewentualnego odrzucenia oferty Wykonawcy G i braku możliwości jej wyboru jako najkorzystniejszej absolutnie bez znaczenia pozostaje treść jego oświadczeń składanych po wykonaniu przez Zamawiającego wyroku w sprawie KIO 451/20, kiedy to Wykonawca G w istocie zadeklarował wycofanie się z Postępowania wskazując, że jest zaangażowany w inne przedsięwzięcia i „nie ma czasu" dla Zamawiającego. Powyższe oświadczenia Wykonawcy G zostały skoordynowane z wykonaniem mimo wszystko wezwania do wyjaśnień, które Zamawiający skierował do tego wykonawcy w wykonaniu wyroku KIO.

Aktualny stan prawny nie przewiduje możliwości wycofania oferty w innym terminie niż przed upływem terminu składania ofert. Ustawa nie daje również wykonawcom żadnych możliwości w zakresie ewentualnego zwolnienia z obowiązku udziału w postępowaniu z uwagi np. na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia. Także przez upływ terminu związania ofertą wykonawcy nie tracą swojego statusu uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, aż do jego ostatecznego rozstrzygnięcia. W konsekwencji, wspomniane oświadczenia Wykonawcy G, który istotnie poinformował Zamawiającego, że nie ma zamiaru realizować zamówienia, muszą pozostać niejako niezauważone przez Zamawiającego, który zmuszony jest dokonać wyboru oferty takiego wykonawcy, jeśli tylko jest ona ofertą najkorzystniejszą. Dopiero bowiem po wyborze oferty aktualizują się uprawnienia wykonawcy, który został wybrany, a co do oferty którego upłynął termin związania, polegające na możliwości odmowy podpisania umowy bez ryzyka utraty wadium.

Sytuacja choć z pozoru wydaje się być kuriozalna (Zamawiający wybiera wykonawcę, który nie chce być wybrany), znajduje jednak umocowanie w przepisach Pzp, jako jedyna możliwość procedowania przez Zamawiającego w omawianym stanie faktycznym. Po dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy G jako najkorzystniejszej, wykonawca ten miałby możliwość bądź podpisać umowę, bądź poinformować, że odmawia jej podpisania, co nie wiązałoby się dla tego wykonawcy w istocie z żadnymi negatywnymi konsekwencjami, a Zamawiającemu umożliwiłoby dokonanie wyboru oferty wykonawcy na drugim miejscu w rankingu ofert.

Odnośnie zarzutu w przedmiocie zaniechania wykluczenia Wykonawcy G wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający stwierdził, że choć istotnie ta kwestia nie była objęte zarzutem odwołania tego wykonawcy i przedmiotem rozpoznania KIO w sprawie KIO 451/20, niemniej jednak tak w toku rozprawy, jak i w uzasadnieniu ww. wyroku znalazły się rozważania KIO w tym przedmiocie, które determinowały zarówno treść późniejszego wezwania do Wykonawcy G oraz do Podmiotu M,

jak i miały oczywisty wpływ na sposób oceny wyjaśnień obu tych podmiotów.

W zakresie spornego warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający wskazał, że Wykonawca G złożył wykaz usług, w którym wskazał na 3 usługi. Byty to usługi realizowane odpowiednio na rzecz: Zamawiającego, Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. oraz na rzecz Podmiotu M. W zakresie usługi realizowanej na rzecz Zamawiającego oraz Portu Gdańsk, Zamawiający dysponował od początku badania oferty wiedzą, że usługi te nie spełniają wymagań SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że pierwotnie nie wzywał Wykonawcy G do wyjaśnień w zakresie usług referencyjnych, ponieważ w zakresie usługi realizowanej na rzecz Podmiotu M powziął wątpliwość co do zgodności ze stanem rzeczywistym informacji zawartych w wykazie. W konsekwencji, Zamawiający - pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. - zwrócił się do Podmiotu M z bardzo konkretnym pytaniem o spełnianie przez wykazaną usługę wymogów SIWZ. Dla uniknięcia wszelkich wątpliwości Zamawiający podał komplet informacji o przetargu, przytoczył treść warunku udziału w Postępowaniu i poprosił o potwierdzenie spełnienia usługi wykazanej z tymże warunkiem. Co bardzo istotne, Zamawiający wyraźnie podkreślił, że niezbędne jest potwierdzenie, jaka była średnia głębokość i obszar badanych akwenów oraz czy usługa miała na celu „identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego".

W treści pisma Podmiotu M z dnia 20 stycznia 2020 r., podpisanego przez I.B., zatrudnioną na stanowisku Project Manager, podano, że:

a) Wykonawca G wykonał na zlecenie Podmiotu M pomiary magnetometryczne połączone ze sporządzeniem raportu;

b) Nie byty to pomiary ferromagnetyczne mające na celu „identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego";

c) Obszar badań i głębokość akwenów, na których je prowadzono;

d) Profile pomiarowe były prowadzone co 50 m.

Po tym jak Zamawiający pierwotnie uznał, że treść oświadczenia Podmiotu M, w tym w szczególności twierdzenie, że wykonane pomiary nie miały na celu identyfikacji obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego determinuje konieczność uznania, że Zamawiającego wprowadzono w błąd, KIO w wyroku z dnia 27 maja 2020 r. uznała, że istnieje konieczność nie tylko ustalenia zakresu umocowania osoby podpisującej oświadczenie Podmiotu M, ale również konieczność dodatkowego wyjaśnienia tej kwestii z Wykonawcą G.

W uzasadnieniu wyroku zwrócono przede wszystkim uwagę na to, że skoro w oświadczeniu Podmiotu M znajduje się oświadczenie sprzeczne z oświadczeniem Wykonawcy G, to obowiązkiem Zamawiającego było wyjaśnić tą sprzeczność, a nie opierać się wyłącznie na oświadczeniu Podmiotu M. Wątpliwości KIO wzbudziło również istnienie po stronie osoby podpisującej oświadczenie w imieniu Podmiotu M uprawnienia do składania takich oświadczeń, skoro nie jest ona uprawniona do reprezentacji tego podmiotu zgodnie z KRS. Obie ww. okoliczności należało, zdaniem Izby, najpierw dogłębnie wyjaśnić, a nie uznawać „arbitralnie", że taka forma oświadczenia Podmiotu M pozwala na uznanie, że Wykonawca G wprowadził Zamawiającego w błąd.

Wykonując wyrok KIO z dnia 27 maja 2020 r. Zamawiający, pismem z dnia 19 czerwca 2020 r., wezwał Wykonawcę G do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W treści wezwania Zamawiający, referując aktualny stan Postępowania, wskazał, że:

„[...] mając na uwadze kolizję oświadczeń Państwa z oświadczeniem wystawcy referencji, jak również wobec niejednoznacznych postanowień złożonej umowy oraz treści wyroku KIO zobowiązującego Zamawiającego do zbadania powyższych okoliczności, wzywamy do wyjaśnienia przyczyn dla których wystawca referencji oświadczył, iż przedmiotem usługi nie było poszukiwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, a tym samym do wyjaśnienia rozbieżności między Państwa stanowiskiem, a stanowiskiem wystawcy referencji. Jednocześnie prosimy o okazanie raportu końcowego do umowy o dzieło zawartej z MEWO S.A. z dnia 22 lutego 2017 roku celem weryfikacji, czy przedmiotem zleconej usługi była identyfikacja obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, względnie przedstawienie w tym zakresie innych dowodów".

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, Wykonawca G, w piśmie z dnia 24 czerwca 2020 r., wskazał, że dociekana przez Zamawiającego kwestia wynika już z samego rodzaju tych badań i przepisów obowiązujących w zakresie badań gruntu (dna) pod lokalizację obiektów jądrowych. Niezależnie od tego Wykonawca G poinformował, że nie jest już zainteresowany uzyskaniem zamówienia z uwagi na zbyt długi czas oczekiwania na rozstrzygnięcie Zamawiającego, jak również zaangażowanie w inne przedsięwzięcia.

Jednocześnie, pismem z dnia 19 czerwca 2020 r., Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień do Podmiotu M. W treści pisma Zamawiający wskazał, że „[...] zwraca się z prośbą o potwierdzenie lub zaprzeczenie przez osoby uprawnione do reprezentowania spółki MEWO S.A. zgodnie z właściwym rejestrem, informacji zawartych w piśmie Nr 16012/PO/9/1/2020 z dnia 20 stycznia 2020 r. podpisanego podpisanym przez I.B. - Project Manager, przy czym w przypadku zaprzeczenia proszę o wyjaśnienie przyczyn, dla których takie oświadczenie zostało złożone". Dalej Zamawiający wskazał, że: „Zwraca uwagę, iż w piśmie zawarta jest kluczowa dla sprawy informacja, iż usługa zlecona przez Podmiot M dla Wykonawcy G nie polegała na identyfikacji obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego. W toku sporu między Dyrektorem Urzędu Morskiego w Gdyni, a Wykonawcą G przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie, Wykonawca G zaprzeczył prawdziwości Państwa oświadczenia zawartego w piśmie Nr 16012/PO/9/1/2020 z dnia 20 stycznia 2020 r. podpisanym przez I.B., twierdząc, że wbrew treści pisma wykonał usługę, która polegała na identyfikacji obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego".

Podmiot M odpowiedział na pismo Zamawiającego i w piśmie z dnia 30 czerwca 2020 r. wskazał, że - po pierwsze - potwierdza uprawnienie I.B. do składania oświadczeń woli w jego imieniu. Po drugie, w zakresie złożonego oświadczenia dot. tego, czy usługa realizowana przez Wykonawcę G miała na celu poszukiwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, Podmiot M podniósł, że z pozoru jednoznaczne oświadczenie I.B. może wprowadzać w błąd w tym sensie, że brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że dana usługa badania dna morskiego „ma na celu poszukiwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego" i kwestia ta może podlegać interpretacji.

Po analizie ww. pism Zamawiający stwierdził, że wobec braku jednoznacznych dowodów, jakoby usługa wykonana przez Wykonawcę G na rzecz Podmiotu M nie obejmowała lokalizacji obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, mając przy tym na uwadze ustalenia i rozważania KIO z wyroku z dnia 27 maja 2020 r., należało uznać, że Wykonawca G spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza. W tym zakresie Zamawiający zobowiązany był zastosować się do wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku KIO, w tym zawartej na str. 14 uzasadnienia wytycznej, by wszelkie wątpliwości usuwać na korzyść wykonawcy.

Jednocześnie Zamawiający wniósł opozycję przeciw zgłoszonemu przystąpieniu, wskazując na jej uzasadnienie, że stosownie do treści art. 185 ust. 2 Pzp przystępujący winien posiadać i wykazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

W uzasadnieniu przystąpienia Wykonawca G wskazał, że jego interes polega na tym, że w razie oddalenia odwołania będzie niejako zmuszony zrealizować zamówienie, czego nie może uczynić z uwagi na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze, a realizacja zamówienia groziłaby mu wyrządzeniem szkody majątkowej.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca G błędnie rozumie interes w rozumieniu art. 185 ust. 2 Pzp. Interes ten rozumieć należy w ujęciu szerokim, niemniej jednak winien on mieć charakter realny, a nie tylko hipotetyczny.

Zamawiający stwierdził, że Wykonawca G nie ma interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego w znaczeniu, w jakim interes ten definiuje Pzp. W szczególności zwrócić należy uwagę, że wobec bezspornego faktu braku związania ofertą Wykonawca G nie ma obowiązku podpisania umowy. Zamawiający nie dysponuje żadnymi mechanizmami mogącymi zmusić tego wykonawcę do podpisania umowy, w tym w szczególności odmowa podpisania umowy nie wiąże się dla tego wykonawcy z ryzykiem utraty wadium. Nie istnieje dla tego wykonawcy zatem nawet potencjalne ryzyko szkody majątkowej wobec zaistnienia obowiązku realizacji zamówienia, nie wspominając już o ryzyku realnym.

Zamawiający podał następnie, że zgodnie z art. 185 ust. 5 Pzp stanowisko przystępującego nie może w żadnym zakresie pozostawać w sprzeczności ze stanowiskiem strony, do której przystępuje. Zwrócił uwagę, że przepisy Pzp nie przewidują instytucji częściowego interesu w przystąpieniu do danej strony. Przystąpienie może nastąpić jedynie wtedy, gdy w całości interes strony pokrywa się z interesem zgłaszającego przystąpienie.

W tym kontekście Zamawiający zaznaczył, że zarzuty odwołania są dwojakiego rodzaju. Z jednej strony odwołują się do zagadnienia samej możliwości wyboru przez Zamawiającego oferty, co do której upłynął termin jej związania, a tym samym w tym zakresie istnieje zgodność stanowisk Odwołującego i Przystępującego, gdyż oba podmioty podnoszą, że Zamawiający nie byt uprawniony do wyboru takiej oferty i naruszył w tym zakresie przepisy Pzp. Odwołanie obejmuje jednak również zarzuty innego rodzaju, a mianowicie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy G i wykluczenia go z uwagi na niespełnianie warunków udziału w Postępowania w zakresie usługi referencyjnej realizowanej na rzecz Podmiotu M. W tej materii Odwołujący niejako powiela argumentację Zamawiającego ze sprawy KIO 451/20, a mianowicie twierdzi, że ani Wykonawca G, ani Podmiot M nie potwierdzili, że zrealizowana usługa miała na celu poszukiwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego.

Wykonawca G wyrażał, tak w toku sprawy KIO 451/20, jak i w toku wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego celem wykonania wyroku Izby, niemałe „oburzenie" faktem, że ktokolwiek może zarzucać mu, jakoby w wykazie usług podał nieprawdziwe informacje. Wykonawca G złożył obszerne wyjaśnienia, w których z całą stanowczością twierdził, że wykonana usługa miała na celu poszukiwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego. Wykonawca G nie może zatem obecnie przystępować do odwołania po stronie Odwołującego, który w treści odwołania prezentuje stanowisko sprzeczne ze stanowiskiem Wykonawcy G, prezentowanym w toku Postępowania.

Zamawiający dodał, że poziom niekonsekwencji Wykonawcy G w zakresie prezentowanego w postępowaniu odwoławczym stanowiska obrazuje dodatkowo sama treść przystąpienia, w którym z jednej strony Wykonawca G „przyznaje rację konkurentowi", a z drugiej oświadcza, że jeśli odwołanie zostanie oddalone to „podejmie się realizacji zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania, bowiem zależy mu na każdym zadaniu oraz na dobrych relacjach z zamawiającym".

W piśmie procesowym z 1 września 2020 r. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. ekspertyzy sporządzonej przez doktora nauk fizycznych inż. P.M. (dowód 1), na okoliczność wykazania, że badanie ferromagnetyczne z uwzględnieniem pokrycia badanego obszaru profilami o odległości co 50 m - mając na uwadze dostępny na runku sprzęt pomiarowy, przy użyciu którego wykonywane są badania ferromagnetyczne oraz obowiązujące zasady sztuki w zakresie prawidłowego wykonywania tego rodzaju badań - nie może służyć celowi wykrycia i identyfikacji niebezpiecznych obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego;

2. protokołu posiedzenia i rozprawy przed KIO z dnia 07.10.2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1884/19, w części dotyczącej zeznań świadka Ł.P. (dowód 2), na okoliczność wykazania, jakie parametry wykonania usługi skanowania magnetometrycznego dna akwenu w zakresie gęstości profili pomiarowych, odpowiadają i pozwalają na osiągnięcie celu w postaci poszukiwania i identyfikacji obiektów ferromagnetycznych;

3. oświadczenia Ł.P. złożonego w związku ze sprawą o sygn. akt KIO 2182/19, dotyczącą postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Usługa polegająca na oczyszczeniu dna akwenów z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych w ramach projektu pn. Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską" - dowód 3 - (oryginał oświadczenia w aktach sprawy KIO 2182/19), na okoliczność wykazania, że Ł.P. posiada pełną wiedzę i świadomość na temat obowiązujących zasad sztuki w zakresie wykonania pomiarów ferromagnetycznych mających na celu identyfikację obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego (w tym niewybuchów i niewypałów), albowiem realizował wiele kontraktów, których przedmiotem było poszukiwanie i identyfikacja zalegających w dnie obiektów niebezpiecznych, jak również - zgodnie z własnym oświadczeniem tu przywołanym - był zatrudniany przez podmioty zarządzające portami morskimi w charakterze osoby nadzorującej i kontrolującej przebieg takich prac;

4. pisma Porr S.A. do Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. wraz z załącznikami zawierającymi opracowanie uwag do metodologii badań wywiadu ferromagnetycznego dla zadania „Rozbudowa Obrotnicy nr 2", sporządzone przez Ł.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Proton-Archeo Ł.P." (dowód 4), na okoliczność wykazania, że parametry wykonania usługi badania ferromagnetycznego takie jak ustawienie tras profili pomiarowych z wyszczególnioną odległością pomiędzy nimi (gęstością profili)

determinują możliwość zweryfikowania, czy usługa skanowania dna pod kątem zalegania w nim obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego wykonana została prawidłowo;

5. Raportu z badań ferromagnetycznych wykonanych dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską (Planowana Sztuczna Wyspa)" oraz wyciągu z Raportu z badań ferromagnetycznych wykonanych dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską (Planowany Tor Wodny na Zalewie Wiślanym)", sporządzonych przez Wykonawcę G (dowody 5) - na okoliczność wykazania zawartości przykładowego raportu z badania ferromagnetycznego wykonanego w celu poszukiwania i identyfikacji obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego, jak również metodologii tego badania ze szczególnym uwzględnieniem istotnych z punktu widzenia wykonania usługi parametrów takich jak gęstość wykonania profili pomiarowych (determinujących prawidłowość wykonania usługi), a ponadto na potwierdzenie zasadności tezy, że przedstawienie przez Wykonawcę G raportu z badania ferromagnetycznego wykonanego na rzecz Podmiotu M pozwoliłoby na dokonanie oceny, czy usługa przedmiotowa była realizowana w celu identyfikacji obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego, a zatem, czy spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że wykonanie usługi badania ferromagnetycznego „w celu" identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, było elementem konstrukcyjnym sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych. Wynika z tego, żer wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, wykazując spełnienie tego warunku, zobowiązany był do udowodnienia, że podana przez niego w wykazie usługa była ukierunkowana na osiągnięcie określonego rezultatu, tj. miała służyć identyfikacji obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, a nie jakichkolwiek obiektów ferromagnetycznych.

W konsekwencji, bez znaczenia dla oceny spełnienia tego warunku udziału w Postępowaniu był fakt, czy np. w następstwie wykonania usługi badania ferromagnetycznego wykryto jakieś obiekty ferromagnetyczne pochodzenia wojskowego, jak również fakt, że każda stwierdzona anomalia magnetyczna może potencjalnie oznaczać, że w danym obszarze zakłóceń pola magnetycznego zalegają przedmioty niebezpieczne, o ile wykonanie usługi nie było ukierunkowane stricte na poszukiwanie i identyfikację obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego.

Z treści dokumentów zgromadzonych w toku badania i oceny ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym przede wszystkim kategorycznych w swej treści wyjaśnień Podmiotu M wynika niezaprzeczalnie, że sporna usługa nie była wykonywana w celu identyfikacji obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego. Oświadczenie w powyższym zakresie złożyła w dniu 20.01.2020 r. osoba, której umocowanie do składania oświadczeń wiedzy jako wiążących dla Podmiotu M zostało potwierdzone w toku procedury wyjaśniającej, wdrożonej w wykonaniu wyroku Izby z dnia 27 maja 2020 r. Oświadczenie powyższe zostało ocenione przez KIO w postępowaniu odwoławczym pod sygnaturą KIO 451/20 jako „jednoznaczne w swej treści". Informacje powyższe zostały również potwierdzone przez osoby umocowane do reprezentowania Podmiotu M w pisemnym wyjaśnieniu z dnia 30.06.2020 r., z którego wynika zarazem, że faktycznym celem badania ferromagnetycznego nie było poszukiwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego („faktyczny cel tych badań był inny"). Wykonawca G nie przedstawił żadnych dokumentów wykazujących, że celem badania ferromagnetycznego wykonanego na zlecenie Podmiotu M była identyfikacja obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego.

Przedstawiona przez Wykonawcę G w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 451/20 umowa z Podmiotem M nie potwierdza, jakoby badanie ferromagnetyczne wykonywane było w celu poszukiwania i identyfikacji obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego. Z załącznika A do tej umowy (str.3, pkt 4 - Zawartość raportów końcowych) wynika, że raport z badania ferromagnetycznego miał zawierać m.in. „wprowadzenie wyjaśniające cel badań i zadanie raportu". Wykonawca G, pomimo wezwania skierowanego przez Zamawiającego w toku procedury wyjaśniającej, nie przedstawił do wglądu Zamawiającego raportu z badania ferromagnetycznego, którego analiza pozwoliłaby w sposób ostateczny rozwiać wątpliwość w zakresie oceny spełnienia przez Wykonawcę G warunku udziału w Postępowaniu. Powyższa konstatacja jest tym bardziej uzasadniona w świetle przywołanego w pkt 8 załącznika A do umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą G a Podmiotem M.

Ponadto, analiza treści przykładowych raportów z badań ferromagnetycznych, w tym

raportów sporządzanych przez Wykonawcę G (dowody 5) wskazuje ponad wszelką wątpliwość, że zawartość tych raportów pozwala na jednoznaczne stwierdzenie jaki był cel badania ferromagnetycznego dokumentowanego takim raportem. Zestawienie tych dokumentów z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ jednoznacznie wskazuje, że usługa wykonywana na rzecz spółki Podmiotu M nie spełniała określonych w SIWZ wymagań Zamawiającego dotyczących „celu badania".

Pozostałe usługi wymienione w poz. 2 i 3 wykazu usług, realizowane na terenie Portu Wewnętrznego Gdańsk, Toru wodnego na Zalewie Wiślanym, Toru wodnego na rzece Elbląg, Portu Osłonowego oraz obszaru sztucznej wyspy, nie spełniały wymogu realizowania usługi na akwenie o głębokościach średnich nie mniejszych niż 15 m. Tym samym, nie wchodząc nawet w szczegółową analizę merytoryczną zagadnienia, stwierdzić można już prima facie, że Wykonawca G nie wykazał spełnienia analizowanego warunku udziału w Postępowaniu.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wyjaśnił, że celem kwestionowanej usługi nie mogło być badanie ferromagnetyczne ukierunkowane na poszukiwanie i identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, gdyż określone w wyjaśnieniach odległości pomiędzy profilami pomiarowymi wynosiły 50 m, co faktycznie uniemożliwiało zidentyfikowania obiektów ferromagnetycznych o mniejszych gabarytach, tj. dających mniejszy sygnał zakłóceń pola magnetycznego.

Jak wynika z treści dowodu 1 badanie ferromagnetyczne mające na celu wykrycie oraz identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego znajdujących się pod wodą (m.in. niewybuchów, min morskich), przy pokryciu badanego obszaru profilami odległymi od siebie o 50 m, nie spełni swojego celu. Zasady prawidłowego wykonania badania ferromagnetycznego, w celu wykrycia i identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego, znajdujących się pod wodą, zakładają konieczność przebadania akwenu ze 100% pokryciem, a zalecana odległość między profilami pomiarowymi to 1,5 metra. Wartości te są uniwersalnie stosowane w kraju jako kryterium dla takich badań. Ustawienie gęstości profili co 50 m uniemożliwia zbadanie całego akwenu ze 100 % pokryciem, co więcej - nie pozwala na pokrycie większości powierzchni dna badanego akwenu. W zależności od gabarytów danego potencjalnie niebezpiecznego obiektu, takie ustawienie profili pomiarowych spowoduje, że nieprzebadana pozostanie część akwenu od ponad 40% (w przypadku poszukiwania min morskich i bomb lotniczych) do niemal 90 % (w przypadku mniejszych obiektów niebezpiecznych). Rozmieszczenie podwodnych profili pomiarowych badania ferromagnetycznego co 50 m jest niewystarczające do przeprowadzenia analizy danych pomiarowych, której wynikiem miałoby być wskazanie lokalizacji występowania anomalii pola magnetycznego w całym akwenie podlegającym badaniu, mogących pochodzić od obiektów ferromagnetycznych niebezpiecznych. Tak wykonane badanie nie zapewni możliwości wykrycia, a tym bardziej identyfikacji, wszystkich niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego znajdujących się w dnie danego akwenu.

Jak wskazał Ł.P. (Prezes Zarządu Wykonawcy G) w opracowaniu uwag do metodologii badań wywiadu ferromagnetycznego dla zadania „Rozbudowa Obrotnicy nr 2 w Porcie Gdynia" (dowód 4), celem rozpoznania ferromagnetycznego jest nie tylko „oszacowanie wielkości obiektów ferromagnetycznych, ale również ich precyzyjna lokalizacja z dokładnością umożliwiającą zespołom nurkowym ich wydobycie". W przedmiotowym opracowaniu Ł.P. jednoznacznie i kategorycznie wypowiada się na temat parametrów wykonania usługi badania ferromagnetycznego, takich jak ustawienie tras profili pomiarowych z wyszczególnioną odległością pomiędzy nimi (gęstością profili) wskazując, że determinują one możliwość oceny, czy usługa skanowania dna pod kątem zalegania w nim obiektów ferromagnetycznych pochodzenia wojskowego wykonana została prawidłowo.

Nadto, w przedmiocie określenia, jakie parametry wykonania usługi skanowania magnetometrycznego dna akwenu w zakresie gęstości profili pomiarowych, odpowiadają i pozwalają na osiągnięcie celu w postaci poszukiwania i identyfikacji obiektów ferromagnetycznych, Ł.P. wypowiadał się składając zeznania w charakterze świadka podczas rozprawy przed Izbą w dniu 07.10.2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1884/19 (dowód 2) wskazując, że podczas wykonywania badań „[...] jednostka porusza się po profilach równoległych po całym akwenie i może się poruszać od półtora do trzech metrów w przypadku tego akwenu. Tak wykonana praca gwarantuje wykonanie tego, co chciał zamawiający. W oparciu o uzyskane dane tworzony jest raport". Z powyższego oświadczenia wynika zarazem, że Wykonawca G miał pełną świadomość, że wykazana przez niego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu usługa nie mogła spełniać wymagań Zamawiającego (inaczej mówiąc - wykonanie badania z ustawieniem gęstości profili co 50 m nie gwarantowało wykonania tego, czego oczekiwał Zamawiający). Kwestia wiedzy i świadomości Przystępującego co do braku spełnienia przez wykazaną usługę wymagań Zamawiającego, w szczególności w kontekście bogatego doświadczenia tego wykonawcy

w realizacji podobnych zamówień (vide dowód 3), nie będzie jednak przedmiotem dalszych rozważań Odwołującego, ponieważ w odwołaniu nie sformułowano zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy G na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Mając na uwadze zasadę powagi rzeczy osądzonej, w związku z postępowaniem odwoławczym o sygn. akt KIO 451/20, dalsze rozważanie tej kwestii musiałoby okazać się bowiem bezprzedmiotowe. Tym niemniej, analiza całokształtu przywołanych powyżej faktów pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że sporna usługa nie spełnia parametrów określonych w SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba uwzględniła opozycję Zamawiającego przeciw zgłoszonemu przystąpieniu stwierdzając, że Zamawiający uprawdopodobnił okoliczność braku po stronie Wykonawcy G interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Skład orzekający zwrócił bowiem uwagę, że Wykonawca G w zgłoszonym przystąpieniu argumentował, z jednej strony, że nie jest już zainteresowany realizacją zamówienia, a wręcz że podjęcie się jego realizacji może wyrządzić Wykonawcy G szkodę majątkową. Z drugiej strony, zarówno w zgłoszonym przystąpieniu, jak i na posiedzeniu niejawnym poprzedzającym przeprowadzoną rozprawę, Wykonawca G deklarował wykonanie zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że Wykonawca G, uzasadniając interes w zgłoszeniu przystąpienia, złożył de facto wzajemnie wykluczające się oświadczenia, co - w braku wskazania innych okoliczności uzasadniających popieranie odwołania - uznane zostało za przejaw braku legitymacji w uzyskaniu statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Wykonawcy G, wniosku Zamawiającego do Wykonawcy G o przedłużenie terminu związania ofertą z 20 grudnia 2019 r., oświadczenia Wykonawcy G z 23 grudnia 2019 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą do 31 stycznia 2020 r., wezwania Wykonawcy G do złożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 23 grudnia 2019 r., wykazu usług złożonego przez

Wykonawcę G w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 Pzp, prośby o wyjaśnienie z 10 stycznia 2020 r. adresowanej do Podmiotu M, odpowiedzi podmiotu M z 20 stycznia 2020 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 26 lutego 2020 r., prośby o wyjaśnienie z 19 czerwca 2020 r. adresowanej do Podmiotu M, odpowiedzi Podmiotu M z 30 czerwca 2020 r., wezwania Wykonawcy G z 19 czerwca 2020 r. do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, odpowiedzi Wykonawcy G z 24 czerwca 2020 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 lipca 2020 r. i dokumentów przedstawionych na rozprawie.

W ocenie składu orzekającego potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ Odwołujący wykazał, że Wykonawca G nie wykonał usługi (podwodnych badań ferromagnetycznych) w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego.

Zdaniem Izby okoliczność niespełniania przez sporną usługę wspomnianego powyżej wymogu wynikała już z pierwszego oświadczenia Podmiotu M i nie została ona zaprzeczona w treści drugiego z oświadczeń tego podmiotu. Późniejsze oświadczenie nie przesądzało bowiem odmiennie kwestii celu, którego osiągnięciu miało służyć wykonanie spornej usługi. Drugie oświadczenie Podmiotu M wyjaśniało jedynie okoliczność, że postawienie badaniu określonego celu (tu - identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego) nie gwarantuje jego osiągnięcia (i odwrotnie - wspomniany cel badania może zostać osiągnięty w toku badania, któremu takiego celu nie postawiono).

W ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że sporna usługa („Rozpoznanie ferromagnetyczne na obszarze ponad 15 tyś. ha wraz z raportem z badań"), wykonana na rzecz Podmiotu M, nie miała na celu - wbrew oświadczeniu zawartemu w złożonym przez Wykonawcę G wykazie usług - identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego. Nie przesądza o tym jedynie stanowisko Podmiotu M w zakresie celu, w jakim była wykonana ww. usługa, ale wskazują na to również przedstawione przez Odwołującego dowody dotyczące metodologii prowadzenia samych badań. Wynika z nich, po pierwsze, że badania ferromagnetyczne mające na celu identyfikację niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego wykonuje się na profilach pomiarowych rozstawionych co

1,5 - 3 m, aby uzyskać całkowite pokrycie badanego obszaru (dowody 1, 2, 4 i 5), podczas gdy w ramach spornej usługi profile rozstawione były co 50 m (vide pierwsze oświadczenie Podmiotu M). Po drugie - cel badania wskazywany jest w raporcie, będącym jego efektem (dowody 5). Co istotne, Wykonawca G - wbrew wyraźnemu oczekiwaniu Zamawiającego, wyrażonemu w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - nie przedstawił raportu z wykonania spornej usługi, ani innego dowodu świadczącego o celu, w jakim została ona wykonana. Do powyższego dodać należy, że z okoliczności sprawy wynika posiadanie przez

Wykonawcę G wiedzy o metodologii prowadzenia badań w celu identyfikacji niebezpiecznych obiektów pochodzenia wojskowego (dowód 3), wobec czego jego obowiązkiem było wykazanie Zamawiającemu tej okoliczności w odpowiedzi na wezwanie.

Reasumując, Wykonawca G nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 2.1 lit. a SIWZ, zatem podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W konsekwencji zaniechania tej czynności przez Zamawiającego Izba uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu, w pkt 1 sentencji wyroku, unieważnienie wyboru oferty Wykonawcy G oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie tego wykonawcy z Postępowania.

Nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie związany z omówioną powyżej kwestią zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Regulacja ta ma zastosowanie w przypadkach tzw. postępowań dwuetapowych, w których najpierw dochodzi do oceny sytuacji podmiotowej wykonawców, a następnie do składania ofert przez wykonawców pozytywnie zweryfikowanych pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 i art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 66 § 1 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G z uwagi na upływ terminu związania ofertą.

W powyższym zakresie Izba ustaliła, że pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy G z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 31 stycznia 2020 r. Wykonawca G - pismem z dnia 23 grudnia 2019 r. - zgodę taką wyraził. Wykonawca G nie dokonywał samodzielnie przedłużenia terminu związania ofertą po 31 stycznia 2020 r. O upływie terminu związania ofertą poinformował Zamawiającego w piśmie z 24 czerwca 2020 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Przechodząc do oceny przedmiotowego zarzutu skład orzekający przypomina, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Z kolei, zgodnie z przepisem art. 85 ust. 2 Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Zestawienie przywołanych powyżej regulacji prowadzi do wniosku, że de lege lata podstawa odrzucenia obejmuje li tylko sytuacje, w których wykonawca odmownie ustosunkował się do wniosku zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Ergo omawianej podstawy odrzucenia nie można, zdaniem Izby, rozciągać na sytuacje, w których wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) Izba orzekła stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Spośród 2 zasadniczych zarzutów odwołania (zaniechanie wykluczenia Wykonawcy G na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp) uwzględnieniu podlegał wyłącznie jeden z nich. Oznacza to, że na rzecz Odwołującego zasądzić należało połowę wpisu od odwołania (3.750 zł) i połowę wynagrodzenia pełnomocnika (1.800 zł), co daje sumę 5.550 zł. Od tego odliczyć należało

połowę wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (1.800 zł) i połowę kosztów dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę (114,50 zł) za wygranie sporu w tej części. W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.635,50 zł.

Przewodniczący: .....