

Sygn. akt: KIO 2587/23

WYROK

z dnia 18 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Profesea Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Elecom Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Elektrownie Jądrowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **PM Ecology Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2587/23

Uzasadnienie

Polskie Elektrownie Jądrowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Monitoring hydrologiczny wód morskich na potrzeby oceny Lokalizacji Lubiatowo - Kopalino”, nr referencyjny POST/K/PZP/PN/2023/049/JS (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej wyższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 3 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 086-263653

W dniu 4 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Profesea Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Elecom Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** (dalej „odwołujący”) zostało złożone odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności do której był zobowiązany na podstawie art. 226 ust 1 pkt b ppkt b ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty wykonawcy **PM Ecology Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (dalej „PM Ecology”), jako oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp w związku z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp oraz

w związku z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę PM Ecology, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez zamawiającego pomimo, że wykonawca PM Ecology nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymaganych w treści 14.1.4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), a zatem oferta wykonawcy PM Ecology winna podlegać odrzuceniu, zaś zamawiający winien dokonać ponownego badania ofert pozostałych wykonawców i kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej;

2.art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w związku

z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp oraz poprzez bezkrytyczne i niezgodne z literalną treścią 14.1.4 lit. a SWZ, a także z ustalonymi w branży morskiej zwyczajami, zbadanie przez zamawiającego przedłożonych przez PM Ecology dokumentów i wyjaśnień oraz uznanie, iż wykonawca PM Ecology spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy przedłożone przez niego dokumenty i wyjaśnienia są sprzeczne z literalną treścią 14.1.4 lit. a SWZ w zakresie obowiązku spełniania przez wykonawcę warunku wynikającego z 14.1.4 lit. a SWZ, ponadto nie potwierdzają spełnienia warunków w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej o jakich mowa w 14.1.4 lit. a SWZ a także pozostają niezgodne z ustalonymi w branży morskiej zwyczajami rozumienia pojęcia „na morzu”;

3.art. 16 ust. 1, 2 i 3 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości postępowania, co skutkowało niezasadnym i niezgodnym z prawem dokonaniem wyboru oferty PM Ecology jako najkorzystniejszej mimo, że złożona przez niego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia i nie jest wyborem zapewniającym najlepszą jakość usług oraz uzyskanie najlepszego efektu zamówienia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty PM Ecology jako najkorzystniejszej; powtórzenia czynności oceny spełniania warunków w udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu, co powinno skutkować odrzuceniem oferty PM Ecology jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest monitoring hydrologiczny wód morskich na określonym obszarze Morza Bałtyckiego, na potrzeby oceny preferowanej Lokalizacji Lubiатовo-Kopalino, celem budowy obiektów pierwszej w Polsce Elektrowni Jądrowej (dalej „EJ”), zlokalizowanej na terenie gminy Choczewo, powiat wejherowski („Lokalizacja Lubiатовo-Kopalino”) w województwie pomorskim.

Odwołujący przypomniał brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, opisanego w pkt 14.1 SWZ.

Wskazał dalej, że zamawiający pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. ogłosił i poinformował o wyborze oferty PM Ecology jako najkorzystniejszej. Dokonując wyboru oferty tego wykonawcy zamawiający w sposób nierzetelny i nieprzejrzysty, dokonał bezrefleksyjnie, bezkrytycznie i niezgodnie z literalną treścią SWZ badania przedłożonych przez PM Ecology referencji oraz Wykazu wykonanych usług wraz z wyjaśnieniami.

Zamawiający uznał za wystarczające dowody i wyjaśnienia w zakresie, w jakim PM Ecology potwierdził spełnienie warunków opisanych w pkt 14.1.4 lit. a SWZ, podczas gdy z treści złożonych dokumentów - Wykazu usług jak i dowodu na ich realizację - w postaci referencji od Spółki Gdańskie Wody Sp. z o.o. nie wynika aby: wykonawca PM Ecology wykonał nie mniej niż 1 (jedną) usługę polegającą na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego na morzu i prowadził monitoring parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą tego urządzenia przez okres nie krótszy niż 6 następujących po sobie miesięcy. Zamawiający naruszył zatem zarówno art. 112 ust 1 i ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku art. 116 ustawy Pzp, w związku z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy, z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 14.1.4 lit. a) SWZ, czym naruszył art. 226 ust. 2 b ustawy Pzp oraz zaniechał ponownego badania oceny ofert i kwalifikacji przedmiotowej wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejszą ofertę, czym naruszył także art. 139 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia PM Ecology w zakresie sformułowania „na morzu” czy użycia liczby mnogiej

„parametrów” pozostają kompletnie sprzeczne z literalną interpretacją zapisów SWZ. W szczególności wobec stwierdzenia PM Ecology, iż „na morzu” nie powinien być interpretowany jako sygnalizujący, że „stacja jest usytuowana dosłownie na powierzchni morza”. Zdaniem PM Ecology przyimek ten wskazuje, że stacja jest w pewien sposób związana z morzem, znajduje się w jego bezpośrednim otoczeniu, prowadzi na nim pomiary, jednak nie powinno się z tego wyciągać zbyt daleko idących wniosków. Zdaniem odwołującego taka interpretacja jest niedopuszczalna. W wyroku KIO z 30 listopada 2020 r., rozstrzygnięto w jaki sposób i w jakich sytuacjach należy interpretować SWZ. Jak stwierdziła Izba, bezwzględne pierwszeństwo ma interpretacja literalna zapisów SWZ. Oznacza to,

że postawione przez zamawiającego wymagania należy rozumieć w sposób dosłowny, gdyż wtedy najlepiej realizowana jest wola zamawiającego. Zdaniem KIO występują dwie sytuacje, kiedy wykonawca może odstąpić od wykładni literalnej i sięgnąć po wykładnię funkcjonalną,

a więc dążącą do tego samego celu, co zapisy literalne, ale z wykorzystaniem innych środków. Opisana wyżej sytuacja dotyczy zapisów budzących po stronie wykonawcy wątpliwości co do wymagań, jakie zamawiający stawia wykonawcy lub nie pozwalających na jednoznaczne ustalenie woli zamawiającego. Ważne jest, aby wątpliwości miały charakter obiektywny. Przypomniał również o możliwości skierowania do zamawiającego wniosku o wyjaśnienie wątpliwości, jeszcze na etapie przygotowywania oferty, czego PM Ecology zaniechał. Powoływanie się wykonawcy na interpretację funkcjonalną ma charakter pomocniczy

w sytuacji, kiedy faktycznie literalne rozumienie warunków SWZ nie stawia jednoznacznych wymagań. Powinno ono być dopuszczalne w wyjątkowych sytuacjach, gdyż zagraża ono pewności postępowania oraz zasadzie równego traktowania wykonawców. Pozostawia też pewną wątpliwość wykonawcy, który nie może być pewien czy jego interpretacja, zdaniem zamawiającego, a później KIO, nie była zbyt szeroka lub wąska. Z tego powodu, w przypadku wątpliwości co do SWZ, najlepiej jest wnosić o ich sprostowanie do zamawiającego. Dlatego też zapisy SWZ należy rozumieć w sposób dosłowny. Dopiero, gdy dosłowne rozumienie wymagań pozostawia pewne pole do interpretacji, czy też pozostawia wątpliwości, wykonawca może sięgnąć po wykładnię funkcjonalną. W wyroku z dnia 9 stycznia 2018 r. o sygn. akt KIO 2712/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przy dokonywaniu oceny zgodności złożonej przez wykonawcę oferty z wymaganiami zamawiającego, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SWZ. Wyprowadzanie daleko idących wniosków na podstawie dość uproszczonego rozumowania, iż „to co nie jest zabronione, jest dozwolone” (jak czyni przystępujący), jest nieuprawnione. Wykładnia językowa (zwana inaczej: gramatyczną, literalną, lingwistyczną, werbalną lub słowną) - dąży do ustalenia właściwego znaczenia interpretowanego tekstu prawnego z punktu widzenia języka, w jakim tekst ten jest sformułowany. Wykładnia celowościowa (funkcjonalna) - polega na ustaleniu znaczenia przepisów prawnych poprzez odwołanie się do przesłanek, które tworzą kontekst funkcjonalny rozumienia tekstu prawnego.

Zdaniem odwołującego, jak i zamawiającego (vide - wezwanie z dnia 8 sierpnia 2023 r.) z treści w pkt 14.1.4 lit. a) SWZ wynika, że spełnieniem przez wykonawcę warunku posiadania zdolności technicznej będzie wykazanie realizacji przez wykonawcę „usługi polegającej na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego na morzu i prowadzenia monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą tego urządzenia przez okres nie krótszy niż 6 następujących po sobie miesięcy”. W zakresie dotyczącym sformułowania: instalacji urządzenia pomiarowego „na morzu” odwołujący stwierdził, że zapis ten - jak zresztą stwierdził sam wykonawca PM Ecology w wyjaśnieniach z 15 sierpnia 2023 r. - nie zawiera żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zatem dokonywanie przez niego (a następnie przyjęcie jej przez zamawiającego) dowolnej, dostosowanej do własnych potrzeb wykładni pojęcia „na morzu” jest: sprzeczne z jednoznacznym i zrozumiałym sformułowaniem „na morzu” prowadzącym de facto do zrównania sformułowania „na morzu” ze sformulowaniem „na lądzie”; kompletnie niezgodne z wykładnią językową tegoż sformułowania jak i ewentualnie wykładnią funkcjonalną; stanowi dowolną interpretację PM Ecology na potrzeby posiadanego przez siebie doświadczenia.

Odwołujący argumentował, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego (PWN) „instalacja” Rzeczownik: «zespół przewodów i urządzeń doprowadzających elektryczność, gaz, wodę itp. do jakichś obiektów lub pomieszczeń» Czasownik: 2. «montowanie gdzieś urządzeń technicznych» 3. «lokowanie, urządzenie siebie lub kogoś w jakimś miejscu» „urządzenie” 1. «mechanizm lub zespół mechanizmów, służący do wykonania określonych czynności» „na” «przyimek tworzący wyrażenia oznaczające miejsce dziania się lub znajdowania się czegoś, np. Pracował na polu, miejsce lub kierunek, będące celem ruchu, czynności, np. Pojechali na Mazury.» 8 Przyimek z rzeczownikiem tworzy tzw. wyrażenie przyimkowe, które może służyć do określania miejsca położenia - określenia stosunków przestrzennych: Np. instalować na morzu, obok morza, przy morzu, za morzem, przed morzem. „morze” mórz (skrót: m.): morze Bałtyk, morze Marmara, ale: Morze Bałtyckie, Morze Adriatyckie, Morze Czarne, Morze Ochockie «rozległy obszar słonej wody; też: wielkie jezioro o znacznym zasoleniu wód» W branżowym / profesjonalnym obrocie sformułowanie „morze” oznacza

akwen wodny; „łąd” «część skorupy ziemskiej niepokryta wodami mórz i oceanów» Stosując zatem prostą wykładnię językową zamawiający w SWZ zawarł warunek dokładnie taki jakiego oczekiwał i jaki wynika z treści SWZ. Usługa miała polegać na „instalacji urządzenia pomiarowego na morzu” nie „przy morzu/ obok morza/ w pobliżu morza”.

Wskazał także, iż w prawie nie ma legalnej definicji „morza”, tym niemniej profesjonalny obrót w branży morskiej jako „morze” rozumie „akwen wodny”. Co więcej zgodnie z art. 21 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 113/2010 z dnia 9 lutego 2010 r. w sprawie wykonania rozporządzenia (WE) nr 471/2009 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie statystyk Wspólnoty dotyczących handlu zagranicznego z państwami trzecimi w odniesieniu do zakresu zgłaszanego handlu, definicji danych, sporządzania statystyk handlowych w podziale według charakterystyki działalności oraz według waluty fakturowania, a także w odniesieniu

do szczególnych towarów lub przepływów: Art. 21 „instalacje morskie” oznaczają sprzęt

i urządzenia zainstalowane i stacjonujące na morzu poza statystycznym terytorium danego kraju. Wprawdzie ww. Rozporządzenie już nie obowiązuje, tym niemniej w sposób jasny

i niebudzący wątpliwości wskazuje, iż instalacje morskie są zainstalowane „na morzu”. Próba wykazania, że sformułowanie „na morzu” może oznaczać, że urządzenie jest zainstalowane „w pewien sposób związany z morzem, znajduje się w jego bezpośrednim otoczeniu, prowadzi na nim pomiary” jest niezgodny w literalną treścią SWZ, które wprost wskazuje, że urządzenie ma być zainstalowane „na morzu”. Gdyby bowiem zamawiający dopuszczał inną/ dowolną (czy na morzu czy na lądzie, czy gdziekolwiek indziej) lokalizację/ instalację urządzeń w ogóle nie zawierałby dopisku „na morzu”. Wtedy zapis SWZ rzeczywiście dawałby możliwość wykonawcom dowolnej „instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego i prowadzenia monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej”. Mógłby także użyć innych oznaczeń, które także zostawiałby pewną swobodę dla wykonawców typu „przy morzu”, „nad morzem”, „w pobliżu morza” itp. itd. Takiego sformułowania zamawiający nie użył.

Stosując wykładnię literalną ustala się co dane słowo oznacza, bądź może oznaczać, zgodnie z regułami języka polskiego. PM Ecology zaś swoją argumentacją próbuje przekonać, że słowo/ przyimek „na” de facto oznacza coś innego. Taka wykładnia jest niedopuszczalna. Przywoływane przez PM Ecology przykłady są zdecydowanie chybione, albowiem po pierwsze dotyczyły instalacji urządzeń pomiarowych dla rzek (wód śródlądowych), a skoro przedmiotem zamówienia jest instalacja urządzeń na wodach Morza Bałtyckiego (których sposób montażu i dalsza obsługa jest nieporównywalnie bardziej skomplikowana niż dla wód śródlądowych),

to mając na uwadze treść art. 112 w związku z art. 116 ustawy Pzp, zamawiający miał prawo oczekiwać od wykonawców doświadczenia w instalacji urządzeń „na morzu” rozumianego jako zainstalowanych dosłownie na morzu. Po drugie zaś odwołujący ma spore wątpliwości co do poprawności/ zgodności z regułami języka polskiego cytowanych wypowiedzi bądź opisów typu „Radarowa stacja poziomu wody na potoku Strzyża w Gdańsku”. Ewidentnie w tym przypadku winno być sformułowanie „nad potokiem”. Przytaczane zaś przez PM Ecology wypowiedzi Prezesa Wód Gdańskich Sp. z o.o. nie stanowią żadnego dowodu jakoby wykonana przez PM Ecology usługa odbywała się „na morzu”. Wykonawca po raz kolejny manipuluje i wprowadza w błąd. Faktem jest, że teren Portu Gdańsk stanowi terytorialnie morskie wody wewnętrzne. Pominięto jednakże okoliczność, iż zgodnie z Ustawą z dnia 20 grudnia 1996 r. o portach i przystaniach morskich pod pojęciem: portu lub przystani morskiej - rozumie się przez to akweny i grunty oraz związaną z nimi infrastrukturę portową, znajdujące się w granicach portu lub przystani morskiej. Port zatem stanowi : 1. akwen: Zgodnie ze słownikiem języka polskiego (PWN) akwen «obszar wodny lub jego część» akwen [łac.], określony obszar oceanu, morza, zatoki, jeziora; 2. grunt oraz związana z nimi infrastruktura portowa. Gdyby nawet zatem nawet próbować dopatrywać się faktycznego elementu „morza” w porcie to byłby to wyłącznie „akwen morza”. Tymczasem z wyjaśnień i zdjęć załączonych przez PM Ecology do pisma z 15 sierpnia 2023 r. część urządzenia pomiarowego (skrzynka telemetryczna) znajduje się na nabrzeżu, zaś sonda hydrostatyczna- pomimo, że zanurzona w wodzie, jest w bezpośredni sposób także przymocowana do nabrzeża. Należy zatem wskazać, iż całe urządzenie pomiarowe nie znajduje się na morzu, a jest w sposób trwały przymocowane do nabrzeża. W żaden sposób nie odzwierciedla to sposobu instalacji urządzeń pomiarowych na morzu.

Ponadto odwołujący zaznaczył, że co wynika z OPZ monitoring hydrologiczny wód morskich odbywać się ma w obrębie obszaru realizacji Przedsięwzięcia, odpowiadającemu KM 164,5-169,0 - kilometrażowi brzegu morskiego, 6 km w głąb morza, a zatem już w zakresie morza terytorialnego nie zaś morskich wód wewnętrznych. Wykonawca PM Ecology zresztą nie kwestionuje, że jego wykazane doświadczenie dotyczy instalacji urządzeń pomiarowych w porcie i to zamontowanych na lądzie, a zatem sam przyznaje, że nie dokonał instalacji urządzeń „na morzu”. Próbuje po prostu w wyjaśnieniach, w sposób niedopuszczalny

z perspektywy literalnej wykładni sformułowania „na morzu”, przedstawić argumentację,

że sformułowanie to może oznaczać coś innego a zatem jest sprzeczne z literalną wykładnią treści SWZ.

Odnosząc się z kolei do sformułowania użytego w treści SWZ: prowadzenie monitoringu „parametrów” fizycznych wody morskiej, odwołujący wskazał, iż ma podobne zastrzeżenia. Zgodnie z zasadami języka polskiego rzeczowniki mogą występować w liczbie pojedynczej lub mnogiej. Rzeczownik : „parametr” (liczna pojedyncza) „parametry” (liczba mnoga) dopełniacz : (nie ma kogo czego?) „parametru” (liczna pojedyncza) „parametrów” (liczba mnoga). Odwołujący, ale też sam zamawiający (vide: wezwanie do złożenia wyjaśnień z 8 sierpnia 2023 r.) nie mają najmniejszych wątpliwości co do treści literalnego sformułowania. Jest oczywistym, że przy braku wskazania przez zamawiającego, ile dokładnie parametrów winien badać wykonawca, to muszą to być co najmniej dwa, gdyż odpowiada to liczbie mnogiej „parametrów”. Tak też wskazał wprost zamawiający w treści wezwania. Nielogicznym pozostaje, by zamawiający mając na myśli „parametru” użył słowa „parametrów”.

W dalszej części odwołujący podkreślał, że zamawiający w takim razie mógłby (powinien) użyć wtedy „co najmniej jednego parametru” albo „jednego parametru” a takiego sformułowania nie użył. Nie sposób także zgodzić się z pokrętną argumentacją PM Ecology, że użycie sformułowania „parametrów” odnosi się do ilości usług. Nawet bowiem przy jednej usłudze zamawiający używa sformułowania „parametrów”. Zwrócić zresztą należy uwagę, że sam PM Ecology w części „Powód 2” wskazuje, że parametrów fizycznych wody morskiej jest wiele (co wynika zresztą także z OPZ). Zatem sam potwierdza, że wykonawca ma tu dowolność, monitoring których z parametrów fizycznych wód morskich winny być wykazane w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest monitoring wielu różnych parametrów wody morskiej, to mając na uwadze treść art. 112 w związku z art. 116 ustawy Pzp, zamawiający miał prawo oczekiwać od wykonawców doświadczenia w monitoringu „parametrów” czyli rozumiejąc dosłownie „co najmniej dwóch”.

Odwołujący podkreślił, że prowadzenie monitoringu kilku parametrów a jednego, jest także diametralnie różne. Reasumując, dokonana przez PM Ecology „wykładnia” warunków udziału w postępowaniu jest zdaniem odwołującego zwykłą manipulacją i dostosowaniem argumentacji do własnych potrzeb, zaś przyjęcie przez zamawiającego ww. wyjaśnień stanowi naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp. Wykonawca bowiem nie przedłożył w postępowaniu, w tym na wezwanie zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 8 sierpnia 2023 r. innych referencji, a zatem najprawdopodobniej są to jedyne referencje jakie posiada PM Ecology i jedyna usługa jaką wykonał ww. podmiot w kontekście przedmiotu zamówienia. Całe zatem uzasadnienie o rozumieniu pojęć „na morzu” czy „parametrów” zmierza tylko i wyłącznie do „dopasowania” do posiadanych referencji, a nie ma nic wspólnego z rzeczywistym „błędem” zamawiającego w opisie warunków czy „koniecznością interpretacji” warunków bądź „możliwością innej interpretacji” pojęć użytych przez zamawiającego. Takie działanie wykonawcy należy z całą stanowczością odrzucić, jako niezgodne z literalną wykładnią SWZ. Jak bowiem wskazuje KIO, postanowienia SWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków, należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretacje i domysły. Nie jest, zdaniem odwołującego, dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny. Jakiegokolwiek niejasności czy brak precyzji w sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu nie mogą być - na etapie badania spełniania tych warunków - interpretowane w taki sposób, że nadaje im się bardziej restrykcyjne znaczenie, niż to wynika z ich literalnego brzmienia (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1437/22). Odwołujący wskazał także, że interpretacja PM Ecology (a następnie zamawiającego) jest także niezgodna z ustalonymi w profesjonalnej branży „morskiej” zwyczajami, a zatem niegodna z art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył również, że treść wyjaśnień PM Ecology z 15 sierpnia 2023 r. w rzeczywistości stanowi samo w sobie wprost potwierdzenie, że PM Ecology nie spełnia warunku zastrzeżonego w pkt 14.1.4 lit. a) SWZ. Mimo wezwania zamawiającego do przedłożenia innych dowodów rozwiewających wątpliwości zamawiającego, bądź dokumentów potwierdzających spełnianie warunków - PM Ecology takich dokumentów nie przedstawił, a tylko poprzestał na własnych wyjaśnieniach, bez przedłożenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów. Tymczasem, zgodnie z ugruntowaną linią Krajowej Izby Odwoławczej: zamawiający nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy brak jest pewności co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Brak złożenia jednoznacznych wyjaśnień,

potwierdzających spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, nie może prowadzić do uznania, że wykonawca spełnia warunki udziału

w postępowaniu. Nie można uznać, że zostały wyjaśnione wątpliwości zamawiającego, gdy wykonawca przedłożył takie same dokumenty jak te złożone w treści oferty. Dla procedury wyjaśnień nie został zastrzeżony jakikolwiek zamknięty katalog dokumentów, co oznacza,

że wykonawca jest zobowiązany dokładnie wyjaśnić wszelkie wątpliwości zamawiającego

za pomocą dostępnych, dowolnych dokumentów. Nie można uznać za prawidłowe twierdzenia, że na etapie wyjaśnień treści oferty, zamawiający może żądać tylko takich dokumentów, jakich żądał na etapie składania ofert. Przyjmując takie rozumienie, procedura wyjaśnień byłaby zbędna, gdyż faktycznie prowadziłyby do złożenia przez wykonawcę tych samych dokumentów, które zostały już uprzednio przez niego złożone. Tym samym procedura wyjaśnień prowadziłyby donikąd (tak w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2061/18).

Odwolujący dalej stwierdził, że ostatecznie o znaczeniu sformułowania „na morzu” czy „parametrów” przemawia i jednoznacznie wskazuje także wykładnia celowościowa/ funkcjonalna użytych przez zamawiającego zapisów. Zdaniem odwołującego, przy dokonaniu wykładni celowościowej wyrażen : „na morzu” czy „parametrów” należy ustalić cel zamawiającego, jaki zamierza osiągnąć takim, a nie innym, opisem warunków zamówienia. Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę co jest przedmiotem zamówienia (Monitoring hydrologiczny wód Morza Bałtyckiego, wymagający zainstalowania urządzeń do pomiarów parametrów rejestrowanych w Trybie ciągłym na Morzu Bałtyckim oraz zapewnieniu wszelkich urządzeń do pomiarów parametrów rejestrowanych w Trybie ekspedycyjnym, w celu prowadzenia Monitoringu); jaki jest sposób jego wykonania (prace na Morzu Bałtyckim wymagające instalacji urządzeń, pomiarów, serwisów i konserwacji oraz odczytywania danych) a także cel zamówienia (w celu charakterystyki części Bałtyku, w której prognozowana jest lokalizacja infrastruktury układów chłodzenia elektrowni jądrowej) z całą pewnością uzasadnioną intencją zamawiającego było zaangażowanie w realizację zamówienia wykonawcę, który: (i) posiada doświadczenie w instalacji urządzeń „na morzu” a nie „w pobliżu morza”; (ii) dokonywał już odczytów różnych „parametrów” wód morskich, nie zaś jednego. Konstatacją powyższa wynika nie tylko z literalnej treści zapisów SWZ i przedmiotu zamówienia, ale także z doświadczenia odwołującego i specyfiki instalacji urządzeń pomiarowych na wodach morskich, nie zaś na lądzie (nawet jeżeli urządzenia te miałyby monitorować parametry wody).

Instalacja na morzu (rzeczownik) w rozumieniu systemu to urządzenie bądź zespół urządzeń zainstalowanych na morzu tj. pływających swobodnie lub na uwięzi na lustrze wody, bądź przytwierdzonych do dna morskiego, nie posiadający punktów styku z lądem bądź konstrukcjami lądowymi. Przykładem może być pełnomorska boja nawigacyjna lub pełnomorska boja pomiarowa, która to za pomocą zestawu kotwicznego (łańcuch + kotwica) jest przytwierdzona do dna morza. Odwołujący wykonawca Elecom Sp. z o.o. wykonywał tego typu instalację urządzenia i prowadził na nim monitoring dla Baltic Trade & Investment

Sp. z o.o. Kolejnym przykładem może być morska farma wiatrowa, na której są poszczególne wiatraki. W każdym przypadku, instalacja morska nie jest zamocowana na lądzie, nabrzeżu czy wiadukcie ponad rzeką i jest dookoła otoczona wodą. Za instalację morską można w takim wypadku rozumieć urządzenie/ system/ konstrukcję/ instalację zlokalizowaną na wodzie morskiej do której nie ma dostępu z lądu, jedyną formą dostępu jest droga wodna. Z kolei instalacja na morzu (czasownik) w rozumieniu prac to czynności wykonywane na morzu

np. za pomocą statku z załogą czy nurka. To może być montowanie, serwisowanie, inspekcje urządzeń zainstalowanych na morzu. Zazwyczaj są to czynności wykonywane z pokładu jednostki pływającej/ pontonu, niekiedy za pomocą dźwigu pokładowego. Przykładem takich prac mogą być: wystawianie boi na określonej pozycji, wznoszenie wiatraków dla morskich farm wiatrowych, układanie rurociągów na dnie, inspekcje dna czy akcje poszukiwawcze. Tego typu prace są wymagane przez zamawiającego w pkt II Szczegółowego Opisu Przedmiotu zamówienia ppkt 3-5 Załącznika A do Załącznika nr 1 do SWZ.

Odwolujący zwrócił w tym miejscu uwagę, że pomiary wykonywane na morzu, bądź za pomocą instalacji na morzu cechują się: dużo gorszymi (trudniejszymi) warunkami pracy (brak stabilnego zamocowania, sztormy, wszechobecna wilgoć); znacznie utrudnionym dostępem do urządzeń znajdujących się na morzu (w celu ich instalacji, serwisowania i konserwacji). Obydwa czynniki nie występują w przypadku instalacji lądowych, nad-rzecznych czy portowych. Z tego względu dla poprawnego działania i pomyślnego osiągnięcia celu (tj. ukończenia projektu) systemy/ instalacje na morzu wymagają: znacznie większej odporności na trudne warunki pracy i niekorzystne warunki atmosferyczne oraz znacznie większej niezawodności (jakość urządzeń, poszczególnych komponentów i całego systemu, nie bez powodu odzież morska czy wyposażenie statków cechuje się wyższą jakością od tych stosowanych na lądzie); wyspecjalizowanego i doświadczonego personelu aby sprostać warunkom panującym w miejscu pracy; zachowania szczególnych procedur i zasad BHP podczas pracy z nimi celem uniknięcia wypadków i niepowodzeń. Nie bez powodu Partner Konsorcjum

ELECOM Sp. z o.o. stale doskonalili się w tym zakresie (dowód wdrożony system ISO 45001).

Dalej odwołujący odniósł się także do samych parametrów, które zostały wymienione w SWZ, a która to lista ściśle określa takie parametry, które wymagają szeregu urządzeń pomiarowych i doświadczenia w interpretacji tego typu danych. Nie ma w tym miejscu racji PM Ecology, że nie ma większego znaczenia badanie jednego „parametru” bądź kilku „parametrów”, w czym z kolei niezwykle bogate doświadczenie posiada odwołujący się wykonawca Profesea Sp. z o.o. w Sopocie. Poziom komplikacji pomiaru parametrów wyszczególnionych w OPZ (załączniku A do Załącznika 1 SWZ), w stosunku do pomiaru dowolnego z tych parametrów pojedynczo, jest niewspółmierny. Wymaga on zainstalowania urządzeń na powierzchni wody (parametry meteorologiczne), pomiarów na granicy woda/ atmosfera (poziom wody, wysokość i kierunek fali), oraz serii urządzeń pomiarowych na kilku poziomach w toni wodnej (kierunek i prędkość prądu, temperatura, zasolenie, mętność).

Od strony integracji sygnałów i przesyłu danych wymaga to doświadczenia w oceanografii operacyjnej, elektronice podwodnej a także dobrej znajomości systemów informatycznych

do integracji danych o różnej częstotliwości i rodzaju sygnałów, łącznie z integracją danych analogowych lub przetwarzania w czasie rzeczywistym sygnału analogowego do cyfrowego wraz z korekcją błędów. Kwestia pomiarów ciągłych na morzu różni się także diametralnie

od pomiarów na stacji brzegowej. Wymaga to po pierwsze zastosowania przyrządów i elementów odpornych na długotrwałe wystawienie na wpływ wody morskiej - zarówno w części nawodnej jak i podwodnej. Wymaga także odporności na urazy mechaniczne

i uwzględnienie braku stabilności platformy pomiarowej na powierzchni na skutek falowania

i sztormów. Pomiar poziomu morza i parametrów meteorologicznych musi być kompensowany na ruch wynikający z falowania - brak stałego elementu odniesienia w postaci brzegu wymaga zastosowania zupełnie innego rodzaju przyrządów. To samo dotyczy części podwodnej

- pomiar kierunku i siły prądów wymaga stworzenia platformy kompensującej naprężenia związane z falowaniem - na tyle jednak stabilnej aby nie zaburzyć rejestrowanych wyników. Dodatkowym wyzwaniem jest serwisowanie i kalibracja sprzętu - brak łatwego dostępu do urządzeń sprawia, że muszą one być w stanie wykonywać funkcje autokorekty i częściowej samonaprawy. Oznacza to użycie przyrządów o zdublowanych kluczowych systemach, wyposażonych w mechanizmy przeciwdziałające porastaniu przez organizmy morskie, i/ lub zawierające procedury autokorekty pomiaru w przypadku porośnięcia. Wymaga to także doświadczonych operatorów, którzy będą w stanie zidentyfikować degradację zapisu

i dokonać na czas czynności serwisowych. Również przesył danych ze stacji morskich zlokalizowanych w odległości 6 km w głąb morza odbywa się na zupełnie innych zasadach.

W takiej odległości nie ma możliwości przesyłu danych po kablu czy sieci WiFi, zaś

w proponowanych lokalizacjach pomiarowych transfer danych przez sieć komórkową będzie możliwy tylko podczas optymalnych warunków, o ile w ogóle. Pociąga to za sobą konieczność użycia sieci satelitarnej do transferu danych. Wysokie koszty przesyłania danych i ograniczona przepustowość sieci wymaga kompresji danych w czasie rzeczywistym, podziału danych na pakiety kontrolne o niskiej rozdzielczości czasowej przesyłane w stałych interwałach i pakiety kompletne wysyłane w optymalnych warunkach lub zgrywane w czasie fizycznych inspekcji przyrządów. Reasumując stwierdził, że pomiary na morzu wymagają innego rodzaju doświadczenia niż pomiary na stacji brzegowej, nawet jeśli mierzy ona właściwości wody morskiej.

Odwołujący przypomniał także, że zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,

w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, pojęcie proporcjonalności oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ (tak w wyroku KIO 1322/21 z dnia 26 maja 2021 r.). Zgodnie zaś z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp,

w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Mając zatem na uwadze, iż przedmiotem zamówienia jest monitoring hydrologiczny wód morskich, który polegać będzie

m.in. na zainstalowaniu urządzeń do pomiarów parametrów rejestrowanych w trybie ciągłym na Morzu Bałtyckim oraz zapewnieniu wszelkich urządzeń do pomiarów parametrów rejestrowanych w trybie ekspedycyjnym, w celu prowadzenia monitoringu; monitoring hydrologiczny odbywał się będzie w obrębie obszaru realizacji przedsięwzięcia, odpowiadającemu KM 164,5-169,0 - kilometrażowi brzegu morskiego, 6 km w głąb morza, w pełni uzasadniony pozostaje wymóg zamawiającego co do spełnienia przez wykonawcę warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegającej na wykonaniu przez wykonawców: usługi polegającej na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego

na morzu i prowadzenia monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą tego urządzenia przez okres nie krótszy niż 6 następujących po sobie miesięcy (pkt 14.1.2 lit. a SWZ). Zdaniem odwołującego, tylko wykonawca, który świadczył usługi instalacji urządzeń pomiarowych bezpośrednio na morzu, daje gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Sama instalacja urządzeń pomiarowych na morzu, a następnie ich monitoring, jest zdecydowanie bardziej wymagające i skomplikowane niż instalacja takich urządzeń

na lądzie czy nabrzeżu. Wymaga także większego doświadczenia. Wskazał jednocześnie, iż zamawiający nie narzucił wykonawcom w jakiej części akwenu morza (a tym bardziej, że ma być to akwen Morza Bałtyckiego) miało odbywać się świadczenie usług instalacji urządzenia pomiarowego i monitoringu. W ten sposób zamawiający zachował zasadę równego traktowania wykonawców oraz nie ograniczył zasad uczciwej konkurencji. Dalej, zgodnie

z OPZ Monitoring będzie polegał na pomiarze wybranych parametrów hydrodynamicznych i fizykochemicznych wody oraz parametrów meteorologicznych powietrza, w celu charakterystyki części Bałtyku, w której prognozowana jest lokalizacja infrastruktury układów chłodzenia elektrowni jądrowej (14 różnych parametrów). Zatem określenie „parametrów”

w pkt 14.1.2 lit. a SWZ (a nie jednego parametru) pozostaje nie tylko uzasadnione, ale daje wykonawcom możliwość wykazania różnych parametrów. Zamawiający bowiem nie tylko nie narzucił w SWZ jakie dokładnie parametry miały być przedmiotem usługi, na którą powołuje się wykonawca w ramach posiadanego doświadczenia, ale też ile dokładnie tychże parametrów miało być objęte ww. usługą. Wykonawcy mieli zatem pełną dowolność tak w zakresie ilości wykazywanych parametrów, jak i wyboru które parametry. W opinii odwołującego literalna treść warunku w pkt 14.1.2 lit. a) SWZ jest adekwatna do celu postępowania i stanowi wyraz uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i dopuszczenia do składania ofert jak największej ilości wykonawców.

Zdaniem odwołującego zamawiający, dokonując wyboru oferty PM Ecology, naruszył opisaną wyżej zasadę proporcjonalności warunków zamówienia do przedmiotu zamówienia oraz potwierdzających możliwość należytego wykonania przedmiotu zamówienia

z zachowaniem odpowiedniej jakości (art. 122 w związku z art. 116 ustawy Pzp),

a jednocześnie dokonał niedopuszczalnej na etapie badania ofert, zmiany oceny spełnienia warunków. Wykonawca PM Ecology nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia. Po pierwsze nie wykazał się spełnieniem wymaganych treścią w pkt 14.1.2 lit. a) SWZ warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo posłużył się referencjami zdobytymi w pracach wykonanych na rzecz instytucji Gdańskie Wody Sp. z o.o. Instytucja ta z założenia nie działa w obszarze morza tylko wód śródlądowych, zbiorników retencyjnych i potoków. W związku

z powyższym, wykonując owe zlecenie, wydaje się niemożliwym zdobycie doświadczenia/ referencji, których wymaga zamawiający tj. w zakresie instalacji (i pracy) na morzu.

Odwołujący wskazał również, iż PM Ecology, jako profesjonalista, winien zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie czy przyjęty przez niego sposób rozumienia pojęć „na morzu” i „parametrów” jest właściwy. Nie uczynił tego zapewne ze względu na okoliczność,

iż stanowisko zamawiającego w ww. zakresie jest wiążące.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu, że ten naruszył obowiązujące

w postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości oraz dokonał wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami art. 18 ustawy Pzp. Uchybienie zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem jako najkorzystniejsza została wybrana oferta, która powinna była zostać odrzucona.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,

o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca **PM Ecology Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował przystępujący w piśmie procesowym z 12 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zamawiający w jego ocenie dokonał błędnej oceny oferty złożonej przez PM Ecology, wskutek czego zaniechał odrzucenia tej oferty. W przypadku, gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się, jego oferta mogłaby zostać najwyżej oceniona a on sam miałby szansę być wybranym w postępowaniu, zawrzeć umowę, zrealizować zamówienie a w rezultacie osiągnąć zysk z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i oceniła dowody załączone do pism procesowych, jak też przedłożone przez odwołującego na rozprawie, w postaci opinii w sprawie znaczenia sformułowania „na morzu” oraz „parametrów”, użytych w treści SWZ. Izba oddaliła dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie w postaci opinii w sprawie znaczenia sformułowania „parametr fizyczny wody morskiej”, użytego w treści SWZ. Przedmiotowe opinie wykraczały bowiem poza argumentację wskazywaną w treści odwołania i dotyczyły zarzutów, które nie zostały w nim sformułowane. Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował bowiem okoliczności, że pomiar poziomu morza nie jest pomiarem właściwości fizycznej wody morskiej.

Izba dopuściła i oceniła dowód przedłożony przez przystępującego i załączony do pisma procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 4 SWZ jest monitoring hydrologiczny wód morskich na określonym obszarze Morza Bałtyckiego na potrzeby oceny preferowanej Lokalizacji Lubiatowo-Kopalino celem budowy obiektów pierwszej w Polsce Elektrowni Jądrowej („EJ”), zlokalizowanej na terenie gminy Choczewo, powiat wejherowski („Lokalizacja Lubiatowo-Kopalino”) w województwie pomorskim. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik A do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących Załącznik Nr 1 do SWZ. Zgodnie z A - Opis Przedmiotu Umowy - Prace w Zakresie Podstawowym realizowane będą od dnia zawarcia Umowy,

w ramach którego przeprowadzony zostanie Monitoring hydrologiczny wód morskich

w ustalonym okresie (II Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy). Zgodnie z pkt II. 3 OPZ: 3.1 Mobilizacja do monitoringu hydrologicznego wód morskich („Monitoring”, „Monitoring hydrologiczny wód morskich”) polegać będzie na zaprojektowaniu Monitoringu, zainstalowaniu urządzeń do pomiarów parametrów rejestrowanych w Trybie ciągłym na Morzu Bałtyckim oraz zapewnieniu wszelkich urządzeń do pomiarów parametrów rejestrowanych w Trybie ekspedycyjnym, w celu prowadzenia Monitoringu. 3.2 Monitoring będzie polegał na pomiarze wybranych parametrów hydrodynamicznych i fizykochemicznych wody oraz parametrów meteorologicznych powietrza, w celu charakterystyki części Bałtyku, w której prognozowana jest lokalizacja infrastruktury układów chłodzenia elektrowni jądrowej, w szczególności: 3.2.1 Wysokość fali, 3.2.2 Kierunek fali, 3.2.3 Prędkość prądu, 3.2.4 Kierunek prądu, 3.2.5 Poziom wody, 3.2.6 Temperatura wody, 3.2.7 Zasolenie, 3.2.8 Przewodność elektrolityczna wody, 3.2.9 Mętność, 3.2.10 Temperatura powietrza, 3.2.11 Ciśnienie powietrza, 3.2.12 Wilgotność względna, 3.2.13 Prędkość wiatru, 3.2.14 Kierunek wiatru. W przypadku braku możliwości pomiaru bezpośredniego danego parametru, o którym mowa powyżej, np. ze względu na jego specyfikę, wykonawca wykona pomiary parametrów, których dalsze przeliczenie pozwoli uzyskać wiarygodną informację o pozyskiwanym parametrze. Sposób takiego postępowania zostanie uzgodniony przez Strony na etapie

zatwierdzania Szczegółowej Metodyki. Poza wyżej wymienionymi parametrami wykonawca dostarczy dane (pomierzone bezpośrednio lub obliczone na podstawie ww. parametrów) nt. okresu stagnacji, okresu fali, fali znacznej, głębokości. 3.3 W ramach Monitoringu parametry wskazane w pkt II.3.2 mierzone będą w Trybie ciągłym (pkt II.3.2.1-3.2.7) lub w Trybie ekspedycyjnym (pkt II.3.2.6-3.2.14). Monitoring hydrologiczny odbywał się będzie w obrębie obszaru realizacji Przedsięwzięcia, odpowiadającemu KM 164,5-169,0 - kilometrażowi brzegu morskiego, 6 km w głąb morza.

Z kolei w pkt 14.1 SWZ zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 112 ust. 2 pkt 1)-4) ustawy Pzp, w tym dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 14.1.4) przewidując, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, to w tym okresie, należycie wykonał: (i) nie mniej niż 3 (trzy) usługi polegające na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego na morzu i prowadzeniu monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą tego urządzenia przez okres nie krótszy niż 2 następujące po sobie miesiące (dla każdej z 3 usług) lub (ii) nie mniej niż 1 (jedną) usługę polegającą na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego na morzu i prowadzenia monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą tego urządzenia przez okres nie krótszy niż 6 następujących po sobie miesięcy.

Zgodnie z pkt 15.4.2. SWZ wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, miał obowiązek przedstawienia, na wezwanie zamawiającego, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej: wykaz usług wykonanych, w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy usług faktycznie przez niego wykonanych. Wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 5 do SWZ.

W pkt 15.5 SWZ zamawiający zawarł informację, że na podstawie art. 42 ust. 2 Ustawy Inwestycyjnej w przypadku, gdy w terminie określonym w pkt 15.4. SWZ wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 15.4. SWZ, lub nie złożył pełnomocnictw, albo złożył wymagane przez zamawiającego środki dowodowe, o których mowa w pkt 15.4. SWZ, zawierające błędy, lub złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa ich do złożenia odpowiednio podmiotowych środków dowodowych lub pełnomocnictw, w wyznaczonym terminie, nie więcej niż trzykrotnie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego środki dowodowe powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Pismem z dnia 28 lipca 2023 r. wykonawca PM Ecology został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 14 SWZ, zgodnie z pkt 15.4.2. SWZ, opisanych wyżej.

Wykonawca PM Ecology, odpowiadając na wezwanie przedłożył między innymi wykaz zrealizowanych przez niego usług, w którym wymienił usługę, zrealizowaną na rzecz podmiotu "Gdańskie Wody" Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, jako datę wykonania usługi wpisał 12.10.2017 r. - 31.01.2020 r., okres prowadzenia monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą urządzenia pomiarowego na morzu (w miesiącach): Instalacja stacji wraz z kalibracją: od 12.10.2017 r. do 1.02.2018 r. Prowadzenie monitoringu: 1.02.2018 r. - 31.01.2020 r. W opisie przedmiotu usługi wpisał: Dostawa, montaż, uruchomienie oraz kalibracja stacji do automatycznego pomiaru poziomu zwierciadła Zatoki Gdańskiej w okresie 12.10.2017 r. do 1.02.2018 r. Następnie w okresie 1.02.2018 r. - 31.01.2020 r. prowadzenie monitoringu polegającego na wykonywaniu następujących czynności (zgodnie z zapisami umowy): bieżąca weryfikacja danych pomiarowych, bieżąca weryfikacja przesyłu danych pomiarowych, wykonywanie wymaganych przez producentów/ importerów/ dostawców poszczególnych elementów stacji czynności serwisowych, takich jak przeglądy gwarancyjne itp., dokonywanie przeglądów i ewentualnych napraw, za które odpowiada z tytułu rękojmi lub gwarancji w miejscu dostawy i montażu, obsługa karty sim do transmisji danych. Wszystkie wyżej opisane czynności zostały zrealizowane w ramach jednej umowy. Do wykazu załączona została referencja z 3 sierpnia 2023 r., wystawiona przez odbiorcę usługi, potwierdzająca jej należyte wykonanie.

Izba ustaliła także, że zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego pismem z 8 sierpnia 2023 r. do wyjaśnienia, ewentualnie do uzupełnienia dokumentów złożonych jako podmiotowe środki dowodowe.

Zamawiający przypomniał treść warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych. Następnie wskazał, że PM Ecology, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 28 lipca 2023 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp

do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedłożył podpisany w dniu 4 sierpnia 2023 r. przez Pana Michała Mrozowskiego - Prezesa Zarządu wykaz wykonanych usług, którymi wykonawca legitymuje się na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 14.1.4.a) - sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ. W treści wykazu wykonanych usług wskazano w pozycji nr 1 na usługę określoną jako „Dostawa, montaż, uruchomienie oraz kalibracja stacji do automatycznego pomiaru poziomu zwierciadła Zatoki Gdańskiej w okresie 12.10.2017 do 1.02.2018. Następnie w okresie 1.02.2018 - 31.01.2020 prowadzenie monitoringu polegającego na wykonywaniu następujących czynności (zgodnie z zapisami umowy): bieżąca weryfikacja danych pomiarowych, bieżąca weryfikacja przesyłu danych pomiarowych, wykonywanie wymaganych przez producentów/importerów/dostawców poszczególnych elementów stacji czynności serwisowych, takich jak przeglądy gwarancyjne itp., dokonywanie przeglądów i ewentualnych napraw, za które odpowiada z tytułu rękojmi lub gwarancji w miejscu dostawy i montażu” wykonaną na rzecz „Gdańskie Wody” sp. z o.o. Na potwierdzenie należytego wykonania ww. usługi dołączono referencje wystawione przez „Gdańskie Wody” Sp. z o.o. z dnia 3 sierpnia 2023 r., z których wynika m. in., że Wykonawca zrealizował „dla spółki Gdańskie Wody Sp.

z o.o. stację do automatycznego pomiaru poziomu zwierciadła wody Zatoki Gdańskiej. Pomiar wykonywany jest za pomocą sondy hydrostatycznej. Punkt zasilany jest z akumulatora. Stacja znajduje się na terenie Portu Północnego w Gdańsku”. Treść informacji zawartych w ww. wykazie wykonanych usług oraz w referencjach potwierdza wykonanie wskazanej w pkt 14.1.4. lit. a) ii. SWZ nie mniej niż 1 (jednej) usługi polegającej na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego oraz świadczenie usługi przez okres nie krótszy niż 6 następujących po sobie miesięcy, jednak wątpliwości zamawiającego wzbudza lokalizacja urządzenia, tj. czy było ono usytuowane na morzu, a także czy prowadzenie monitoringu obejmowało więcej niż jeden parametr fizyczny wody morskiej za pomocą tego urządzenia (w treści warunku użyto liczby mnogiej w odniesieniu do parametrów fizycznych wody, tymczasem wykonawca w ww. podmiotowych środkach dowodowych wskazał jeden parametr - poziom zwierciadła wody). Tym samym zamawiający nie ma pewności, czy Wykonawca spełnia warunek udziału

w postępowaniu, o którym mowa w pkt 14.1.4. lit. a) ii. SWZ. Mając na uwadze powyższe, zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia: (1) Jaka jest dokładna lokalizacja stacji

do automatycznego pomiaru poziomu zwierciadła wody Zatoki Gdańskiej na terenie Portu Północnego w ramach usługi, o której mowa w pozycji nr 1 złożonego wykazu wykonanych usług? W treści wyjaśnień należy przedstawić mapę z lokalizacją lub podać współrzędne geograficzne potwierdzające, iż stacja znajduje się na morzu; (2) Czy w ramach usługi, o której mowa w pozycji nr 1 złożonego wykazu wykonanych usług realizowany był monitoring co najmniej dwóch parametrów fizycznych wody morskiej? (3) Jeśli odpowiedź wykonawcy na pytanie poprzedzające jest twierdząca, proszę o wskazanie, jakie inne, poza poziomem zwierciadła wody, parametry wody morskiej były mierzone w toku realizacji usługi, o której mowa w pozycji nr 1 złożonego wykazu wykonanych usług? Alternatywnie, na wypadek, gdyby usługa, o której mowa w pozycji nr 1 złożonego wykazu wykonanych usług, nie obejmowała lokalizacji urządzenia na morzu oraz monitoringu co najmniej dwóch parametrów fizycznych wody, zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu wykonanych usług sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ - ze wskazaniem usługi lub usług, które spełniają warunek, o którym mowa w pkt 14.1.4. lit. a) ppkt i. lub ppkt ii. SWZ.

Odpowiadając na powyższe, pismem z dnia 15 sierpnia 2023 r. PM Ecology, udzielił następującej odpowiedzi. W zakresie dotyczącym lokalizacji stacji, na rysunkach 1, 2, 3, 4 oraz zdjęciach 1 i 2 przedstawił dokładną lokalizację stacji do automatycznego pomiaru poziomu zwierciadła wody Zatoki Gdańskiej na terenie Portu Północnego w ramach usługi, o której mowa w pozycji nr 1 złożonego wykazu wykonanych usług. Na przedstawionych zdjęciach w sposób precyzyjny opisał i przedstawił położenie stacji, wskazał także, że skrzynka telemetryczna urządzenia znajduje się na nabrzeżu w bezpośrednim sąsiedztwie części pomiarowej. Sonda hydrostatyczna znajduje się w wodzie morskiej na głębokości około 2 metrów pod powierzchnią morza w odległości około 15 cm od nabrzeża. Wyjaśnił także, że w ramach przedstawionej usługi był realizowany monitoring tylko jednego parametru fizycznego wody morskiej tj. dokonywany był automatyczny pomiar poziomu morza. Jednocześnie poinformował, że nie podziela stanowiska zamawiającego, że w wymaganiach dotyczących doświadczenia zawodowego wymagane jest przedstawienie usługi związanej

z prowadzeniem monitoringu co najmniej dwóch parametrów fizycznych wody morskiej. Do tej kwestii wykonawca odniósł się szczegółowo w drugiej części pisma, wyjaśniając jak rozumiał wymagania zamawiającego zawarte w pkt 14.1.4 lit. a SWZ w zakresie użytego w treści warunku sformułowania „na morzu” oraz „parametrów”.

Zamawiający ocenił i przyjął złożone wyjaśnienia, informując pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. o wyborze oferty PM Ecology jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż zamawiający naruszył cytowane wyżej przepisy ustawy Pzp wybierając ofertę wykonawcy PM Ecology pomimo, że ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, opisanego w pkt 14.1.4 lit a) SWZ, a zatem oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

Na wstępie należy wskazać, że zarówno w orzecznictwie, jak też doktrynie podkreśla się, że określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawców do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przepis stanowi także, że zamawiający określa warunki jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym z jednej strony zamawiający musi tak je skonstruować, aby umożliwić otwarcie rynku dla wykonawców, z drugiej zaś dających pewność, że dane zamówienie zrealizują.

Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedlały one przedmiot zamówienia, lecz pozostawił swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz określone w taki sposób, aby umożliwić zamawiającemu ich ocenę. Co równie istotne, w przypadku gdy na rynku niewielu jest wykonawców, którzy konkurować mogą między sobą i oferują dany produkt, zamawiający musi rozważyć z jednej strony jakie minimalne wymagania postawić wykonawcy, aby zweryfikować jego zdolność do realizacji zamówienia, z drugiej nie ograniczyć konkurencji, stawiając wymagania, które będą w stanie spełnić tylko pojedyncze, wyspecjalizowane podmioty.

Jak wskazał zamawiający, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją, w której niewiele jest podmiotów konkurujących ze sobą i oferujących przedmiot, który zamierza zakupić zamawiający. Jak wyjaśnił, na podstawie swoich wcześniejszych doświadczeń, wynikających z udzielania zamówień w podobnym do niniejszego przedmiocie, często spotykał się z sytuacją, gdzie wpływało niewiele ofert, co powodowało też oferowanie wysokich cen przez wykonawców. Z tych też powodów w organizowanym obecnie postępowaniu od początku kierował się celem, jakim było zapewnienie jak najszerzej konkurencyjności, przy zachowaniu zasady proporcjonalności. Z tego względu dopuszczono doświadczenie z ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (podczas gdy zazwyczaj zamawiający dopuszczają krótsze okresy np. 3 lata) oraz w sposób ogólny sformułował wymaganie, aby instalacja była „na morzu” (nie precyzując żadnych dodatkowych wymagań, takich jak np. wskazanie odległości od nabrzeża czy precyzując dodatkowe wymagania co do posadowienia urządzenia) i umożliwiała badanie parametrów wody morskiej, w której jest umiejscowiona. Takie doświadczenie wykonawców, zdaniem zamawiającego, stanowiło minimalne wymagania w zakresie, w jakim wybrany wykonawca będzie zdolny do realizacji tego zamówienia, a zarazem pozwalało na zwiększenie konkurencyjności w postępowaniu.

Odwołujący z kolei zarzucał zamawiającemu, że ten dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z jego literalnym brzmieniem, gdyż PM Ecology nie spełnił wymagań w zakresie, w jakim treść warunku precyzowała, że urządzenie pomiarowe ma być „na morzu” oraz w zakresie użytego przez zamawiającego sformułowania „parametrów”.

Izba podziela w pełni wywody odwołującego, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności wykładni literalnej. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie, realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Należy także zgodzić się z twierdzeniem, że nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje czy interpretacje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku. Ta dyrektywa dotyczy w szczególności tego, iż zamawiający na etapie badania i oceny ofert, nie może interpretować wymagań stawianych w

SWZ w sposób bardziej rygorystyczny, niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłyby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji zapisów dokumentacji postępowania. To w konsekwencji powodowałoby naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 16 ustawy Pzp. Oznacza to także, że zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, aby wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, legitymował się doświadczeniem takim, jakie nie było oczekiwane i sprecyzowane jednoznacznie w treści SWZ. Odwołujący

z kolei domaga się, aby zamawiający takiej właśnie weryfikacji dokonał w odniesieniu do doświadczenia wskazanego przez PM Ecology.

Izba wskazuje, że rolą zamawiającego, który przygotowuje SWZ jest poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu tj. w taki sposób, aby nie rodziły one wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli jednak warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zawsze zastosować taki sposób interpretacji, który będzie korzystniejszy dla wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający sformułował warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 14.1.4) w następujący sposób: zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: (a) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, to w tym okresie, należycie wykonał: (i) nie mniej niż 3 (trzy) usługi polegające na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego na morzu i prowadzeniu monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą tego urządzenia przez okres nie krótszy niż 2 następujące po sobie miesiące (dla każdej z 3 usług) lub (ii) nie mniej niż 1 (jedną) usługę polegającą na instalacji nie mniej niż 1 urządzenia pomiarowego na morzu i prowadzenia monitoringu parametrów fizycznych wody morskiej za pomocą tego urządzenia przez okres nie krótszy niż 6 następujących po sobie miesięcy.

Spór zaś pomiędzy stronami dotyczył wykładni zapisów „na morzu” oraz wyrażenia „parametrów”. Każda ze stron prezentowała odmienne stanowisko co do rozumienia ww. wymagania zamawiającego, wywodząc w konsekwencji odmienny zakres wymagań dotyczących referencyjnej usługi, którą wskazał przystępujący w treści wykazu.

Należy podkreślić, że konstruując zapisy SWZ zamawiający w żadnym jej miejscu nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem instalacji „na morzu”. Zamawiający nie odwołał się do żadnych regulacji prawnych, przepisów ustawy, nie udzielił w tym zakresie żadnych wskazówek wykonawcom jak należy interpretować powyższy wymóg. Zamawiający nie skorzystał z możliwości dookreślenia swojego wymagania ani poprzez wyjaśnienie jakie rozwiązania dopuszcza, ani też nie wprowadził ograniczeń co do tego, że zaakceptuje jedynie określone, wskazane instalacje. Izba stoi na stanowisku, że przy braku zdefiniowania czy też dookreślenia przez zamawiającego spornych zapisów SWZ, należy im nadać znaczenie ogólnie przyjęte, możliwie szeroko je interpretować, a z pewnością nie ograniczać jego rozumienia wyłącznie do jednego, przyjętego przez danego wykonawcę sposobu. Tak właśnie czyni odwołujący, który nadaje wyrażeniu „na morzu” znaczenie, które nie zostało w treści warunku w żaden sposób wyartykułowane, ograniczając je do zdefiniowanych przez niego rozwiązań technicznych i oczekując, że treść warunku będzie oceniana przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia. Przy tym czyni to w taki sposób, że w jego ocenie jedyne adekwatne doświadczenie miałyby polegać na wykazaniu się zamówieniem, które jest tożsame do opisywanego przedmiotu zamówienia. Takie oczekiwanie z kolei nie znajduje odzwierciedlenia w treści SWZ.

Odwołujący w swojej argumentacji podaje definicję poszczególnych sformułowań, dokonuje wykładni językowej zwrotu „na morzu”, przedstawiając także szereg opinii w tym zakresie. Z kolei przystępujący prezentuje w tym zakresie swoje, odmienne stanowisko,

w którym wskazuje na możliwe rozumienie użytych w treści warunku udziału w postępowaniu pojęć. Powyższe dowodzi w jak różny sposób pojęcia te mogą być odczytywane,

a w kontekście oferowanych na rynku rozwiązań jak wiele z nich spełnia ogólne wymagania w zakresie wykonania instalacji „na morzu”.

Odwołujący ponadto, podejmując próby udowodnienia w jaki sposób należy interpretować wyrażenie „na morzu”, w sposób nie wynikający z uregulowań SWZ, odwołuje się do art. 21 Rozporządzenia komisji (UE) nr 113/2010 z dnia 9 lutego 2010 r. w sprawie wykonania rozporządzenia (WE) nr 471/2009 parlamentu europejskiego i rady w sprawie statystyk wspólnoty dotyczących handlu zagranicznego z państwami trzecimi w odniesieniu do zakresu zgłaszanego handlu, definicji danych, sporządzania statystyk handlowych

w podziale według charakterystyki działalności oraz według waluty fakturowania, a także

w odniesieniu do szczególnych towarów lub przepływów z dnia 9 lutego 2010 r. Zgodnie z nim "instalacje morskie" oznaczają sprzęt i urządzenia zainstalowane i stacjonujące na morzu, poza statystycznym terytorium danego kraju.

Odwołujący przywołując powyższą definicję, dokonuje próby uzasadnienia swojego stanowiska w zakresie, w jakim wywodzi, że instalacje morskie są zainstalowane wyłącznie „na morzu”. Odniesienie takie jest całkowicie nietrafione, gdyż przedmiotowe rozporządzenie wydane zostało do określonego celu, którym są statystyki handlowe. Z tego powodu znalazło się tam odwołanie do obszaru „poza statystycznym terytorium danego kraju”. Jeżeli coś ma być kwalifikowane w kategoriach import /eksport

np. do celów zakwalifikowania danej dostawy towarów w określone miejsce na morzu to tego typu określenie, przyjmowane wyłącznie dla celów statystycznych, uznać należy za celowe w kontekście tego rozporządzenia.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, jeśli mielibyśmy już poszukiwać w treści obowiązujących przepisów definicji któregoś z pojęć, użytych w treści warunku, to właściwe w tym przypadku, dla określenia pojęcia „morze” byłoby przywołanie zapisów ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i Administracji Morskiej. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tejże ustawy obszarami morskimi Rzeczypospolitej Polskiej są morskie wody wewnętrzne, morze terytorialne, strefa przyległa i wyłączna strefa ekonomiczna. Z kolei morskie wody wewnętrzne zdefiniowane zostały w jej art. 4 jako: 1) część Jeziora Nowowarpieńskiego i część Zalewu Szczecińskiego wraz ze Świną i Dziwną oraz Zalewem Kamieńskim, znajdująca się na wschód od granicy państwowej między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec, oraz rzeka Odra pomiędzy Zalewem Szczecińskim a wodami portu Szczecin; 2) część Zatoki Gdańskiej zamknięta linią podstawową morza terytorialnego; 3) część Zalewu Wiślanego, znajdująca się na południowy zachód od granicy państwowej między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską na tym Zalewie; 4) wody portów określone od strony morza linią łączącą najdalej wysunięte w morze stałe urządzenia portowe, stanowiące integralną część systemu portowego; 5) wody znajdujące się pomiędzy linią brzegu morskiego ustaloną zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne a linią podstawową morza terytorialnego.

Usługa referencyjna wymieniona w wykazie przez PM Ecology pn. „Dostawa, montaż, uruchomienie oraz kalibracja stacji do automatycznego pomiaru poziomu zwierciadła Zatoki Gdańskiej” wykonana na rzecz odbiorcy: Gdańskie Wody Sp. z o.o. w pełni spełnia wymagania w zakresie postawionego w postępowaniu warunku. Z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w toku postępowania wynika bowiem, że zrealizowane zamówienie polegało na tym, że sonda hydrostatyczna znajduje się w wodzie morskiej (zatem jest na morzu) na głębokości dwóch metrów, a z kolei skrzynka telemetryczna (w której znajduje się akumulator i rejestrator) znajduje się na nabrzeżu, w bezpośrednim sąsiedztwie części pomiarowej. Urządzenie to, co nie budzi wątpliwości, bada parametry wody morskiej. Zamawiający z kolei nie wykluczył również w żaden sposób w treści warunku możliwości, aby zastosowane techniczne rozwiązanie w części opierało się na elementach obecnych na nabrzeżu tj. tak jak w tym przypadku, aby skrzynka telemetryczna stacji pomiarowej znajdowała się na nabrzeżu.

Nieuprawnione jest twierdzenie odwołującego, gdyż nie znajduje ono odzwierciedlenia w literalnym brzmieniu warunku opisanego w SWZ, aby urządzenie pomiarowe znajdowało się na pełnym, otwartym morzu, tudzież że nie może się znajdować w porcie, czy blisko nabrzeża. Podobnie nieuzasadnione jest przyjęcie, że obecność skrzynki pomiarowej na nabrzeżu powoduje brak spełnienia warunku. Dla zamawiającego kluczowe było bowiem wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w dokonywaniu pomiaru wody morskiej dzięki urządzeniu w tej wodzie zanurzonemu, tj. zanurzonemu w morzu, czyli znajdującemu się „na morzu”. Należy zatem zgodzić się z zamawiającym, że oceniając spełnienie przez PM Ecology warunku udziału w postępowaniu kierował się tylko jego literalnym, dosłownym brzmieniem tj. badań, czy instalacja urządzenia pomiarowego miała miejsce na morzu (bez względu na to, jak daleko od nabrzeża) i czy urządzenie prowadziło monitoring parametrów fizycznych wody morskiej przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy.

Podobnie sformułowany został warunek udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim zamawiający wskazał, że urządzenie pomiarowe miało prowadzić monitoring parametrów fizycznych wody morskiej. W tym wypadku również nie zostało określone jaką liczbę parametrów miało badać urządzenie, a wymaganie dotyczyło wyłącznie tego, że badane mają być parametry wody morskiej, w odróżnieniu np. od parametrów wody słodkiej. Mogły być to zatem jakiegokolwiek parametry, w tym wystarczające było badanie jednego z nich. Jak wyjaśnił zamawiający zależało mu na pozyskaniu takiego wykonawcy, który zrealizował zamówienie polegające na instalacji urządzenia, które jest zdolne do badania parametrów wody morskiej.

Bez znaczenia w niniejszym przypadku było, iż w treści SWZ użyto liczby mnogiej, gdyż wynikało to jedynie ze specyfiki języka polskiego. Zamawiający nie napisał „urządzenie do prowadzenia monitoringu parametru fizycznego wody morskiej”, gdyż takie sformułowanie nie byłoby poprawne językowo. Zamawiający mógł jedynie doprecyzować, wskazując jednoznacznie w treści warunku, ile dokładnie parametrów miało być monitorowanych. Skoro jednak tego nie uczynił, to wymaganie w tym zakresie należy uznać za ogólne, co powoduje, że nie może obecnie wywodzić z tego

negatywnych dla wykonawcy PM Ecology konsekwencji.

W tym kontekście usługa referencyjna przedstawiona przez wykonawcę PM Ecology w ofercie, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, spełnia również to wymaganie. Obejmowała ona bowiem pomiar poziomu zwierciadła wody morskiej, a więc jeden z parametrów, które będą badane przy realizacji zamówienia po rozstrzygnięciu postępowania (pkt. 3.2.5 Załącznika do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących Załącznik Nr 1 do SWZ).

Tym samym wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, rozumianego jako minimalny poziom zdolności i potwierdzającego jednocześnie zdolność do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Należy też nadmienić, że w składanych wyjaśnieniach z 15 sierpnia 2023 r. PM Ecology dodatkowo potwierdził, że urządzenie wykorzystane do realizacji referencyjnej usługi mogło badać więcej parametrów, gdyby zamawiający sobie tego życzył.

Izba nie podziela również zarzutów odwołującego, że zamawiający, który wezwał PM Ecology do złożenia wyjaśnień (ewentualnie uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanych zdolności technicznych), w sposób nieuprawniony przyjął narzuconą przez wykonawcę narrację w zakresie rozumienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonał nieuprawnionej na gruncie ustawy Pzp zmiany warunków udziału w postępowaniu przez ich obniżenie, tylko i wyłącznie w celu wyboru oferty PM Ecology. Nie sposób zgodzić się też z poglądem jakoby wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie, nie powinny zostać uznane za wystarczające z tego powodu, że wykonawca nie przedłożył dowodów, które mogłyby rozwiać wątpliwości zamawiającego, a poprzestał na własnych wyjaśnieniach.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że w piśmie z 8 sierpnia 2023 r. skierowanym do PM Ecology, zamawiający sprecyzował jakie ma wątpliwości w zakresie referencyjnego zamówienia. Z żadnego z kolei fragmentu wezwania nie wynika, aby zamawiający kategorycznie stwierdził, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Z wezwania wynika jedynie, że wątpliwości zamawiającego budzi lokalizacja urządzenia, tj. czy było ono usytuowane na morzu, a także czy prowadzenie monitoringu obejmowało więcej niż jeden parametr fizyczny wody morskiej za pomocą tego urządzenia (w treści warunku użyto liczby mnogiej w odniesieniu do parametrów fizycznych wody, tymczasem wykonawca w ww. podmiotowych środkach dowodowych wskazał jeden parametr w postaci poziomu zwierciadła wody). W odniesieniu

do lokalizacji urządzenia, przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 15 sierpnia 2023 r. szczegółowo (również przy pomocy dokumentacji fotograficznej) wykazał, że urządzenie (sonda hydrostatyczna) znajduje się na morzu, a dokładnie w porcie, wskazując precyzyjnie jej lokalizację i miejsce jej usytuowania w wodzie morskiej na głębokości 2 m. Wykonawca opisał również, że skrzynka telemetryczna znajduje się na nabrzeżu i powyższe przedstawił na rysunkach. Tak szczegółowe wyjaśnienia rozwiały wątpliwości zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z kolei oczekiwania odwołującego co do tego, że PM Ecology miałoby przedstawić w tym zakresie jakieś dodatkowe, niesprecyzowane dokumenty - należy uznać za niezasadne w świetle wymagań określonych przepisami ustawy Pzp.

W odniesieniu do zagadnienia liczby parametrów, które były badane za pomocą referencyjnego urządzenia, zamawiający przyznał w piśmie procesowym i na rozprawie,

że w treści wezwania z dnia 8 sierpnia 2023 r. w sposób nadmiarowy i niezasadny treścią warunku wskazywał, iż w treści warunku użyto liczby mnogiej w odniesieniu do parametrów fizycznych wody, z kolei referencyjne zamówienie polegało na badaniu tylko jednego parametru. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami PM Ecology oraz, w wyniku dokonania ponownej oceny treści warunku, w tym przy udziale wszystkich osób, które ze strony zamawiającego były zaangażowane w jego sformułowanie, finalnie przyznał rację przystępującemu w zakresie, w jakim ten przedstawił swoją interpretację treści warunku

w zakresie liczby parametrów. Przy tym nie oznacza to, że zamawiający dokonał takiej jego zmiany, aby przystępujący mógł uzyskać to zamówienie, ale przychylił się do oceny,

że sformułowanie to było na tyle ogólne, że możliwe było uznanie, że spełnia wymagania takie zamówienie, w zakresie którego badaniu podlegał jeden parametr, byleby badanie to dotyczyło parametru wody morskiej. Nie doszło zatem, wbrew zarzutom odwołującego, do żadnej niedozwolonej zmiany treści warunków udziału w postępowaniu po terminie składania ofert, zamawiający jedynie przyjął wyjaśnienia PM Ecology trafnie uznając, że czytając wymagania w SWZ w zakresie ilości mierzonych parametrów nie postawiono żadnych wymagań ilościowych. Tym samym poprawna jest interpretacja, że jako spełnienie warunku uznana być powinna usługa polegająca na monitoringu jednego tylko parametru fizycznego wody morskiej.

Odnosząc się z kolei do argumentacji i dowodów, przedkładanych na okoliczność,

że pomiar, którego dotyczyło referencyjne zamówienie nie jest pomiarem właściwości fizycznej wody morskiej, Izba wskazuje, że twierdzenia i dowody w tym zakresie należy uznać za spóźnione.

W tym miejscu nie sposób nie zwrócić uwagi na kwestie wymagań formalnych, jakie wiążą się z wniesieniem odwołania, określonych w art. 516 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z cytowanym przepisem odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, które zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym to określone ww. przepisem wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych, zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Z kolei przepis art. 555 ustawy Pzp wprowadza zasadę, że Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy tym należy zaznaczyć, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak np. w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20).

Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać nie tylko treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, ale powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to takiego błędu nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej

w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności czy też argumentacji dla której Izba powinna uznać, że dany zarzut jest uzasadniony - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Mając na uwadze powyższe, podkreślenia wymaga, że odwołujący w zakresie odnoszącym się do spełnienia przez PM Ecology warunku udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim kwestionował, że referencyjne zamówienie nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w SWZ odnosił się do dwóch okoliczności tj. czy instalacja urządzenia pomiarowego miała miejsce „na morzu” oraz czy urządzenie prowadziło monitoring „parametrów”. Brak było w treści odwołania argumentacji odnoszącej się do kwestii czy pomiar poziomu morza jest, czy też nie, pomiarem właściwości fizycznej wody. Z powyższych powodów argumentację w tym zakresie, jak też dowody przedkładane na rozprawie w postaci opinii w przedmiocie znaczenia tego pojęcia - należało pominąć jako spóźnione.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....