

Sygn. akt: KIO/KU 2/20

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 22 stycznia 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 24 grudnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego w Słupsku**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 17 grudnia 2019 r.,  
(znak **UZP/DKZP/WKZ5/420/320(11)/19/KB**) dot. **KU/152/19/DKZP**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**zaprojektowanie i wybudowanie (dostawę) dwóch statków inspekcyjno-kontrolnych**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Danuta Dziubińska**

**Dagmara Gałczewska-Romek**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego z dnia 24 grudnia 2019 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

### I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „kontrolującym”) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wybudowanie (dostawę) dwóch statków inspekcyjno-kontrolnych” prowadzonego przez Główny Inspektorat Rybołówstwa Morskiego w Słupsku (zwanego dalej „zamawiającym”).

W dniu 17 grudnia 2019 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że stwierdził m.in.:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy, która nie była w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium;
- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia przedłożonych dokumentów o dokument, który w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzi, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W uzasadnieniu dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp Prezes UZP podniósł, że zamawiający zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) żądał od wykonawców składających ofertę wniesienia wadium w kwocie 1.320.000,00 zł. Wskazał, że wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy złożył wraz z ofertą wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr BOFH18011780GR/K) z dnia 29.11.2018 r., która była ważna do dnia 22.03.2019 r. Argumentował, że z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający pismem z dnia 4.02.2019 r. zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp m.in. do ww. wykonawcy z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium) o 60 dni. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy pismem z dnia 05.02.2019 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 07.02.2019 r.) poinformował zamawiającego, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 22.05.2019 r. W dniu 11.02.2019 r. ww. wykonawca przekazał Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej nr BOFH18011780GR/K z dnia 29.11.2018 r., potwierdzający okres obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej do dnia 22.05.2019 r.

Prezes UZP wskazał także, że w piśmie z dnia 17.05.2019 r. wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy poinformował zamawiającego, że cyt.: „(...) *przedłuża termin związania ofertą oraz*

wadium przetargowe złożone na w/w postępowanie przetargowe do dnia 22.07.2019 r.” Z dokumentacji wynika, że wskazany wykonawca nie przesłał zamawiającemu dokumentu potwierdzającego przedłużenie ważności wadium.

W dniu 18.06.2019 r. przekazana została zamawiającemu gwarancja wadialna nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r., której treść wskazuje, że cyt.: „(...) Nasza gwarancja obejmuje zobowiązania od 23 maja 2019 roku i jest ważna do 22 lipca 2019 roku (...)”. Prezes UZP wskazał także, że w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 02.12.2019 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy między 23.05.2019 r., a 18.06.2019 r. (wpływ do zamawiającego gwarancji nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r.), zamawiający był w posiadaniu dokumentu potwierdzającego, że oferta wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy jest zabezpieczona wadium w kwocie wymaganej przez zamawiającego.

Prezes UZP podniósł, że w odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 05.12.2019 r. zamawiający wyjaśnił, „Zamawiający wskazuje, że gwarancja wadialna BOFH19012557GR/K z dnia 13 czerwca 2019 r. została doręczona Zamawiającemu w dniu 18 czerwca 2019 r. Z uwagi jednak na fakt, że zgodnie z treścią tej gwarancji objęła ona zobowiązania od dnia 23 maja 2019 r., a w więc od dnia następującego po dniu, w którym wygasła gwarancja wadialna BOFH180011789GR/K (tj. 22 maja 2019 r.), Zamawiający, po otrzymaniu gwarancji wadialnej BOFH19012557GR/K z dnia 13 czerwca 2019 r. uznał, iż ciągłość zabezpieczenia wadium za pomocą gwarancji została zachowana. Należy też zwrócić uwagę, że w tamtym okresie (maj-czerwiec 2019 r.) Postępowanie było na etapie weryfikacji podmiotowej Wykonawcy Baltic Workboats BW, a wobec Wykonawcy Toyovene Oy, Zamawiający nie podejmował żadnych czynności czy wezwań, które generować mogłyby spełnienie przesłanek zatrzymania wadium”.

Prezes UZP podniósł, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Jednym z niezbędnych elementów treści wadium składanego w formie gwarancji bankowej jest określenie terminu jej ważności. Wniesione przez wykonawcę wadium powinno gwarantować zamawiającemu możliwość skorzystania z uprawnień związanych z zabezpieczeniem wadialnym przez cały okres uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu, zakreślony terminem związania ofertą. W związku z tym, okres ważności wadium nie może być krótszy niż okres związania wykonawcy złożoną przez niego ofertą. Na konieczność zapewnienia ważności wadium przez cały okres związania ofertą wskazuje również art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, nakazujący przedłużenie ważności wadium albo wniesienie nowego wadium w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą. Powyższy przepis wskazuje, że związanie ofertą jest ściśle powiązane z okresem ważności wadium i wykonawca obowiązany

jest do zapewnienia na każdym etapie postępowania aktualności wadium złożonego w formie gwarancji w całym okresie związania ofertą.

Prezes UZP stwierdził, że wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy w okresie między 23.05.2019 r. (ostatni dzień obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej nr BOFH18011780GR/K z dnia 29.11.2018 r.), a 18.06.2019 r. (wpływ do zamawiającego gwarancji nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r.) pomimo, iż był w przedmiotowym postępowaniu związany ofertą (na podstawie pisma z dnia 17.05.2019 r.), to jego oferta nie była w tym przedziale czasowym zabezpieczona wadium (zamawiający w tym okresie nie posiadał dokumentu, który w realny sposób zabezpieczałby złożoną w postępowaniu ofertę i pozwoliłby zamawiającemu na skutecznie zatrzymanie wadium w okolicznościach, o których mowa w art.46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp).

Prezes UZP podniósł, że przekazana zamawiającemu w dniu 18.06.2019 r. przez ww. wykonawcę gwarancja wadium nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r., która obejmowała zobowiązania od 23 maja 2019 r. nie mogła skutecznie przedłużyć okresu zabezpieczenia oferty wadium w sposób nieprzerwany. Zdaniem organu kontrolującego, powyższe przesądza o tym, że gwarancje złożone przez ww. wykonawcę nie zabezpieczały oferty przez okres, w którym wykonawca był nią związany, co oznacza, że oferta ww. wykonawcy nie była zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy.

Zdaniem Prezesa UZP, w związku z powyższym, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy, a nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył treść art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Wywiódł, że z uwagi na fakt, iż oferta ww. wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, należy stwierdzić, iż powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Prezes UZP wskazał, że z treści siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu wynika, że *o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują należycie co najmniej dwa zamówienia polegające na dostawie statków o długości całkowitej min. 20 metrów i o zakresie żeglugi bałtyckiej lub wyższym, o wartości brutto co najmniej 20.000.000 zł.* Wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia powyższych warunków udziału w postępowaniu, wykonawca był zobowiązany przedłożyć wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z

podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Prezes UZP wskazał, że na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy złożył wykaz dostaw, z którego wynika, że wykonawca wykonał następujące dostawy (zrealizowane na potrzeby Fińskiej Marynarki Wojennej - statki: PANSIO, PORKKALA, PYHARANTA). Jednocześnie wykonawca przedłożył oświadczenie własne jako dowód należytego wykonania ww. dostaw.

Prezes UZP podniósł, że z dokumentacji postępowania wynika ponadto, iż zamawiający wzywał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy dostawy statków dla Fińskiej Marynarki Wojennej polegały na ich zaprojektowaniu i wybudowaniu (od nowa), czy też na ich modernizacji. W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy w piśmie z dnia 18.09.2019 r. wyjaśnił:

*„Podczas procesu modernizacji, jednostki zostały od nowa zaprojektowane i ich przeznaczenie zmienione na jednostki wielozadaniowe. Zakres oraz problematyka tych prac modernizacyjnych, w całości odpowiada takiej, jaka występowałaby przy budowie całkowicie nowych jednostek. Kształt kadłubów został zmieniony a nowa większa nadbudówka została zbudowana z aluminium. W ten sposób udało się obniżyć środek ciężkości całej jednostki.*

*Wszystkie systemy jednostek zostały zaprojektowane i zbudowane od nowa. Urządzenia siłowni, wliczając rurociągi, zostały całkowicie odnowione (z siłowni były wymontowane wszystkie urządzenia). Tak samo systemy elektryczne, automatyka jednostki, systemy nawigacji zostały wymienione. Również wszystkie urządzenia pokładowe, wliczając żurawie zostały wymienione. Prace również obejmowały całkowitą odnowę szalunków oraz wszystkich pomieszczeń wewnętrznych. Dodatkowo na jednostkach zostały zamontowane całkowicie nowe urządzenia oraz systemy.*

*Projekt został zrealizowany samodzielnie poprzez stocznię Uudenkaupungin Työväne Oy, która jednoosobowo odpowiadała za modernizację, uzyskanie wymaganych osiągnięć jednostek, dokonanie wszystkich wymaganych prac obliczeniowych (również stateczności), przeprowadzenie prac projektowych, zrealizowanie wszystkich wymaganych prac wykonawczych, zakupy materiałów i urządzeń, przeprowadzenie prób końcowych oraz przeszkolenie załogi”.*

Prezes UZP wskazał także, że w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 15.11.2019 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, na jakiej podstawie zamawiający uznał, że wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy nabył doświadczenie, które było wymagane przez zamawiającego, tj. zrealizował dostawy (rozumiane jako zaprojektowanie i wybudowanie statków) o długości całkowitej min. 20 metrów i o zakresie żeglugi bałtyckiej lub wyższym, o wartości brutto co najmniej 20.000.000 PLN. Argumentował, że w odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 20.11.2019 r. zamawiający wyjaśnił, iż „(...) *Tak złożone wyjaśnienia, Zamawiający przedłożył do oceny biegłemu, który po ich weryfikacji uznał, że mając na względzie zakres ww. prac, kwalifikują się one do uznania za spełniony warunek w postaci dostawy co najmniej 2 jednostek o wartości powyżej 20 000 000,00 zł brutto, długości całkowitej większej niż 20m i o zdolności żeglugowej co najmniej bałtyckiej lub wyższej, za spełniony.*

*Zamawiający przyjął na podstawie powyższego, że fakt wykonania tak znacznych i istotnych prac modernizacyjnych, zarówno projektowych, jak i z zakresu budowy statków i ich urządzeń, daje należyłą rękojmię wykonania zamówienia, bowiem rodzajowo zbliżone były one do prac polegających na zaprojektowaniu i wybudowaniu całkowicie nowej jednostki. Za istotne bowiem przyjęto, że Wykonawca legitymował się doświadczeniem w projektowaniu i wykonaniu kluczowych dla statku elementów, jakimi są kadłub oraz nadbudówka, systemy jednostek (m.in. urządzenia siłowni, systemy elektryczne, automatyka, nawigacja, urządzenia pokładowe). Referując do złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, zgodnie z opinią biegłego, Zamawiający uznał przede wszystkim, że:*

- *skoro kształt kadłubów został zmieniony, to implikowało to przeprojektowanie linii kadłuba, zaprojektowanie nowych wręgów konstrukcyjnych, wzdłużników i pokładników, wykonanie zładu wzdłużnego i poprzecznego oraz określenia nowych krzywych hydrostatycznych jak i wykonania nowych kalkulacji w zakresie pływalności i stateczności awaryjnej, a realizacja tego typu robót kadłubowych na podstawie dokumentacji wykonawczej tożsame jest z robotami właściwymi dla budowy nowych jednostek,*
- *zaprojektowanie i wykonanie nowej nadbudówki, wykonanej z aluminium, wymagało zespolenia z kadłubem, co również właściwe jest wykonaniu prac przy budowie nowych jednostek,*
- *zaprojektowanie i zbudowanie od nowa wszystkich systemów wskazanych jednostek, to jest systemów siłowni (napędu głównego, napędów pomocniczych, systemów rurarskich, systemów elektrycznych, systemów automatyki siłowni), pokładowych systemów elektrycznych, automatyki pokładowej, czy systemów nawigacji, konieczne byłoby również do wykonania przy projektowaniu nowych jednostek,*

- zakres prac projektowych niezbędnych do wykonania w trakcie całkowitej przebudowy jednostek morskich, a już w szczególności, gdy dotyczy to okrętów wojennych, jest znacznie bardziej czasochłonny i złożony niż w przypadku projektowania nowo budowanych jednostek,
- przebudowa i zmiana przeznaczenia jednostek: Pansio, Porkkala, Pyharanta, które pierwotnie były klasyfikowane jako stawiacze min na jednostki wielozadaniowe, mając na uwadze ich podstawowe parametry takie jak: wymiary, moc silników, zasięg pływania, ilość członków załogi, to projekt wymagający od Wykonawcy większego potencjału jak i większego doświadczenia niż było by to wymagane dla budowy jednostek patrolowych które są przedmiotem zamówienia.

(...) Zamawiający, jako uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze w zakresie braku możliwości przedstawienia przez Wykonawcę Uudenkaupungin Työvene Oy referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie 3 statków dla Fińskiej Marynarki Wojennej: Statku Pansio, Statku Porkkala, Statku Pyharanta, przyjął okoliczności wskazane przez tego Wykonawcę w treści wyjaśnień złożonych wraz z dokumentami podmiotowymi w dniu 1 sierpnia 2019 r. Zamawiający uznał za wiarygodne przedstawione przez Wykonawcę okoliczności, zgodnie z którymi, umowy dotyczące zamówienia tych jednostek, warunki dostawy, protokoły odbioru, dokumenty oraz zastosowana technologia podlegają ograniczeniom fińskich narodowych zasad bezpieczeństwa”.

Prezes UZP, mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny zauważył, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku, gdy wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 (spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia), zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jednocześnie wskazał na przepis art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który definiuje pojęcie dostaw – przez które należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

Stosownie do powyższych ustaleń, Prezes UZP stwierdził, iż ww. dokumenty przedłożone przez wykonawcę Uudenkaupungin Työvene Oy (na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w

zakresie wiedzy i doświadczenia nie pozwalały zamawiającemu na uznanie, że wykonawca spełnia ww. warunek w stopniu wystarczającym do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP wywiódł, że z wyjaśnień wykonawcy z dnia 18.09.2019 r. wynika, że wykonane zostały prace modernizacyjne (mające zaawansowany charakter, noszące znamiona kompleksowej przebudowy), które jednak nie polegały na zaprojektowaniu i wybudowaniu („dostawie” - jak określił to zamawiający w nazwie postępowania) nowych jednostek. Treść ww. wyjaśnień podważa jednakże zasadność zakwalifikowania ww. zamówień do kategorii dostaw. Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, że *„mając na uwadze ich podstawowe parametry takie jak: wymiary, moc silników, zasięg pływania, ilość członków załogi, był to projekt wymagający od Wykonawcy większego potencjału jak i większego doświadczenia niż było by to wymagane dla budowy jednostek patrolowych które są przedmiotem zamówienia”*, Prezes UZP wskazał, że można przyjąć, iż wykonawca wykonał usługę o bardzo skomplikowanym i wieloaspektowym (wręcz całościowym) charakterze, co z uwagi na jej złożony i rozległy zakres, mogło w zamawiającym wzbudzić przekonanie, że wykonawca nabył wszechstronne doświadczenie, które dawałoby rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Tym niemniej, wobec kategoriycznego brzmienia ustanowionego przez zamawiającego warunku (wobec braku możliwości alternatywnego spełnienia tego warunku, np. poprzez wykonanie prac modernizacyjnych w określonym przez zamawiającego zakresie), należy uznać, że intencją zamawiającego było wylegitymowanie się doświadczeniem w budowaniu statków (rozumianym jako proces kompleksowy – „od początku do końca”).

Jednocześnie Prezes UZP wskazał, iż zasadnym było zwrócenie się do wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa powyżej. Argumentował, iż zamawiający zobowiązany był również potwierdzić zasadność przedłożenia oświadczenia własnego wykonawcy zamiast stosownych referencji. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia przedłożonych dokumentów o dokument, który w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzi, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, naruszył treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

## II.

W dniu 24 grudnia 2019 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli w zakresie zarzutu naruszenia 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.



Nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP zamawiający – w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp - podniósł, że organ kontrolujący nie powinien był zakwalifikować przytoczonych okoliczności jako naruszenie przepisów ustawy Pzp, zaś dokonując takiej kwalifikacji kierował się nadmiernym formalizmem, nie uwzględniając wszystkich aspektów okoliczności faktycznych, zasady proporcjonalności oraz ustawowego celu wniesienia wadium.

Uzasadniając zgłoszone zastrzeżenia, przypomniał cel, jakiemu służy wymaganie przez zamawiających złożenia wadium, którym jest zabezpieczenie ich przed nierzetelnymi wykonawcami, którzy nie współpracują z zamawiającymi, bądź to na etapie badania i weryfikacji ich oferty lub na etapie zmierzającym do zawarcia umowy. Okoliczności, w których wspomniany brak współpracy ze strony wykonawców może nastąpić, wskazane zostały w treści przepisu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Przytoczone przepisy zawierają następujące przesłanki zatrzymania wadium:

1) związane z badaniem i weryfikacją oferty wykonawcy:

a) gdy w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nie złoży oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia), oświadczenia, o którym mowa w przepisie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp (wstępnego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji), pełnomocnictw,

b) lub wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tzw. inna omyłka), co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

2) związane z zawarciem umowy:

a) gdy wykonawca odmawia podpisania umowy,

b) gdy wykonawca nie wnosi zabezpieczenia,

c) gdy brak jest możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zdaniem zamawiającego, jeśli chodzi więc o przytoczone wyżej i wymienione w pierwszej grupie podstaw zatrzymania wadium okoliczności, to w toku tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp (która miała zastosowanie również w przedmiotowym postępowaniu) wystąpić one mogą na etapie badania oferty wykonawcy po jej otwarciu wraz ze wszystkimi innymi ofertami pod kątem braku podstaw odrzucenia oferty (żądanie złożenia pełnomocnictwa) i wstępnego badania braku podstaw wykluczenia (żądanie złożenia wstępnych oświadczeń) lub też na etapie badania oferty plasującej się na pierwszym miejscu w rankingu ofert pod kątem zwłaszcza braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dokumenty, o których mowa w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający wywiódł, że po otwarciu ofert weryfikował ofertę Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy oraz z drugą złożonych ofert (Wykonawcy Baltic Workboats BW) pod kątem ważności ofert i ich zgodności z treścią SIWZ oraz wstępnego potwierdzenia okoliczności, o których mowa w treści przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i wobec tego wystosował do Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy dwa wezwania (odpowiednio z dnia 17 stycznia i 24 stycznia 2019 r.) w odpowiedzi na które, Wykonawca ten wykazał (pismami z dnia 22 stycznia i 25 stycznia 2019 r.), iż osoba podpisująca ofertę uprawniona była do reprezentacji Wykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę, że w toku tych czynności, w związku z którymi nastąpić by mogły ewentualnie dwie podstawy zatrzymania wadium (tj. niezłożenie pełnomocnictwa lub wypełnionego formularza JEDZ), oferta Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy była zabezpieczona wadium - gwarancją wadialną BOFH18011780GR/K z dnia 29.11.2018 r. której oryginałem dysponował wtedy Zamawiający. W pozostałym okresie żadna z przesłanek określonych w przepisie art. 46 ustawy Pzp nigdy nie mogłaby się ziścić, jako podstawa zatrzymania wadium.

Zamawiający argumentował, że następnie, tj. od dnia 25 stycznia 2019 r. (data złożenia przez Wykonawcę Uudenkaupungin Tyovone Oy drugiego pisma w przedmiocie pełnomocnictwa), do dnia 18 lipca 2019 r. (a więc do dnia wykluczenia Wykonawcy Baltic Workboats BW z Postępowania), nie podejmował żadnych czynności wobec oferty Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy. W tamtym okresie bowiem, wszystkie podejmowane w Postępowaniu przez niego czynności skierowane były jedynie do Wykonawcy Baltic Workboats BW, którego to ofertę początkowo odrzucił, a po unieważnieniu tej czynności, badał tego Wykonawcę pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw

wykluczenia. To bowiem oferta Wykonawcy Baltic Workboats BW znajdowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Zamawiający wywiódł, że dopiero wraz ze skierowaniem do Wykonawcy Baltic Workboats BW informacji o wykluczeniu go z postępowania (a więc właśnie w dniu 18 lipca 2019 r.) wezwał Wykonawcę Uudenkaupungin Tyovone Oy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Zamawiający rozpoczął tym samym weryfikację podmiotową Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy, która to trwała do dnia 2 października 2019 r., a więc do dnia dokonania wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej. W tamtym okresie, tj. od dnia 18 lipca 2019 r. do dnia 2 października 2019 r. ziścić się mogły podstawy do zatrzymania wadium w postaci niezłożenia przez tego Wykonawcę Uudenkaupungin Tyovone Oy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i przez cały ten okres, Zamawiający fizycznie dysponował dokumentem gwarancji wadialnej nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r.

Z uwagi na powyższe należy zamawiający stwierdził, iż w każdym momencie, w którym rzeczywiście, tj. realnie, ziścić się mogły wobec Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy podstawy zatrzymania wadium, Zamawiający posiadał faktyczną możliwość skorzystania z gwarancji wadialnych, które znajdowały się wtedy w jego posiadaniu. Skoro więc Zamawiający posiadał realne narzędzia do zwalczania ewentualnej niesumienności Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy w związku z badaniem i weryfikacją jego oferty, brak jest podstaw do stwierdzenia, iż oferta tego Wykonawcy była niezabezpieczona wadium, co bezzasadnie stwierdził Organ kontrolujący. Uzupełniająco zamawiający wskazał, iż w okresie od 23 maja 2019 r. do dnia 18 czerwca 2019 r. (a więc w okresie, w którym Zamawiający nie posiadał fizycznego egzemplarza gwarancji wadialnej BOFH19012557GR/K), nie podejmowano wobec oferty Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy żadnych czynności, które nawet potencjalnie generować mogłyby podstawy do skorzystania z zabezpieczenia w postaci wadium.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż wystawiając w dniu 13.06.2019 r. gwarancję wadialną BOFH19012557GR/K, Gwarant objął nią wszystkie zobowiązania Wykonawcy poczynwszy od dnia 23 maja 2019 r. (a więc dnia następującego po dniu, w którym zakończyła się poprzednia gwarancja nr BOFH18011780GR/K). Zamawiający stwierdził, iż nawet gdyby potencjalnie, w okresie od 23 maja 2019 r. do dnia 18 czerwca 2019 r. (a więc dnia w którym doręczono mu gwarancję nr BOFH19012557GR/K) wystąpiły jakiegokolwiek podstawy do

zatrzymania wadium Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy, to wobec wspomnianego zobowiązania Gwaranta, po otrzymaniu dokumentu gwarancji nr BOFH19012557GR/K, mógłby skorzystać ze swojego uprawnienia i składając wezwanie do zapłaty, zatrzymać wadium uruchamiając tę gwarancję. W tych okolicznościach brak jest więc podstaw do stwierdzenia, iż ciągłość zabezpieczenia wadialnego nie została zachowana przez cały okres związania ofertą.

Wobec powyższego zamawiający wywiódł, nie można uznać, aby w jakimkolwiek momencie jego interes był zagrożony poprzez brak możliwości skorzystania wniesionego przez Wykonawcę Uudenkaupungin Tyovone Oy wadium. W toku postępowania cel zabezpieczenia wadialnego został osiągnięty - w każdym bowiem momencie, gdy nawet potencjalnie w związku z czynnościami Zamawiającego podejmowanymi wobec oferty Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy ziścić się mogły przesłanki zatrzymania wadium (a gdy więc kierowane były do niego wezwania, na które odpowiadał), Zamawiający dysponował oryginałami gwarancji wadialnych. Dodatkowo, Gwarant zapewnił nieprzerwane zabezpieczenie zadośćuczynienia wszelkim zobowiązaniom tego Wykonawcy, nawet za (notabene bardzo krótki) okres w którym Zamawiający nie posiadał oryginału dokumentu wadialnego, a w którym i tak Zamawiający nie podejmował żadnych czynności wobec oferty Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy.

W przekonaniu Zamawiającego, ocena dokonana przez Organ kontrolujący w przedmiotowym zakresie, której wynikiem było stwierdzenie zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy jawi się jako skrajnie formalistyczna. Właściwie powszechnie, zwłaszcza w orzecznictwie KIO, podnosi się, iż formalizm postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a służyć powinien realizacji zasad udzielania tych zamówień, określonych zwłaszcza w rozdziale II, dziale I ustawy Pzp. Jedną ze wspomnianych zasad rządzących ustawą Pzp jest wywiedziona z prawodawstwa unijnego zasada proporcjonalności, zgodnie z którą, działania instytucji zamawiających muszą być odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji, przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów. Jak już wcześniej wspomniano, celem zastrzeżenia wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiających przed niesumiennym postępowaniem wykonawców. Skoro więc w każdej sytuacji, w której nawet potencjalnie, Wykonawca Uudenkaupungin Tyovone Oy postąpić mógł w sposób nierzetelny nie odpowiedzieć na którekolwiek z wezwań Zamawiającego bądź nie złożyć odpowiednich dokumentów, Zamawiający dysponował oryginałem gwarancji wadialnej, którą mógł uruchomić zatrzymując

wadium, to cel przedmiotowej regulacji został osiągnięty i nieproporcjonalne byłoby stosowanie wobec tego Wykonawcy sankcji w postaci odrzucenia jego oferty, tym bardziej, iż w toku badania tej oferty, wywiązał się on z każdego zobowiązania nałożonego na niego przez Zamawiającego oraz decydował się wnosić kolejne gwarancje wadialne (ponosząc z tego tytułu znaczne nakłady).

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż przepisy dotyczące wadium wywodzą się z polskiego ustawodawstwa i materia ta pozostaje poza regulacją przepisów prawa unijnego, a interpretacja przepisów dotycząca obowiązku odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, ukształtowała się w związku z orzecznictwem i praktyką polskich organów właściwych dla spraw z zakresu zamówień publicznych. Tymczasem, Wykonawca Uudenkaupungin Tyovone Oy jest wykonawcą zagranicznym (z siedzibą w Finlandii) który z obiektywnie usprawiedliwionych powodów może nie posiadać wiedzy o wspomnianej wyżej, panującej w orzecznictwie i praktyce interpretacji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - jak już bowiem wspomniano, prawo unijne, wspólne dla polskich i fińskich uczestników rynku zamówień publicznych nie reguluje kwestii wadium. W takiej sytuacji, co znalazło wyraz w orzecznictwie TSUE, powinno się minimalizować niekorzystne dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich niż państwo zamawiającego, skutki warunków postępowań wynikających z wykładni panującej w orzecznictwie prawa krajowego lub w praktyce organów krajowych (orzeczenie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex, podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15).

Co dodatkowo przemawia przeciwko przyjęciu za zasadne stanowiska zawartego w wynikach kontroli zgodnie z którym zabezpieczenie wadialne bezwzględnie musi być nieprzerwane i ciągłe to fakt, iż nawet ustawa Pzp przewiduje określone sytuacje, w których oferta wykonawcy może nie być zabezpieczona wadium. Przykładem jest treść przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. W zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu sytuacji, w której Zamawiający nie dysponował oryginałem dokumentu wadialnego od dnia 23 maja 2019 r. do dnia 18 czerwca 2019 r., interes Zamawiającego nie uległ żadnemu uszczerbkowi”.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający podniósł, że u podstaw negatywnego wyniku kontroli w tym zakresie legło przekonanie organu kontrolującego, iż z wyjaśnień Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy z dnia 18.09.2019 r. wynika, że w ramach doświadczenia wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V. 1.2).c).A) SIWZ, wykonane zostały prace

modernizacyjne (mające zaawansowany charakter, noszące znamiona kompleksowej przebudowy), które jednak nie polegały na zaprojektowaniu i wybudowaniu („dostawie”) nowych jednostek, mimo, iż w treści tego warunku Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę realizacją dostaw statków, a treść wspomnianych wyjaśnień podważa zasadność zakwalifikowania ww. zamówień do kategorii dostaw.

Zamawiający wywiódł, że Organ kontrolujący dokonał nazbyt formalistycznej oceny zaistniałego stanu faktycznego, pomijając również najistotniejszą w tym wypadku okoliczność, a mianowicie, że Wykonawca wykazał się niezbędnym na potrzeby zastrzeżonego warunku doświadczeniem.

Zamawiający przypomniał, iż ustalenie warunków udziału w postępowaniu służy wyselekcjonowaniu tylko tych wykonawców, którzy przez pryzmat właśnie spełnienia tychże warunków dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z tego powodu, warunki udziału w postępowaniu, w sposób proporcjonalny powinny referować do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wywiódł, że jego celem było ustanowienie możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez takich wykonawców, którzy realizowali w przeszłości prace projektowe i budowlane jednostek o parametrach zbliżonych do zamawianych. Istotne przy tym był, wbrew temu co twierdzi Organ kontrolujący - nie rodzaj umowy w ramach której referencyjne prace zostały wykonane (dostawa czy usługa), ale merytoryczny zakres prac związanych z projektowaniem i budową statków, który faktycznie najczęściej realizowany jest przy okazji budowy statków ale i czasami, przy gruntownych ich renowacjach.

Z tego też względu, po dokładnym zbadaniu przez Zamawiającego rzeczywistego zakresu prac związanych z realizacją projektów wskazanych przez Wykonawcę Uudenkaupungin Tyovone Oy na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku i zasięgnięcia opinii biegłego, stwierdzono, iż zarówno co do prac projektowych jak i wykonawczych, zakresy te odpowiadają zakresom budowie całkowicie nowych jednostek. Uznano bowiem, iż Wykonawca Uudenkaupungin Tyovone Oy zaprojektował i wykonał wszystkie najważniejsze elementy statku, które to elementy mają decydujące znaczenie przy budowie nowych jednostek i bez znaczenia jest okoliczność, iż realizacja ta nastąpiła w ramach usługi, a nie dostawy. Zdaniem Zamawiającego, podważając prawidłowość takiego postępowania, Organ kontrolujący w żaden sposób nie wskazał jakie czynniki (poza formalnym zakwalifikowaniem referencyjnych prac jako usług) zadecydowały o tym, że doświadczenie Wykonawcy Uudenkaupungin Tyovone Oy nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia -

innymi słowy, jakich elementów lub prac realizowanych w realiach usług zabrakło, by zrównać je pod względem zapewnienia Zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia robotom realizowanym w ramach dostaw, w sytuacji, w której uczestniczący w postępowaniu biegły takich różnic nie dostrzegł. Skoro więc - czego Organ kontrolujący nie kwestionuje - Wykonawca Uudenkaupungin Tyovone Oy realizując referencyjne projekty wykonał krytyczne prace projektowe i wykonawcze związane z kluczowymi elementami konstrukcji i wyposażenia statków odpowiadających swoimi parametrami statkom zamawianym (min. 20 m, żegluga bałtycka lub wyższa i wartość co najmniej 20 mln zł) to brak jest podstaw, by tylko z uwagi jedynie na formalne zakwalifikowanie reżimu prawnego tych projektów jako usług, zakwestionować spełnienie przez Wykonawcę stawianego warunku.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że jako bezpodstawne należy uznać zakwalifikowanie jego działania jako nieprawidłowego i wskazanie, iż w sposób niedostateczny oparł się na wyjaśnieniach Wykonawcy co do braku możliwości przedłożenia referencji i zaakceptował w tym zakresie oświadczenie własne Wykonawcy. Zwrócił uwagę, że Wykonawca Uudenkaupungin Tyovone Oy oświadczył, iż z uwagi na charakter zrealizowanego zamówienia (na rzecz sił zbrojnych Finlandii), umowy dotyczące referencyjnego zamówienia, warunki dostawy, protokoły odbioru, dokumenty oraz zastosowana technologia podlegają ograniczeniom fińskich narodowych zasad bezpieczeństwa, a przez to nie mogą być ujawnione. W praktyce bowiem, w istocie tego typu zamówienia mają charakter niejawnny, co nie wymagało w przekonaniu Zamawiającego dowodu. Zamawiający podniósł, że nie miał też żadnych podstaw by odmówić wiarygodności takim wyjaśnieniom Wykonawcy.

### III.

W dniu 8 stycznia 2020 r. Prezes UZP, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy Pzp wskazał w pierwszej kolejności na ustalony w toku kontroli stan faktyczny. Wskazał na okoliczności potwierdzone w toku postępowania kontrolnego (w porządku chronologicznym). Wywiódł, że bezspornym jest więc, że:

- zamawiający w rozdziale VIII siwz wskazał, że żąda od wykonawców składających ofertę wniesienia wadium w kwocie 1.320.000,00 zł;

- wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy złożył wraz ofertą wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr BOFH18011780GR/K) z dnia 29.11.2018 r., która była ważna do dnia 22.03.2019 r.;

- zamawiający pismem z dnia 04.02.2019 r. zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp m.in. do ww. wykonawcy z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium) o 60 dni;

- w odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy pismem z dnia 05.02.2019 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 07.02.2019 r.) poinformował zamawiającego, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 22.05.2019 r. W dniu 11.02.2019 r. ww. wykonawca przekazał Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej nr BOFH18011780GR/K z dnia 29.11.2018 r., potwierdzający okres obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej do dnia 22.05.2019 r.

- w piśmie z dnia 17.05.2019 r. wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy poinformował zamawiającego, że cyt.: „(...) przedłuża termin związania ofertą oraz wadium przetargowe złożone na w/w postępowanie przetargowe do dnia 22.07.2019 r.” Z dokumentacji wynika, że wskazany wykonawca nie przesłał zamawiającemu dokumentu potwierdzającego przedłużenie ważności wadium;

- w dniu 18.06.2019 r. przekazana została zamawiającemu gwarancja wadium nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r., której treść wskazuje, że cyt.: „(...) Nasza gwarancja obejmuje zobowiązania od 23 maja 2019 roku i jest ważna do 22 lipca 2019 roku (...)”.

Prezes UZP wywiódł, że ponadto elementy stanu faktycznego uzupełnia korespondencja prowadzona z zamawiającym w toku postępowania kontrolnego:

- pismo z dnia 02.12.2019 r., w którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy między 23.05.2019 r., a 18.06.2019 r. (wpływ do zamawiającego gwarancji nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r.), zamawiający był w posiadaniu dokumentu potwierdzającego, że oferta wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy jest zabezpieczona wadium w kwocie wymaganej przez zamawiającego;



- pismo z dnia 05.12.2019 r. w którym zamawiający wyjaśnił, „Zamawiający wskazuje, że gwarancja wadialna BOFH19012557GR/K z dnia 13 czerwca 2019 r. została doręczona Zamawiającemu w dniu 18 czerwca 2019 r. Z uwagi jednak na fakt, że zgodnie z treścią tej gwarancji objęła ona zobowiązania od dnia 23 maja 2019 r., a w więc od dnia następującego po dniu, w którym wygasła gwarancja wadialna BOFH180011789GR/K (tj. 22 maja 2019 r.), Zamawiający, po otrzymaniu gwarancji wadialnej BOFH19012557GR/K z dnia 13 czerwca 2019 r. uznał, iż ciągłość zabezpieczenia wadium za pomocą gwarancji została zachowana. Należy też zwrócić uwagę, że w tamtym okresie (maj- czerwiec 2019 r.) Postępowanie było na etapie weryfikacji podmiotowej Wykonawcy Baltic Workboats BW, a wobec Wykonawcy Toyovene Oy, Zamawiający nie podejmował żadnych czynności czy wezwań, które generować mogłyby spełnienie przesłanek zatrzymania wadium”.

Prezes UZP zaznaczył, iż we wniesionych zastrzeżeniach zamawiający nie podważa ustaleń faktycznych przedstawionych przez organ kontrolny w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, a jedynie nie zgadza się z interpretacją przepisów dokonaną przez Prezesa Urzędu oraz wskazuje, iż inaczej interpretuje poszczególne fakty przypisując inne skutki prawne okolicznościom faktycznym zaistniałym w toku postępowania. Zdaniem Prezesa UZP Zamawiający w treści wniesionych zastrzeżeń nie podniósł nowych okoliczności, które dawałyby podstawę do zmiany stanowiska Prezesa Urzędu (w sferze faktycznej) zaprezentowanego w Informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszeń wskazanych powyżej.

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego, nie dyskredytując a priori zasadności wszystkich jego twierdzeń - w szczególności odnośnie formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaletach interpretacji celowościowej, Prezes UZP wskazał na normatywny, a nie tylko celowościowy kontekst procedury udzielania zamówień publicznych. W istocie, procedura ta jest wysoce sformalizowana, a regulujące ją normy są często zawile i trudne w interpretacji, co bynajmniej nie zwalnia zamawiającego z obowiązku stosowania przepisów w ich dosłownym brzmieniu (interpretacja językowa).

W tym kontekście, odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego, Prezes UZP ponownie przywołał treść przepisów stanowiących podstawę prawną wykazanego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium oraz art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, nakazującego przedłużenie ważności wadium albo wniesienie nowego wadium w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą.

Jednocześnie, zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Ponadto zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 ustawy Pzp).

Prezes UZP podkreślił, że brzmienie i cel ww. przepisów są jednoznaczne i nie pozostawiają wiele miejsca na interpretację. Wywiodł, że zgodnie z maksymą „Clara non sunt interpretanda” proces interpretacji prawa należy przeprowadzać tylko wtedy, gdy w tekście prawnym występują niejasności, które należy usunąć. Ponadto zgodnie z zasadami wykładni prawa interpretacja językowa uzyskuje pierwszeństwo nad pozostałymi rodzajami interpretacji celowościową i systemową. Prowadzi to do wniosku, że treść tekstu prawnego powinno się odczytywać w pierwszej kolejności w sposób ścisły i w miarę możliwości dosłowny (odczytując literalne brzmienie przepisu). Nie można zatem nadawać sformułowaniom użytym w przepisie nowego znaczenia wykraczającego poza zakres wyznaczony powszechnym rozumieniem użytych w przepisie słów. Dopiero w przypadku trudności interpretacyjnych zasadne jest sięgnięcie po techniki interpretacyjne.

Zdaniem Prezesa UZP omawiany przypadek nie wymaga podjęcia tego typu działań – treść przepisów jest jasna i precyzyjna. Oznacza to, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 85 ust. 2 ustawy Pzp mają jednoznacznie określony zakres zastosowania. Na gruncie ustawy Pzp obowiązuje zatem zasada ciągłości i nieprzerywalności wadium, która z nielicznymi wyjątkami (art. 46 ust. 3) ma charakter bezwarunkowy. Wniesione przez wykonawcę wadium powinno gwarantować zamawiającemu możliwość skorzystania z uprawnień związanych z zabezpieczeniem wadialnym przez cały okres uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu, określony terminem związania ofertą. W związku z tym, okres ważności wadium nie może być krótszy niż okres związania wykonawcy złożoną przez niego ofertą. Na konieczność zapewnienia ważności wadium przez cały okres związania ofertą wskazuje również art. 85 ust. 2

ustawy Pzp, nakazujący przedłużenie ważności wadium albo wniesienie nowego wadium w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą. Powyższy przepis wskazuje, że związanie ofertą jest ściśle powiązane z okresem ważności wadium i wykonawca obowiązany jest do zapewnienia na każdym etapie postępowania aktualności wadium złożonego w formie gwarancji w całym okresie związania ofertą.

Tym samym Prezes UZP wskazał, że treść ww. przepisów znajdowała zastosowanie w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, a zamawiający zobowiązany był zachować się zgodnie z ich dyspozycją.

Prezes UZP wywiódł, że wykonawca samodzielnie przedłużając termin związania ofertą w dniu 17.05.2019 r. zobowiązany był do wniesienia wadium na okres niezbędny w celu zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy w terminie pozwalającym na zachowanie ciągłości zabezpieczenia oferty. Brak złożenia oryginału gwarancji wadium w terminie pozwalającym na zachowanie ciągłości wadium (do dnia 22.05.2019 r.) jest równoznaczne z tym, że wadium nie zostało wniesione. Zdaniem Prezesa UZP oczywistym jest również to, że dla zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty konieczne jest, aby dokument gwarancji został złożony zamawiającemu w oryginale przed upływem jej ważności, co wynika z istoty prawidłowego zabezpieczenia wadium. W tym stanie faktycznym, oryginał gwarancji został złożony zamawiającemu w dniu 18.06.2019 r., czyli po upływie terminu na jego wniesienie.

Zdaniem organu kontrolującego w konsekwencji należało uznać, że oryginał aneksu do gwarancji bankowej złożony zamawiającemu dopiero w dniu 18.06.2019 r., spowodował przerwanie ciągłości zabezpieczenia oferty wadium, co skutkowało jedynie odrzuceniem takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Reasumując Prezes UZP stwierdził, że wykonawca Uudenkaupungin Työväen Oy w okresie między 23.05.2019 r. (ostatni dzień obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej nr BOFH18011780GR/K z dnia 29.11.2018 r.), a 18.06.2019 r. (wpływ do zamawiającego gwarancji nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r.) pomimo, iż był w przedmiotowym postępowaniu związany ofertą (na podstawie pisma z dnia 17.05.2019 r.), to jego oferta nie była w tym przedziale czasowym zabezpieczona wadium (zamawiający w tym okresie nie posiadał dokumentu, który w realny sposób zabezpieczałby złożoną w postępowaniu ofertę i pozwoliłby zamawiającemu na skutecznie zatrzymanie wadium w okolicznościach, o których mowa w art.46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp).

W odniesieniu do zastrzeżeń zamawiającego co do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Prezes UZP podniósł, że we wniesionych zastrzeżeniach zamawiający nie podważa ustaleń faktycznych przedstawionych przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Zatem za potwierdzone i niekontrowersyjne należy uznać okoliczności ustalone w toku postępowania kontrolnego.

Odnosząc się do treści zastrzeżeń zamawiającego, Prezes UZP zwrócił uwagę, że powielają one argumentację zamawiającego przedstawioną w toku postępowania kontrolnego. Wywiódł, że zamawiający składając zastrzeżenia od wyników kontroli podtrzymał wcześniejszą argumentację, która sprowadzała się do konstatacji, że w toku postępowania zamawiający weryfikował, w jego przekonaniu, rzeczywiste doświadczenie wykonawcy, które powinno dać rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wyjaśnienia zamawiającego prowadzą do wniosku, że taka metodologia postępowania zamawiającego jest celem samym w sobie i uzyskuje priorytet nad innymi technikami oceny wykonawców pod kątem spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Prezesa UZP takie podejście skutkuje przede wszystkim przesunięciem na dalszy plan literalnego brzmienia warunków udziału w postępowaniu, a wyeksponowaniem podejścia celowościowego. Jednak odnosząc się do brzmienia przepisów ustawy Pzp, nie można zgodzić się z takim stanowiskiem.

W tym miejscu Prezes UZP wskazał na treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Podkreślał, że zapewnienie czytelnego i niezmiennego brzmienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zagwarantowanie jednolitego ich rozumienia przez wszystkich wykonawców (w szczególności tych potencjalnych, na etapie przed składaniem ofert) jest emanacją zasady wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Tym samym, postępowanie zamawiającego należy ocenić jako zmierzające do celu (jakim jest wybór wykonawcy dający rękojmię należytego wykonania zamówienia), ale będące wadliwe z uwagi na środki, które zamawiający do realizacji tego celu zastosował. Nie ulega bowiem wątpliwości, że na etapie przygotowywania postępowania, to zamawiający powinien był przewidzieć, że przedmiot zamówienia może być zrealizowany nie tylko przez wykonawców legitymujących się doświadczeniem w wykonaniu, ale i w kompleksowej modernizacji określonego rodzaju statków, co z kolei powinno znaleźć odzwierciedlenie w odpowiedniej treści warunków udziału w

postępowaniu (uwzględniającej pełną charakterystykę doświadczenia, którym powinni wykazać się wykonawcy).

Prezes UZP zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż w trakcie postępowania winien on kierować się zasadą proporcjonalności, a także minimalizować formalizm procesowy. Podkreślenia jednakże wymaga, iż zamawiający jest związany treścią siwz, którą sam przygotował i jednocześnie zobowiązany jest do traktowania wszystkich wykonawców w jednakowy sposób. Prezes UZP wskazał, że z wyjaśnień wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy wynika, że wykonane zostały prace modernizacyjne (mające zaawansowany charakter, noszące znamiona kompleksowej przebudowy), które jednak nie polegały na zaprojektowaniu i wybudowaniu („dostawie” - jak określił to zamawiający w nazwie postępowania) nowych jednostek. Treść ww. wyjaśnień podważa jednoznacznie zasadność zakwalifikowania ww. zamówień do kategorii dostaw.

Zdaniem Prezesa UZP należy uznać, że ww. wykonawca wykonał usługę o bardzo skomplikowanym i wieloaspektowym (wręcz całościowym) charakterze, co z uwagi na jej złożony i rozległy zakres, mogło w zamawiającym wzbudzić przekonanie, że wykonawca nabył wszechstronne doświadczenie, które dawałoby rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Niemniej, wobec kategoriowego brzmienia ustanowionego przez zamawiającego warunku (wobec braku możliwości alternatywnego spełnienia tego warunku, np. poprzez wykonanie prac modernizacyjnych w określonym przez zamawiającego zakresie), należy uznać, że intencją zamawiającego było wylegitymowanie się doświadczeniem w budowaniu statków (rozumianym jako proces kompleksowy – „od początku do końca”). Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy tego warunku nie spełnił.

Według Prezesa UZP, ww. dokumenty przedłożone przez wykonawcę Uudenkaupungin Työväne Oy (na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie pozwalały zamawiającemu na uznanie, że wykonawca spełnia ww. warunek w stopniu wystarczającym do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym, zasadnym było zwrócenie się do wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie Prezes UZP podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, dotyczące zasadności uznania przez zamawiającego przedłożenia oświadczenia własnego wykonawcy, zamiast stosownych referencji. Prezes UZP zwrócił uwagę, że stanowisko zamawiającego oparte jest na oświadczeniu wykonawcy, z którego nie wynika, jaki jest charakter i zakres tych ograniczeń fińskich narodowych zasad bezpieczeństwa, a w szczególności na jakiej podstawie (w jakich okolicznościach) zostały wprowadzone. Zamawiający powstrzymał się od wyjaśnienia tych kwestii, pozostawiając odpowiedzi w sferze domysłów. Istotne bowiem w tym przypadku nie było zdobycie dokumentów, które mogły rzeczywiście pozostawać niejawne, ale podjęcie próby uprawdopodobnienia, że tak w rzeczywistości jest.

#### **IV.**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **V.**

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu słusznie uznał, iż zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy, która nie była w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium.

Ustalenia faktyczne poczynione w informacji o wyniku kontroli okazały się niesporne.

W piśmie z dnia 17.05.2019 r. wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy poinformował zamawiającego, że cyt.: „(...) przedłuży termin związania ofertą oraz wadium przetargowe złożone na w/w postępowanie przetargowe do dnia 22.07.2019 r.” Jednakże, pomimo złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wskazany wykonawca nie przesłał zamawiającemu dokumentu potwierdzającego przedłużenie ważności wadium. Dopiero w dniu 18.06.2019 r. ww. wykonawca przekazał zamawiającemu gwarancję wadialną nr

BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r. Powyższe zachowanie wykonawcy doprowadziło do sytuacji, w której wykonawca w okresie między 23.05.2019 r. (ostatni dzień obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej nr BOFH18011780GR/K z dnia 29.11.2018 r. to 22.05.2019 r.), a 18.06.2019 r. (wpływ do zamawiającego gwarancji nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r.) pomimo, iż był w przedmiotowym postępowaniu związany ofertą (na podstawie pisma z dnia 17.05.2019 r.), to jego oferta nie była w tym przedziale czasowym zabezpieczona wadium.

Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli uprzedniej i odpowiedzi na zastrzeżenia do informacji Izba podziela i uznaje za własną.

*Art. 85 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.*

*Jak wskazuje się w piśmiennictwie, W przypadku, gdy w danym postępowaniu było wymagane ustanowienie przez wykonawców wadium w celu zabezpieczenia ofert, przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności dotychczasowego wadium albo ustanowieniem nowego wadium. Istotne jest bowiem, aby oferta cały czas pozostawała zabezpieczona wadium, aż do ostatecznego upływu terminu związania taką ofertą. Musi zostać zachowana nie tylko ciągłość związania ofertą, ale również – spójna z okresem związania – ciągłość zabezpieczenia wadium. Samo złożenie oświadczenia przez wykonawcę o wyrażeniu zgody na przedłużenie związania ofertą, gdy jednocześnie nie przedłuży on ważności wadium lub nie wniesie nowego wadium (bądź też, gdy tak ustanowione wadium nie obejmie całego nowego okresu związania ofertą), będzie nieskuteczne. (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Art. 85 [Okres Związania Ofertą], Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2020 Wydanie 10.*

Z powołanego przepisu wynika, że przedłużenie terminu związania ofertą jest skuteczne jedynie z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub z ustanowieniem nowego wadium. Niedopuszczalna zatem – co do zasady - jest sytuacja, w której termin związania ofertą jest przedłużany, ale w okresie tym oferta nie jest zabezpieczona wadium. Przy czym, z

naruszeniem jednoczesności mamy do czynienia w sytuacji, gdy nastąpi przerwa w zabezpieczeniu oferty wynikająca z wygaśnięcia dotychczasowego wadium.

Z taką sytuacją niewątpliwie zaś mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie. Dotychczasowa gwarancja wadialna nr BOFH18011780GR/K z dnia 29.11.2018 r. obowiązywała do 22.05.2019 r., a nowa gwarancja nr BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r.) wpłynęła do zamawiającego dopiero 18.06.2019 r.

Powyższego nie zmieniał fakt, że gwarancja BOFH19012557GR/K z dnia 13.06.2019 r. obejmowała w swej treści „zobowiązania od 23 maja 2019 roku i była ważna do 22 lipca 2019 roku (...)”. Istotne jest bowiem to, że gwarancja ta nie pozostawała w dyspozycji zamawiającego w okresie od 23 maja 2019 r. do 18 czerwca 2019 r. W konsekwencji w tym okresie zamawiający został pozbawiony możliwości zatrzymania wadium w okolicznościach, o których mowa w art.46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

W tej sytuacji zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy, a nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył treść art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp stanowi bowiem, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.*

Bezzasadna jest przy tym argumentacja zamawiającego, który wywiódł, że ponieważ w okresie przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium nie ziściły się przesłanki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ustawy Pzp, to nie miał on obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy. Uszło uwadze zamawiającego, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie zwalnia zamawiającego od obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy w takiej sytuacji. Idąc tokiem rozumowania zamawiającego wykonawcy w ogóle nie musieliby wносить zamawiającemu wadium na pełen okres związania ofertą, ale zobowiązani byłiby do jego ustanowienia dopiero w momencie gdyby ziściły się przesłanki zatrzymania wadium. Co więcej, gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego za prawidłowe, w niektórych postępowaniach, w których nie zaszły przesłanki zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, wykonawcy w ogóle nie musieliby takiego wadium ustanawiać. Tymczasem zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp *Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.* Z przepisu tego wynika, że wadium wnosi się wcześniej niż w momencie gdy zaistnieje potrzeba zatrzymania



wadium. Z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wynika zaś konieczność zachowania jego ciągłości. Wadium wnosi się celem zabezpieczenia potencjalnych roszczeń zamawiającego, które mogą ale nie muszą wystąpić w całym okresie związania ofertą. Na tym właśnie polega funkcja gwarancyjna tego instrumentu. W konsekwencji nie można także zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że odrzucenie oferty wykonawcy byłoby sprzeczne z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Sankcja odrzucenia oferty wykonawcy, który nie przedłużył ważności wadium, jest wprost proporcjonalna do doniosłego uchybienia jakiego się on dopuścił, a mianowicie sytuacji, w której jego oferta nie była zabezpieczona wadium. Jak już wcześniej wspomniano, celem ustanowienia wadium wynikającym z ustawy Pzp jest zabezpieczenie potencjalnych interesów zamawiającego przed niesumiennym postępowaniem wykonawców w całym okresie, kiedy pozostają oni związani złożonymi przez siebie ofertami.

Bezzasadny jest argument zamawiającego jakoby wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy miał nie znać krajowych przepisów regulujących wnoszenie wadium. Uszło uwadze zamawiającego, że poinformował on wszystkich wykonawców, w tym ww. wykonawcę, że w sprawie znajduje zastosowanie polska ustawa Pzp. Ponadto w pkt IX. 4 SIWZ zamawiający dodatkowo przywołał treść przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp w którym wskazał, że *Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą*. Wykonawca Uudenkaupungin Työväne Oy złożył w formularzu oferty oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ (por. pkt 9 formularza oferty). W tej sytuacji wykonawca ten, pomimo iż ma siedzibę w Finlandii, nie może powoływać się na nieznaną treść przepisów ustawy Pzp czy dokumentacji postępowania.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu słusznie również uznał, iż zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia przedłożonych dokumentów o dokument, który w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzi, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Ustalenia faktyczne poczynione w informacji o wyniku kontroli okazały się niesporne.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, *o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli*

*okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują należycie co najmniej dwa zamówienia polegające na dostawie statków o długości całkowitej min. 20 metrów i o zakresie żeglugi bałtyckiej lub wyższym, o wartości brutto co najmniej 20.000.000 zł.*

Wykonawca Uudenkaupungin Työvene Oy złożył wykaz dostaw, z którego wynika, że wykonawca wykonał następujące dostawy (zrealizowane na potrzeby Fińskiej Marynarki Wojennej - statki: PANSIO, PORKKALA, PYHARANTA). Jednocześnie wykonawca przedłożył oświadczenie własne jako dowód należytego wykonania ww. dostaw. W toku badania ofert zamawiający powziął wątpliwość, czy dostawy statków polegały na ich zaprojektowaniu i wybudowaniu (od nowa), czy też na ich modernizacji. W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, wykonawca Uudenkaupungin Työvene Oy w piśmie z dnia 18.09.2019 r. wyjaśnił:

*„Podczas procesu modernizacji, jednostki zostały od nowa zaprojektowane i ich przeznaczenie zmienione na jednostki wielozadaniowe. Zakres oraz problematyka tych prac modernizacyjnych, w całości odpowiada takiej, jaka występowałaby przy budowie całkowicie nowych jednostek. Kształt kadłubów został zmieniony a nowa większa nadbudówka została zbudowana z aluminium. W ten sposób udało się obniżyć środek ciężkości całej jednostki.*

*Wszystkie systemy jednostek zostały zaprojektowane i zbudowane od nowa. Urządzenia siłowni, wliczając rurociągi, zostały całkowicie odnowione (z siłowni były wymontowane wszystkie urządzenia). Tak samo systemy elektryczne, automatyka jednostki, systemy nawigacji zostały wymienione. Również wszystkie urządzenia pokładowe, wliczając żurawie zostały wymienione. Prace również obejmowały całkowitą odnowę szalunków oraz wszystkich pomieszczeń wewnętrznych. Dodatkowo na jednostkach zostały zamontowane całkowicie nowe urządzenia oraz systemy.*

*Projekt został zrealizowany samodzielnie poprzez stocznię Uudenkaupungin Työvene Oy, która jednoosobowo odpowiadała za modernizację, uzyskanie wymaganych osiągnięć jednostek, dokonanie wszystkich wymaganych prac obliczeniowych (również stateczności), przeprowadzenie prac projektowych, zrealizowanie wszystkich wymaganych prac wykonawczych, zakupy materiałów i urządzeń, przeprowadzenie prób końcowych oraz przeszkolenie załogi”.*

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Zdaniem Izby nie ulegało wątpliwości, że zgodnie z treścią ustanowionego warunku udziału w postępowaniu należało wykazać się doświadczeniem w dostawie statków. Słusznie Prezes UZP przywołał treść art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który definiuje dostawy jako *nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.* Analiza sformułowanego przez zamawiającego warunku prowadziła do jednoznacznego wniosku, że zamawiający za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia w SIWZ uznał jedynie takiego wykonawcę, który legitymuje się doświadczeniem polegającym wyłącznie na dostawie statków. W szczególności treścią warunku nie było objęte doświadczenie polegające na wykonaniu usługi modernizacji (nawet kompleksowej) statków.

Tymczasem w zastrzeżeniach zamawiający podniósł, że w toku badania doświadczenia wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy doszedł do przekonania, że jego doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji usługi modernizacji statków jest porównywalne z doświadczeniem w dostawie statków. Wskazał, że w jego ocenie również taki wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Jeśli za dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia można było uznać takiego wykonawcę, który legitymuje się nie tylko doświadczeniem w dostawie statków, ale i wykonaniu usługi ich kompleksowej modernizacji, to nic nie stało na przeszkodzie aby zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu uwzględnić tę okoliczność. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający miał obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Skoro tego jednak nie uczynił, to po upływie terminu składania ofert treść SIWZ, w tym warunki udziału w postępowaniu, nawet jeśli okazały się nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, to stały się ostateczne i wiążące nie tylko dla wykonawców ale i dla zamawiającego. W toku badania

spełniania warunków zamawiający był zatem zobligowany do ustalenia czy wykonawca legitymuje się doświadczeniem w dostawie statków, a nie czy zdobyte przez niego inne doświadczenie pozwala na przyjęcie, że dawałby on rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia analogiczną jak wykonawca, który zdobył doświadczenie wymagane w SIWZ.

Odstępowanie na etapie badania ofert od ustalonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu stanowiłoby o naruszeniu wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości. Podkreślenia wymaga, że zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażają się w konieczności transparentnego i równego traktowania wykonawców na wszystkich etapach postępowania. Uszło uwadze zamawiającego, że nie można wykluczyć sytuacji, iż istnieją takie podmioty, które uznały na podstawie analizy SIWZ, że nie są zainteresowane uczestnictwem w postępowaniu, gdyż nie będą w stanie warunku wykazać, choć dysponowały doświadczeniem w wykonaniu kompleksowej modernizacji statków, które zamawiający obecnie uznaje za wystarczające. Obowiązek równego traktowania dotyczy wszystkich wykonawców, a zatem i takich, którzy wskutek brzmienia warunku nie zdecydowali się złożyć własnej oferty. Rozszerzenie spornego warunku na etapie badania ofert celem przywrócenia jego proporcjonalności co do przedmiotu zamówienia, nie doprowadzi do sytuacji, w której potencjalni wykonawcy, którzy nie złożyli własnej oferty, będą mogli wziąć udział w postępowaniu.

Ma również rację Prezes UZP gdy wywodzi, że zamawiający przedwcześnie uznał za prawidłowe oświadczenia własne wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy, złożone zamiast stosownych referencji. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (t. jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) zamawiający może zaakceptować oświadczenie własne wykonawcy zamiast dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw pochodzących od odbiorców dostaw, tylko wtedy *jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów*. Treść przepisu rozporządzenia została również powtórzona przez zamawiającego w pkt VI ppkt 5. k) SIWZ.

Zdaniem Izby, Zamawiający przed uznaniem oświadczenia własnego – celem ustalenia czy przyczyna niezłożenia dość ogólnego dokumentu, jakim jest dokument referencyjny, ma charakter obiektywny - powinien wyjaśnić charakter i zakres ograniczeń fińskich narodowych zasad bezpieczeństwa, a w szczególności na jakiej podstawie (w jakich okolicznościach) zostały wprowadzone.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Uudenkaupungin Työväne Oy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia przedłożonych dokumentów o dokument, który w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzi, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, naruszył treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171 a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....