

Sygn. akt KIO 51/23

WYROK

z dnia 23 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2023 r. przez odwołującego – NET MARINE – MARINE POWER SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Portu Wojennego w Gdyni,

przy udziale wykonawcy Gdańska Stocznia Remontowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 51/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – NET MARINE – MARINE POWER SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie i:

- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 410 zł 00 gr (piętnaście tysięcy czterysta dziesięć złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego – NET MARINE – MARINE POWER SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz koszty związane z dojazdem pełnomocnika na rozprawę poniesione przez zamawiającego – Komendę Portu Wojennego w Gdyni.
- 2.2. Zasądza od odwołującego – NET MARINE – MARINE POWER SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie na rzecz zamawiającego – Komendy Portu Wojennego w Gdyni kwotę 4 010 zł 00 gr (cztery tysiące dziesięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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 2022 r., poz. 1710, 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:

Uzasadnienie

Komenda Portu Wojennego w Gdyni, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej w dalszej części uzasadnienia orzeczenia „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*naprawę średnią i dokową 601*”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2022 r., pod numerem 2022/S 058-153409.

W dniu 5 stycznia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca NET MARINE – MARINE POWER SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą NET MARINE”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, które polegały na:

- 1) odrzuceniu oferty wykonawcy NET MARINE mimo, że oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę,
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy NET MARINE mimo, że oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu jako oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) wyborze oferty wykonawcy Gdańska Stocznia Remontowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „wykonawcą GSR”, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, mimo iż oferta wykonawcy GSR nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 4) wadliwym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert, polegającym na uznaniu, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę NET MARINE na wezwanie Zamawiającego nie są wystarczające do uznania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej

ceny,

- 5) wadliwym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert polegającym na uznaniu, że z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę NET MARINE na wezwanie Zamawiającego wynika, jakoby oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach naruszających uczciwą konkurencję.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji kiedy oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- b) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez dokonanie wadliwego badania treści oferty Odwołującego i jej odrzucenie w sytuacji, kiedy pomimo że wykonawca ten będąc prawidłowo wezwanym przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty pismem z dnia 29 listopada 2022 r., a następnie pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dokonanie wadliwego badania treści oferty Odwołującego i jej odrzucenie w sytuacji, kiedy pomimo że wykonawca ten będąc prawidłowo wezwanym przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty pismem z dnia 29 listopada 2022 r., a następnie pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. dokonał wyjaśnień, które zaprzeczają jakoby oferta wykonawcy NET MARINE została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
- d) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy GSR w sytuacji, gdy oferta złożona przez tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy GSR jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonania ponownej analizy ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania przetargowego i dokumentów załączonych do jego odwołania oraz utajnienie dokumentów i wyjaśnień złożonych wraz z pismem Odwołującego z dnia 29 listopada 2022 r. z uwagi na fakt, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa z przyczyn i na podstawie okoliczności w nim wskazanych – będących załącznikami nr 17, 17A, 17B do odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Odwołujący na wstępie odniósł się do rozumienia pojęcia „rażąco niskiej ceny”, które choć nie ma ustawowej definicji, to na gruncie orzecznictwa i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku. W judykaturze podnosi się, że iż o cenie rażąco niskiej można mówić wtedy, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Innymi słowy ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, czego przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, w którym zostało wprost wskazane, że to nie oferta Odwołującego jako całość jest rażąco niska, ale *„oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie istotnej części składowej oferty tj. poz. nr 3 prawa opcji”*. Zdaniem Odwołującego zarówno orzecznictwo

Krajowej Izby Odwoławczej, jak również stanowisko doktryny w sposób zdecydowany przeczą poprawności działania Zamawiającego, co wywodzi m. in. z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 661/10, w którego uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że tylko wyjątkowo przedmiotem wstępnego badania można uczynić ceny jednostkowe, jeżeli zamawiający nie określił w sposób wiążący przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w orzeczeniu tym podniesiono, że nie można kwestionować – jako wycenionego rażąco nisko – jednego czy kilku elementów i w konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy, w sytuacji gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych. Odwołujący uważa więc, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, aby można było mówić o cenie rażąco niskiej, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową.

Odwołujący podkreślił, że chociaż Zamawiający wezwał go szczegółowo do wyjaśnień żądając wyłącznie informacji w zakresie punktu 3 prawa opcji, to Odwołujący precyzyjnie wskazał, że uwzględnił w swojej ofercie w całości koszty oferty potencjalnego podwykonawcy związane z prawem opcji. Jego zdaniem oferta podlega ocenie jako suma ceny części podstawowej i ceny prawa opcji, natomiast to Zamawiający wbrew jasnemu rozumieniu pojęcia rażąco niskiej ceny w doktrynie i orzecznictwie, twierdzi, że tożsame jest pojęcie rażąco niskiej ceny danego elementu / istotnej części składowej z pojęciem rażąco niskiej ceny oferty jako całości. Odwołujący dodał, że jego polityka biznesowa związana z ryzykami gospodarczymi spowodowała, że w kalkulacji całej ceny brutto podjął decyzję i ryzyko związane z tym, że jeśli Zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z prawa opcji, to jego zysk będzie mniejszy, gdyż z założonego zysku na części podstawowej (Dziale Obserwacji Technicznej) poniesie częściowo koszty związane z realizacją prawa opcji. Innymi słowy wykonawca NET MARINE twierdzi, że wykazał, iż nie tylko zrealizuje zakres podstawowy zamówienia z zyskiem, to w razie skorzystania z prawa opcji, również zysk zostanie osiągnięty, tylko wówczas mniejszy niż pierwotnie to zostało założone. Odwołujący uważa, że Zamawiający jest w błędzie twierząc, że Odwołujący skalkulował wartość pozycji nr 3 prawa opcji na rażąco niskim poziomie, skoro z każdego z pism wykonawcy NET MARINE jasno wynika, że uwzględnił on w ofercie całą ofertę podwykonawcy, której wartość jest wyższa niż kwota wskazana w pkt 3 prawa opcji. Odwołujący jedynie zgodził się na to, aby ponosić częściowo koszty wykonania prawa opcji z zysku zakładanego na realizacji prac podstawowych, które są ściśle i nieoderwalnie związane z pracami wykonywanymi w ramach prawa opcji. Odwołujący podkreślił, że to Zamawiający już na etapie formułowania ogłoszenia o zamówieniu

jednoznacznie wskazał, że elementy i systemy przedmiotu zamówienia są ściśle ze sobą powiązane i trudno byłoby wykonywać prace objęte przedmiotem zamówienia w częściach i to właśnie tą sugestią oraz swoim doświadczeniem kierował się Odwołujący kalkulując z zysku prac bezpośrednio powiązanych poniesienie ewentualnych kosztów.

W dalszej części uzasadnienia tego zarzutu odwołania wykonawca NET MARINE wywodzi, że bez realizacji części podstawowej przez danego wykonawcę Zamawiający nie może zlecić prac, które są objęte prawem opcji, albowiem samo prawo opcji jest akcesoryjne i nierozzerwalnie związane z zamówieniem podstawowym i powiązane z nim także technicznie i technologicznie. Odwołujący podkreślił również, iż w swojej kalkulacji postanowił uwzględnić część potencjalnych (hipotetycznych) kosztów z prawa opcji w gwarantowanym i wyliczonym zysku z podstawowego zamówienia. Odwołujący powołał się przy tym na poglądy prawne wyrażone w komentarzach do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. A. Gawrońskiej-Baran, według którego *„zakres opcjonalny mieści się w pojęciu przedmiotu zamówienia, tzn. nie należy traktować go jako odrębnego zakresu, który mógłby być samodzielnie oceniany w kontekście rażąco niskiej ceny lub kosztu”*, oraz W. Dzierżanowskiego, zgodnie z którym *„Cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny (art. 2 PZP), a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru ceny rażąco niskiej, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę”*.

Uzasadnienie tego zarzutu odwołania Odwołujący podsumował stwierdzając, że w zaistniałym stanie faktycznym nie można w ogóle mówić o rażąco niskiej cenie elementu składowego oferty, ponieważ wykonawca NET MARINE wycenił wskazaną pozycję prawidłowo na wartość podaną w ofercie podwykonawcy i uwzględnił tą wartość w całości w swojej ofercie. Jego zdaniem nie tylko pozycja nr 3 prawa opcji nie może być oceniana samodzielnie pod kątem rażąco niskiej ceny, ale przede wszystkim ceny oferty Odwołującego nie można uznać za ceną nierynkową lub też za ofertę z ceną powodującą podejrzenie co do jej nierealności.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Odwołujący stanowczo zaprzeczył stanowisku Zamawiającego, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu dopuścił się manipulacji cenowych przejawiających się nieuzasadnionymi dysproporcjami w stosunku do poszczególnych składowych oferty, tj. uwzględnił część kosztów związanych z realizacją pozycji nr 3 prawa opcji w podstawowych pozycjach WPN (Dział Obserwacji Technicznej), a tym samym, że znacznie zawyżył koszty podstawowego zakresu naprawy, a zaniżył wycenę pozycji nr 3 prawa opcji, albowiem w ocenie Odwołującego jego działania są nie tylko zgodne z prawem i dobrymi obyczajami, ale również w żaden sposób ani nie godzą one w interesy Zamawiającego, ani tym bardziej w interesy innych wykonawców.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający stosując podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w uzasadnieniu powinien był wskazać jakie zachowanie wykonawcy NET MARINE wypełnia znamiona jednego z czynów przewidzianych ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednakże Zamawiający nie dość, że nie wskazał, którego z czynów nieuczciwej konkurencji dopuścił się Odwołujący, to przede wszystkim nie wytłumaczył, jakie interesy Zamawiającego lub innych wykonawców zostały rzekomo naruszone i dlaczego zachowanie wykonawcy NET MARINE zostało ocenione jako bezprawne albo sprzeczne z dobrymi obyczajami. Odwołujący wskazuje, że już w swoim pierwszym piśmie i załączonych do niego tabelach wyraźnie podał, że w ramach zakładanego zysku bierze na siebie ryzyko poniesienia części kosztów w razie, gdyby Zamawiający zdecydował się na realizację prawa opcji. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie jest to „wcześniejsza zapłata za prace jeszcze nie wykonane”, tylko świadome pomniejszenie pierwotnie założonego zysku na części podstawowej. Odwołujący zwrócił też uwagę na to, że Zamawiający wskazał, iż Odwołujący rzekomo dopuścił się manipulacji cenowych, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże z komentarza dostępnego na stronie internetowej UZP wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji, który stanowi podstawę do odrzucenia oferty jest między innymi stosowanie przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi (lub innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji) w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty oraz manipulowanie wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych

etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów.

Odwołujący zauważył, że – zważywszy na przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert, gdzie ocenie podlegała wyłącznie całość oferty brutto – kwestia podziału potencjalnych kosztów z prawa opcji na zysk z części podstawowej i prawa opcji zupełnie nie miała wpływu na ocenę ofert. Skoro kryterium oceny ofert stanowiła wyłącznie łączna cena brutto oferty, to wykonawca NET MARINE uważa, że w żaden sposób nie mógł wpłynąć na możliwość oceny ofert według kryteriów przyjętych przez Zamawiającego. W odniesieniu do drugiego rodzaju tzw. „manipulacji cenowych” to Odwołujący zauważył, że tutaj Zamawiający nie płaci za żadne prace wcześniej, ani za prace w ogóle niewykonane. Niezlecenie prac objętych prawem opcji sprawi wyłącznie to, że wykonawca NET MARINE osiągnie zysk na pierwotnie zakładanym poziomie, natomiast w razie zlecenia prac objętych pozycją nr 3 prawa opcji zysk ten będzie niższy. Z racji tego, że prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, wykonawca NET MARINE kalkulując ryzyko czy Zamawiający zdecyduje się na te prace czy też nie, jak również kontekście przyjętych kryteriów oceny ofert, zdecydował się na kalkulację zysku w taki właśnie sposób.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu jego oferty powołał się właśnie na pierwszy rodzaj „manipulacji cenowej”, zapominając jednocześnie, że takowe działanie potencjalnego wykonawcy musi być ukierunkowane na lepszą ocenę oferty, na co zwracała już uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach. W orzecznictwie między innymi wskazuje się, że działanie polegające na tzw. „manipulowaniu ceną” jest działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, natomiast część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej „optymalizacji” jest uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Natomiast w sytuacji, kiedy kryterium oceny ofert jest wyłącznie cena całkowita, nie może być mowy o wpływie na te kryteria poprzez wewnętrzny rozdział zysku, cen i kosztów w ofercie. Odwołujący zwrócił uwagę też na to, że przedstawiony przez Zamawiającego projekt

umowy choć przewiduje etapy realizacji zamówienia, ale na dzień składania ofert nie zostały one sprecyzowane, co oznacza, że nie można doszukiwać się żadnego ukierunkowanego działania Odwołującego w tym, że chciał uzyskać większe wynagrodzenie na wcześniejszym etapie za określone prace, skoro żadne etapy prac i terminy nie zostały jeszcze określone.

Odwołujący zwrócił także uwagę na aspekt polepszenia sytuacji Zamawiającego w przypadku zawarcia umowy z Odwołującym, którego oferta w części podstawowej jest wartościowo wyższa niż oferta wykonawcy GSR, gdyż gwarantuje Zamawiającemu wyższą wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy i możliwość naliczenia wyższych kar umownych, których wartość została skorelowana z wysokością wynagrodzenia. Zarazem rodzi to większe ryzyka po stronie wykonawcy NET MARINE. Podjęcie decyzji co do realizacji zadań z prawa opcji sprawi natomiast, że Zamawiający zrealizuje przedmiot umowy najtaniej, zgodnie z przyjętymi przez siebie kryteriami oceny ofert.

Odwołujący podsumował, że stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, winno być dokonane w kontekście pewnej swobody wykonawców w kalkulowaniu ofert. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3792/21 *„trudno odmówić wykonawcom prawa do indywidualnego kalkulowania oferty, z uwzględnieniem przewidzianych dla danego zamówienia wymagań oraz własnych możliwości w tym zakresie, w tym dotyczących wysokości uzyskiwanych prowizji, czy ponoszonych kosztów”*. W ocenie Odwołującego jego zachowanie mieści się we wspomnianej swobodzie kalkulacji ceny i zysku i z pewnością w żaden sposób nie godzi w interesy podmiotów trzecich. Jednocześnie Odwołujący dodał, że opisane czynności i zaniechania Zamawiającego, naruszyły podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zdaniem Odwołującego trudno jednak uznać, że te podstawowe zasady prawa zamówień publicznych zostały zachowane przez Zamawiającego w sytuacji, gdy nieuprawnione działanie Zamawiającego zmierza do wyboru oferenta, którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Jednocześnie odrzuca ofertę zaledwie o 8% niższą i wskazuje na to, że rzekomo jedna z pozycji prawa opcji została wyceniona w sposób rażąco niski, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że oferta złożona została

w warunkach nieuczciwej konkurencji, wobec faktu, iż wykonawca NET MARINE z założonego zysku w ramach wynagrodzenia za zakres podstawowy godzi się częściowo pokryć koszty prac w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności dokumenty przedłożone przez strony, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach i złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Na posiedzeniu Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę GSR, albowiem zostało ono złożone w terminie, w przewidzianej przez przepisy prawa formie, zaś wykonawca ten wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego przystąpił.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2023 r., stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w jego piśmie z dnia 17 stycznia 2023 r. oraz stanowisko Odwołującego w jego piśmie przygotowawczym z dnia 18 stycznia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz z dokumentów złożonych przez strony jako załączniki do ich pism, w tym:

- korespondencji z dnia 9 stycznia 2023 r. i 13 stycznia 2023 r. prowadzonej przez zamawiającego – Komendę Portu Wojennego w Gdyni z firmą SAAB,
- dokumentów załączonych do odwołania wymienionych w liście załączników, które znajdują się również w dokumentacji przetargowej przekazanej do Izby.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Komenda Portu Wojennego w Gdyni działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „naprawę średnią i dokową 601”. Numer referencyjny tego zamówienia to 38/KPW/STO/2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2022 r., pod numerem 2022/S 058-153409.

Zgodnie z rozdziałem III SWZ Szczegółowy opis oraz sposób realizacji przedmiotowego zamówienia został zawarty w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający przewiduje możliwość zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ustawy PZP, na zasadach opisanych w Załączniku nr 3 do SWZ. Zgodnie z rozdziałem V SWZ termin realizacji zamówienia wynosi 300 dni kalendarzowych licząc od daty podpisania protokołu przyjęcia jednostki do naprawy.

Według § 3 ust. 5 projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, prawem opcji jest objęta możliwość zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia na warunkach zawartej umowy o koszt wykonania prac lub części wskazanych w Załączniku nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia. Cena za poszczególne czynności została określona w ofercie i nie może ulec zwiększeniu w trakcie realizacji zamówienia (§ 3 ust. 6). Zamawiający zastrzega sobie prawo do skorzystania z prawa opcji, w przypadku konieczności wykonania prac / wymiany części opisanych w prawie opcji, a także wydzielenia środków finansowych na dodatkowy przedmiot zamówienia (§ 3 ust. 7). Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji zawartej umowy (§ 3 ust. 8). W przypadku nie skorzystania w całości bądź w części przez Zamawiającego z prawa opcji, wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu (§ 3 ust. 9). Warunkiem każdorazowego uruchomienia prawa opcji jest pisemne oświadczenie woli Zamawiającego na wykonanie zamówienia wykraczającego poza zamówienie podstawowe, co nie wymaga aneksu do umowy (§ 3 ust. 10). Zamawiający każdorazowo na piśmie określi zakres i wielkość zwiększenia przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji (§ 3 ust. 11). Zamawiający przewiduje możliwość uruchomienia prawa opcji do czasu zakończenia naprawy (§ 3 ust. 12).

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 SWZ oferta musi być przedstawiona zgodnie z zasadami określonymi w ustawie i odpowiadać treści SWZ. W świetle rozdziału VII ust. 2 SWZ ofertę stanowi wypełniony Formularz oferty stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ.

Postanowienia SWZ nakazują wykonawcom określenie ceny realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym, sporządzonym według wzoru będącego Załącznikiem nr 1 do SWZ, łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SWZ (rozdział X ust. 1 i 2 SWZ).

W przetargu oferty złożyło trzech wykonawców:

1) Odwołujący na kwotę 125 400 000 zł 00 gr brutto (sto dwadzieścia pięć milionów czterysta tysięcy złotych zero groszy), z czego przedmiot zamówienia w ramach prawa opcji Odwołujący wycenił na kwotę 25 700 000 zł 00 gr brutto (dwadzieścia pięć milionów siedemset tysięcy złotych zero groszy), natomiast wchodzącą w skład prawa opcji wymianę systemu głębinowego Morświn na system głębinowy DE SAROV wycenił na kwotę 15 200 000 zł 00 gr (piętnaście milionów dwieście tysięcy złotych zero groszy),

2) Gdańska Stocznia Remontowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku na kwotę 136 668 502 zł 00 gr (sto trzydzieści sześć milionów sześćset sześćdziesiąt osiem tysięcy pięćset dwa złote zero groszy), z czego przedmiot zamówienia w ramach prawa opcji wykonawca ten wycenił na kwotę 42 027 993 zł 00 gr (czterdzieści dwa miliony dwadzieścia siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote zero groszy), natomiast wchodzącą w skład prawa opcji wymianę systemu głębinowego Morświn na system głębinowy DE SAROV wycenił na kwotę 32 855 760 zł 00 gr (trzydzieści dwa miliony osiemset pięćdziesiąt pięć tysięcy siedemset sześćdziesiąt złotych zero groszy),

3) PGZ Stocznia Wojenna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni na kwotę 172 200 00 zł 00 gr (sto siedemdziesiąt dwa miliony dwieście tysięcy złotych zero groszy), z czego przedmiot zamówienia w ramach prawa opcji wykonawca ten wycenił na kwotę 68 800 000 zł 00 gr (sześćdziesiąt osiem milionów osiemset tysięcy złotych zero groszy), natomiast wchodzącą w skład prawa opcji wymianę systemu głębinowego Morświn na system głębinowy DE SAROV wycenił na kwotę 49 992 931 zł 80 gr (czterdzieści dziewięć milionów dziewięćset dziewięćdziesiąt dwa złote dziewięćset trzydzieści jeden złotych osiemdziesiąt groszy).

W dniu 29 listopada 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP – celem ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – wezwał wykonawcę NET MARINE do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny części składowej oferty, tj. pozycji nr 3 prawa opcji. Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę NET MARINE w pozycji nr 3 prawa opcji dotycząca wymiany systemu głębinowego, która stanowi istotną część zamówienia, budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, tj. kwotę 15 200 000 zł 00 gr, ponieważ pozostali wykonawcy wycenili tą pozycję na kwoty 32 855 760 zł 00 gr i 49 992 931 zł 80 gr.

Pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. wykonawca NET MARINE udzielił wyjaśnień Zamawiającemu, w których podał, że duże zainteresowanie, jakim cieszą się oferowane przez niego rozwiązania, pozwoliło temu wykonawcy zdobyć rozległe doświadczenie w realizacji napraw głównych i dokowych, w zbliżonych zakresach napraw sprzętu wojskowego jak przedmiot zamówienia objęty tym postępowaniem. Na wstępie wykonawca NET MARINE podkreślił, że przy uwzględnieniu dotychczasowego orzecznictwa i brzmienia art. 224 ust. 2 ustawy PZP zasadnym jest przyjęcie, że zakres opcjonalny mieści się w pojęciu przedmiotu zamówienia, tzn. nie należy traktować go jako odrębnego zakresu, który mógłby być samodzielnie oceniany w kontekście rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wykonawca NET MARINE wskazał, że niemal wszystkie prace i zadania związane z punktem 3 prawa opcji zostały uwzględnione w jego ofercie przy kalkulacji kosztów Działu Obserwacji Technicznej, dlatego też uzasadniając cenę pkt 3 prawa opcji odniósł się do pozycji WPN (Wykaz Prac Naprawczych) tego działu. W kwestii kosztów wskazanych w tabeli stanowiącej odzwierciedlenie WPN wykonawca NET MARINE w tabeli uwzględnił w ramach każdej pozycji ilość niezbędnych roboczogodzin do wykonania danej pozycji. Następnie wykonawca ten oszacował główne wartościowe pozycje w oparciu o zebrane oferty od potencjalnych kooperantów, uwzględniając od 10 % do 30 % wzrostu cen materiałów, surowców i kosztów związanych z dostawami i przechowaniem. Cena materiałów i urządzeń potrzebnych do realizacji zamówienia wskazana w WPN zawiera też cenę dostawy do zakładu remontowego wykonawcy. W każdej z pozycji zostało również uwzględnione ryzyko kosztów dodatkowych, jakich nie można było przewidzieć na etapie składania oferty, jak również koszty związane z wykonaniem zadania w ramach prawa opcji. Wykonawca z góry bowiem założył, że w razie podjęcia decyzji przez Zamawiającego o realizacji przedmiotu zamówienia w ramach

prawa opcji, to kooperanci realizujący zadania pozycji WPN z Działu Obserwacji Technicznej również wykonają w tym samym czasie zadania objęte prawem opcji. Tym samym wykonawca NET MARINE w cenie w pozycji 3 prawa opcji uwzględnił największy koszt związany z realizacją tej pozycji, a mianowicie koszt samego urządzenia. Wykonawca wskazał, że oferta na dostawę urządzenia wynosi 25 500 000 koron szwedzkich, co według Tabeli nr 237/C/NBP/2022 z dnia 7 grudnia 2022 r. (1 korona szwedzka = 0,4275 złotego) daje kwotę 10 901 250 zł 00 gr oraz koszty związane z dostawą samego urządzenia. Oznacza to, że w ramach samego prawa opcji wykonawca NET MARINE posiada rezerwę środków finansowych na realizację pozostałych zadań objętych tą częścią prawa opcji, które jednocześnie zostały skalkulowane w ramach przedmiotu podstawowego. Ponadto wykonawca NET MARINE wskazał, że cena umowna jest ceną ryczałtową, co oznacza, że każdy profesjonalny kosztorysant szacując z należytą starannością ofertę uwzględni rezerwę (ryzyko) na materiały, surowce czy usługi, których nie można było przewidzieć na etapie szacowania oferty albo których ceny zmieniły się od momentu szacowania do dnia realizacji prac. Wykonawca NET MARINE przedstawił oferty potencjalnych kontrahentów, które potwierdzają prawidłowy sposób skalkulowania oferty i zaznaczył, że przed złożeniem oferty dokonał badania rynku i wespół ze stałymi kontrahentami potwierdził aktualne ceny materiałów i usług zanim uwzględnił ich wartość w ofercie. Dla bezpieczeństwa, z uwagi na znaczną dynamikę cen surowców i materiałów, wykonawca NET MARINE uwzględnił dalszy potencjalny wzrost cen na poziomie 10-30 %. Podkreślił przy tym, że z uwagi na akcesoryjność prawa opcji względem zamówienia podstawowego, a zatem obowiązku Zamawiającego zlecenia i zapłaty za część główną zamówienia, kalkulując koszty usług dla prawa opcji przewidział je i zarazem uwzględnił w poszczególnych pozycjach WPN zamówienia podstawowego, dlatego też wykonawca NET MARINE składając wyjaśnienia dotyczące ceny składowej prawa opcji, dołączył wyjaśnienia i dowody w zakresie przedmiotu podstawowego w zakresie w jakim dotyczą pkt 3 prawa opcji. W konkluzji wykonawca NET MARINE stwierdził, że jego oferta w pełni odpowiada szacowaniu Zamawiającego i zawiera cenę rynkową, która z pewnością nie jest rażąco niska i która gwarantuje wykonawcy osiągnięcie zysku.

Następnie pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że pomimo złożenia wyjaśnień przez tego wykonawcę nadal nie uzyskał pewności, czy oferowana przez niego cena istotnej części składowej oferty, tj. pozycji nr 3 prawa opcji jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na wstępie Zamawiający zażądał od wykonawcy NET MARINE przedłożenia tłumaczenia dla wszystkich dokumentów, które zostały złożone w ramach

wyjaśnień w języku obcym, gdyż zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, ale również zapisy SWZ wskazują, iż „dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę”. Natomiast w celu udowodnienia, że wykonawca kalkulując ofertę dokonał rozeznania rynku w zakresie pozycji nr 3 i ustalił cenę dostawy urządzenia wraz z całym niezbędnym wyposażeniem, jak również wszystkich usług towarzyszących niezbędnym dla realizacji tej pozycji prawa opcji, Zamawiający wniósł o udostępnienie oferty firmy SAAB sprzed terminu składania ofert. Zamawiający wskazał, że ze złożonych wyjaśnień wynika, iż wykonawca NET MARINE w celu realizacji tego zakresu zamówienia będzie dokonywał zakupu urządzenia u zagranicznego kontrahenta. Tymczasem to w interesie wykonawcy leży wykazanie, iż oferta została sporządzona w sposób, który sam wykonawca określił jako „profesjonalny”. Z treści pisma wykonawcy wynika, iż przedłożona w ramach wyjaśnień oferta firmy SAAB jest „ofertą uaktualnioną”, na co również wskazuje data podpisania przez strony zobowiązania, tj. 8 grudnia 2022 r., czyli już po terminie złożenia oferty przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień jednoznacznie wskazał, że oczekuje złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. W odniesieniu do oferty podwykonawcy firmy SAAB Zamawiający zażądał wyjaśnienia, z których pozycji oferty podwykonawcy SAAB (str. 158 pisma) będzie musiał skorzystać wykonawca NET MARINE realizując zamówienie z pozycji nr 3 prawa opcji, albowiem z przedłożonych dokumentów wynika, że firma SAAB złożyła ofertę na system głębinowy DE SAROV w 4 pozycjach na łączną wartość 50 900 000 koron szwedzkich (bez VAT), a w złożonych wyjaśnieniach wykonawca NET MARINE odniósł się tylko do pozycji 1 na kwotę 25 500 000 koron szwedzkich (str. 5 pisma wykonawcy).

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2022 r. wykonawca NET MARINE w piśmie z dnia 18 grudnia 2022 r. na wstępie wskazał, że Zamawiający w ramach badania rażącej ceny oferty zobowiązany jest wziąć pod uwagę całą ofertę wykonawcy, a zatem zakres podstawowy wraz z prawem opcji. Podkreślił, że jego cena ofertowa zdecydowanie nie jest ceną rażąco niską, nierealną lub też niewiarygodną, która byłaby oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Zauważył przy tym, że jego oferta jest zaledwie o 8 % niższa od kolejnej oferty, tj. oferty wykonawcy Gdańska Stocznia Remontowa. Jednocześnie wykonawca NET MARINE wskazał, że nie może przedłożyć oferty firmy SAAB sprzed terminu składania ofert, albowiem warunki dostawy nie zostały przedstawione wykonawcy na piśmie. Dodał również, że prowadził rozmowy handlowe z przedstawicielstwem firmy SAAB w Polsce, które zostały

zaktualizowane po tym, jak wykonawca złożył ofertę Zamawiającemu. Podkreślił też, że swoje szacunki w zakresie pozycji 3 prawa opcji dokonał między innymi w oparciu o negocjacje handlowe z podmiotami, które realizowały i realizują budowę bliźniaczych jednostek pływających jak remont tej jednostki stanowiącej przedmiot postępowania, a których oferty zostały złożone do wyjaśnień wykonawcy z dnia 9 grudnia 2022 r. Powołując się na poglądy doktryny wyjaśnił, że nie musiał posiadać wszystkich „fizycznych dowodów” w terminie do dnia złożenia oferty, natomiast wystarczające było uzyskanie ustnych założeń, które pozwalały mu na skalkulowanie oferty. Jego zdaniem istotne jest to, że zgromadził i przedstawił dowody realności ceny ofertowej w określonym przez Zamawiającego terminie, albowiem wykonawca, który odpowiada na wezwanie Zamawiającego, musi przedstawić przede wszystkim wyjaśnienia, albowiem to ich niezłożenie skutkuje odrzuceniem oferty. Ponadto wykonawca NET MARINE podkreślił, że nie tylko złożył wyjaśnienia i dowody pisemne w wyznaczonym terminie do dnia 9 grudnia 2022 r., ale obecnie składa dodatkowe dowody w postaci swoich oświadczeń, które są spójne i korelują z dobrymi praktykami handlowymi. Wykonawca NET MARINE składając pisemną ofertę firmy SAAB oraz wyjaśnienia z dnia 9 grudnia 2022 r. wykazał, że cena ofertowa zawiera wszystkie elementy tej oferty i obejmuje cały zakres pozycji 3 prawa opcji. Po raz kolejny podkreślił, że zakres opcjonalny mieści się w pojęciu przedmiotu zamówienia, tzn. nie można traktować go jako odrębnego zakresu, który mógłby być samodzielnie oceniany w kontekście rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wykonawca kierując się powszechnie przyjętą zasadą oraz mając na uwadze precyzyjne wezwanie Zamawiającego, wskazał, iż wszystkie prace i zadania związane z pkt 3 prawa opcji zostały uwzględnione w jego ofercie przy kalkulacji kosztów Działu Obserwacji Technicznej, dlatego też uzasadniając cenę pkt 3 prawa opcji odniósł się właśnie do pozycji WPN tego działu. W odniesieniu do pytania Zamawiającego dotyczącego tego „z których pozycji oferty podwykonawcy SAAB będzie musiał skorzystać wykonawca realizując zamówienie pozycja nr 3 prawa opcji”, wykonawca NET MARINE zgodnie ze swoimi dotychczasowymi wyjaśnieniami wskazał, że zastosowana strategia budowania ceny ofertowej przez wykonawcę determinuje, że w pozycji nr 3 prawa opcji została pokazana tylko kwota zakupu pojazdu, zaś pozostałe elementy oferty zostały uwzględnione w szeregu pozycji WPN. Reasumując, cała oferta podwykonawcy SAAB została uwzględniona przez wykonawcę NET MARINE w ofercie, tylko pod różnymi pozycjami, częściowo w prawie opcji a częściowo w zakresie podstawowym. Natomiast to do decyzji wykonawcy na etapie realizacji umowy będzie należało, czy w ogóle podmiot trzeci zrealizuje inne usługi z oferty aniżeli sama dostawa. Wykonawca NET MARINE zauważył też, że załączone do jego wyjaśnień z dnia 9 grudnia 2022 r. oferty mają na celu wykazanie Zamawiającemu, iż cena ofertowa wykonawcy (jako całość) jest rentowna i rynkowa,

jak również mają potwierdzić możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu należytej staranności oczekiwanej przez Zamawiającego. Jego zdaniem potwierdzeniem tego były i są negocjacje handlowe prowadzone z producentem SAAB i świadome rozbięcie ogólnej oferty na szczegóły i detale gwarantujące możliwość efektywnej i rzetelnej realizacji usługi. Wykonawca NET MARINE zaznaczył, iż dzięki przyjęciu takiego trybu wykonawca będzie mógł w sposób transparentny dostosować zarówno samą ofertę, jak i zakres planowanej usługi do przyszłych wymagań Zamawiającego w przypadku decyzji o skorzystaniu z prawa opcji.

Ostatecznie w dniu 30 grudnia 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Gdańska Stocznia Remontowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku jako najkorzystniejszą w postępowaniu oraz przyznał jej 95 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy NET MARINE na podstawie przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 ustawy PZP. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że odrzuca ofertę wykonawcy NET MARINE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej oferty, tj. pozycji nr 3 prawa opcji „wymiana systemu głębinowego Morświn na system głębinowy DE SAROV”. Zamawiający wskazał, że istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty, w związku z czym uznał, iż powyższa pozycja stanowi istotną część składową oferty i wobec wątpliwości co do prawidłowości jej wyceny, wezwał wykonawcę NET MARINE dwukrotnie do złożenia wyjaśnień i udowodnienia możliwości wykonania zamówienia wynikającego z prawa opcji za wskazaną w ofercie kwotę 15 200 000 zł 00 gr brutto. Jednakże wykonawca NET MARINE nie sprostował temu wezwaniu, było wręcz przeciwnie, jego wyjaśnienia potwierdziły błędną kalkulację ceny oferty w tym zakresie. Wykonawca NET MARINE wprost podał, iż część kosztów związanych z realizacją tego zakresu zamówienia ujął w pozycjach podstawowego przedmiotu zamówienia (Dział Obserwacji Technicznej), a przez co ewidentnie pokazał, że nie jest to właściwa wycena pozycji, ponieważ nie obejmuje ona całego jej kosztu. Według art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający podkreślił, że zakres prawa opcji jest co do zasady możliwością, z której Zamawiający może skorzystać, ale nie musi, wobec czego, jego odrębna wycena ma istotne znaczenie, gdyż w przypadku nieuruchomienia dodatkowego zadania, Zamawiający poniesie dodatkowe, nieuzasadnione koszty za prace, które nie zostały wykonane, a których wartość

została uwzględniona w podstawowym zakresie prac. W dalszej części uzasadnienia swojej decyzji Zamawiający podał, że odrzuca ofertę wykonawcy NET MARINE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, ponieważ została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego złożone przez wykonawcę NET MARINE wyjaśnienia na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej pozycji nr 3 prawa opcji potwierdzają, że wykonawca ten dopuścił się manipulacji cenowych przejawiających się nieuzasadnionymi dysproporcjami w stosunku do poszczególnych składowych oferty, tj. uwzględnił część kosztów związanych z realizacją pozycji nr 3 prawa opcji w podstawowych pozycjach Wykazu Prac Naprawczych (Dział Obserwacji Technicznej), przez co znacznie zawyżył koszty podstawowego zakresu naprawy, a zaniżył wycenę pozycji nr 3 prawa opcji. Według Zamawiającego taka praktyka jest niedopuszczalna, ponieważ prawo opcji jest co do zasady możliwością, z której Zamawiający może skorzystać, ale nie musi. Dlatego odrębna i rzetelna jego wycena ma istotne znaczenie, albowiem w przypadku nieuruchomienia dodatkowego zadania na etapie realizacji umowy Zamawiający poniesie dodatkowe, nieuzasadnione koszty za prace, które nie zostały wykonane, a których wartość została uwzględniona w podstawowym zakresie naprawy. Takie działanie należy potraktować jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż w myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Poza tym działanie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, za który może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, natomiast część cen jest bez uzasadnienia zawyżona, aby zrekompensować zniżenie innych. Brak obiektywnego uzasadnienia dla dokonywania takiej operacji wskazuje, że jedynym jej celem jest zamierzona optymalizacja wyceny przedmiotu zamówienia, która pozwala na zawyżenie ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy lub odmienne, od określonego w dokumentach zamówienia, jego rozliczenie, np. otrzymanie części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie jego realizacji (lub za niewykonany przedmiot zamówienia). Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez Odwołującego – wykonawcę NET MARINE i uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający – Komenda Portu Wojennego w Gdyni w sposób prawidłowy zastosował przepisy ustawy PZP odrzucając ofertę Odwołującego – zarówno z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny istotnej części składowej tej oferty, jak i wobec jej złożenia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W myśl regulacji wynikającej z art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 224 ust. 5 ustawy PZP stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Według art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 tej ustawy zostały przykładowo wymienione niektóre rodzaje czynów nieuczciwej konkurencji, tj. między

innymi: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Według art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie zaś z art. 239 ust. 2 ustawy PZP najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 240 ust. 1 ustawy PZP stanowi natomiast, że zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

Przechodząc do omówienia zarzutu dotyczącego naruszenia szeregu przepisów odnoszących się do zagadnienia odrzucenia oferty z powodu „rażąco niskiej ceny”, to należy zauważyć, że ustawa PZP nie zawiera definicji legalnej pojęcia „rażąco niska cena”. W literaturze prawniczej i orzecznictwie przyjęło się, że za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia należy uznać cenę, która odbiega od jego rzeczywistej wartości, natomiast różnica taka nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi konkretnemu wykonawcy bez poniesienia strat finansowych, takie zamówienie zrealizować. Rażąco niska cena to innymi słowy cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, która zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim rozumieniu nie jest ona ceną rynkową, tj. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są między innymi poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu makro i mikroekonomicznym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji ze strony podmiotów racjonalnie na nim działających. Według art. 224 ust. 1 ustawy PZP jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający, jeśli żąda od wykonawcy wyjaśnień, to obowiązany jest wskazać, dlaczego dana cena (koszt) oferty wydaje mu się rażąco niska, natomiast jeżeli wątpliwości dotyczą części składowych ceny lub kosztu, winien wskazać konkretne części składowe, których wycena budzi jego wątpliwości. Wykonawca nie może się domyślać, które składniki jego oferty budzą wątpliwości zamawiającego i wywołują podejrzenie co do zaniżenia wyceny. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 363/22 „*złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Z treści art. 224 ust. 6 ustawy PZP wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*”.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, wobec powzięcia wątpliwości co do wyceny jednego ze składników prawa opcji w postaci wymiany systemu głębinowego Morświn na system głębinowy DE SAROV, pismem z dnia 29 listopada 2022 r. wezwał wykonawcę NET MARINE do wyjaśnień w zakresie wyceny tego elementu na kwotę 15 200 000 zł 00 gr, w tym do złożenia dowodów. Odpowiedź udzielona przez Odwołującego na to, jak i na kolejne wezwanie Zamawiającego, nie wykazała, aby Odwołujący poprawnie skalkulował swoją ofertę w stosunku do tej pozycji prawa opcji. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wyraźnie potwierdzają, że wartość wymiany systemu głębinowego oszacował on na kwotę 15 200 000 zł gr tylko dlatego, bo jest to sama kwota nabycia pojazdu od jego kooperanta, natomiast pozostałą część kosztów związanych z realizacją tej części zamówienia Odwołujący wykazał w pozycjach dotyczących podstawowego przedmiotu zamówienia w Wykazie Prac Naprawczych. Izba przyznaje rację Zamawiającemu, że taki sposób wyceny tej pozycji w ofercie jest wadliwy, albowiem wycena wymiany systemu głębinowego nie obejmuje całego jego kosztu. Odwołujący samowolnie przerzucił sobie część kosztów dotyczących tej pozycji prawa opcji do zakresu podstawowego zamówienia, choć na chwilę obecną, biorąc zwłaszcza pod uwagę treść ustnego oświadczenia wyrażonego przez

Zamawiającego w trakcie rozprawy, nie jest jeszcze pewne, czy Zamawiający uzyska w ogóle środki finansowe, które umożliwią mu skorzystanie z prawa opcji. Twierdzenia Odwołującego, że taki sposób skalkulowania oferty wynikał z podjęcia przez niego ryzyka gospodarczego i z racji założenia osiągnięcia zwiększonego zysku na części podstawowej zamówienia są nielogiczne. Skoro Odwołujący dodatkowo przeniósł część kosztów, które będzie musiał ponieść w ramach prawa opcji, na realizację podstawowej części zamówienia, to nie mógł racjonalnie zakładać, że przy dodatkowo zwiększonych kosztach osiągnie jeszcze większy zysk w części podstawowej – a na pewno nie zysk w tak dużej wysokości, z którego mógłby sobie potem zrekompensować ewentualną stratę poniesioną na realizacji opcjonalnej części zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższy szerszy kontekst sprawy w ocenie Izby za prawdopodobne należy uznać twierdzenia wykonawcy GSR wyrażone w trakcie rozprawy, iż taki właśnie sposób skalkulowania oferty przez Odwołującego – gdzie pod pozorem przerzucenia części kosztów z prawa opcji na część podstawową zamówienia została zaniżona wycena prawa opcji celem obniżenia ceny całkowitej oferty i uzyskania całego zamówienia – mógł wynikać z prognozy Odwołującego, że nie dojdzie w ogóle do skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji. Także kolejna podnoszona przez uczestnika postępowania odwoławczego okoliczność, że z powodu pełnej rezerwacji mocy linii produkcyjnej firmy SAAB i dłuższych terminów dostaw komponentów i materiałów skutkującej dłuższym terminem dostawy systemu głębinowego DE SAROV (wynosi on obecnie około 32 miesiące), świadczyć może o tym, że nawet sam Odwołujący zakłada obecnie, że dostawa tego systemu głębinowego w terminie wynikającym z zapisów SWZ może być niewykonalna i że w razie, gdyby wygrał on przetarg, to i tak nie doszłoby do tej dostawy z przyczyn od niego niezależnych. Mając to na uwadze, jak również wspomnianą powyżej ustną informację udzieloną przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, że na chwilę obecną nie ma środków finansowych na uruchomienie prawa opcji, takie przewidywania nie są pozbawione racjonalnych podstaw. Zatem mając powyższe na względzie decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP należy uznać za prawidłową i uzasadnioną nie tylko rażącym zaniżeniem jednego z istotnych elementów oferty, ale również podyktowaną brakiem logicznego i przekonującego wyjaśnienia przez Odwołującego (i to pomimo wystosowania do niego dwukrotnego wezwania), dlaczego ten składnik oferty wycenił w taki, a nie inny sposób. Przy tym Izba w pełni podziela wyrażane przez Zamawiającego obawy, iż w przypadku braku uruchomienia opcjonalnego zadania poniesie on nieuzasadnione koszty za prace, które nie zostały wykonane, a które Odwołujący samowolnie przeniósł w swojej ofercie do zakresu prac w podstawowej części zamówienia. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP.

W odniesieniu do zarzutu odwołania dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty wykonawcy NET MARINE z powodu stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji to na wstępie należy odwołać się do rozumienia pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie dorobku judykatury i doktryny. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 93/08 stwierdził, że czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza. Sprzeczność z przepisami prawa zachodzi wtedy, gdy konkretne zachowanie jest sprzeczne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, zarówno z zakresu prawa karnego, prawa cywilnego, jak i prawa administracyjnego, jak również normami pozasystemowymi (np. normami wynikającymi z zasad współżycia społecznego lub kształtującymi dobre obyczaje), do których przepisy prawa odsyłają bezpośrednio lub pośrednio. Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r. wydanego w sprawie o sygn. akt I NSK 61/18 Sąd Najwyższy za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się takie działanie, które potocznie określa się jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań. Na podstawie analizy literatury prawa zamówień publicznych oraz bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej można też wymienić przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji związane z przygotowaniem ofert w postępowaniach przetargowych: 1) stosowanie przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty, 2) manipulowanie wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy), 3) podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wycenę oferty lub jej kolejność [zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy, teza

8]. Ponadto w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 509/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji.

Analiza akt sprawy odwoławczej, w szczególności dwóch wyjaśnień wykonawcy NET MARINE w sprawie wyceny wymiany systemu głębinowego, doprowadziła Izbę do przekonania, że także druga z podstaw prawnych wskazanych przez Zamawiającego jako przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego okazała się być właściwa. Izba podziela w całości stanowisko Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu jego czynności, według którego zostało uznane, że wykonawca NET MARINE składając swoją ofertę dopuścił się manipulacji cenowych, tj. uwzględnił część kosztów związanych z dokonaniem wymiany systemu głębinowego Morświn na system głębinowy DE SAROV (tj. pozycja nr 3 prawa opcji) w podstawowych pozycjach Wykazu Prac Naprawczych, przez co doszło do znacznego zawyżenia kosztów podstawowego zakresu naprawy i zarazem do zaniżenia wyceny pozycji nr 3 prawa opcji. Jak słusznie podniósł Zamawiający taką praktykę należy uznać za całkowicie niedopuszczalną, albowiem z prawa opcji Zamawiający może, a nie musi skorzystać. W związku z tym, gdyby uruchomienie dodatkowego zadania nie nastąpiło, to wówczas Zamawiający poniósłby niepotrzebne i nieuzasadnione koszty za niewykonane prace, których wartość Odwołujący uwzględnił w swojej ofercie w podstawowym zakresie naprawy. Jest to bowiem czyn nieuczciwej konkurencji, w którym manipulacja cenowa przejawiała się właśnie tym, że wykonawca ustalił cenę oferty w taki sposób, że jej część została określona na rażąco niskim poziomie, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, natomiast część cen bez uzasadnienia została zawyżona po to, żeby zrekompensować zaniżenie innych części składowych ceny. Okoliczność niezasadnego zaniżenia oferty wykonawcy NET MARINE Zamawiający udowodnił załączając do odpowiedzi na odwołanie swoją korespondencję z firmą SAAB, z której wyraźnie wynika zarówno to, jaka jest cena całego systemu głębinowego, który firma SAAB zaoferowała Odwołującemu, jak również to, że według tej oferty nie było możliwości zamówienia tego systemu w częściach i wykonania wszystkich elementów tej dostawy przez inny podmiot aniżeli firma SAAB. Podkreślić należy, że cała treść korespondencji firmy SAAB z Komendą Portu Wojennego w Gdyni poddaje pod dużą wątpliwość prawdziwość i wiarygodność oświadczeń składanych Zamawiającemu przez spółkę NET MARINE w toku procedury składania wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Mając

powyższe na względzie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Także ostatnich z podniesionych zarzutów odwołania okazał się być nieuzasadniony. Z treści petitum odwołania w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący upatruje naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 240 ust. 1 ustawy PZP w samym wyborze oferty wykonawcy GSR jak oferty najkorzystniejszej w postępowaniu mimo, że zdaniem Odwołującego oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejsza. Jednakże w dalszej części odwołania Odwołujący nie uzasadnił szerzej swojego stanowiska. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w ogóle w swoim odwołaniu, żeby Zamawiający w toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert. Samo ogólnikowe wskazywanie w treści odwołania, że w toku badania i oceny ofert doszło do bezzasadnego odrzucenia oferty jednego wykonawcy, co następnie skutkowało wyborem oferty kolejnego wykonawcy w rankingu ofert, nie jest wystarczające, żeby móc skutecznie postawić zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Podobnie rzecz wygląda ze postawieniem Zamawiającemu zarzutu naruszenia regulacji art. 240 ust. 1 ustawy PZP, gdzie w uzasadnieniu swojego odwołania wykonawca NET MARINE nie wyjaśnił w ogóle, w czym konkretnie upatruje wadliwości działań Zamawiającego w opisywaniu kryteriów oceny ofert. Mając to na względzie Izba uznała, że powyższy zarzut odwołania podlega oddaleniu.

Biorąc zatem pod uwagę całokształt okoliczności ujawnionych na rozprawie nie budzi żadnych wątpliwości Krajowej Izby Odwoławczej, że w niniejszej sprawie zostały spełnione obydwie ustawowe przesłanki, które legły u podstaw podjętej przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zanim Zamawiający zdecydował się na odrzucenie oferty Odwołującego poprzedził tą czynność ciągiem czynności o charakterze wyjaśniającym, które doprowadziły go do przekonania o niezgodności złożonej oferty z przepisami ustawy PZP odnoszącymi się do rażąco niskiej ceny i przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynności te były szczegółowe oraz wnikliwe i doprowadziły do wykazania, że Odwołujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia w zakresie opcji za zaoferowaną cenę, albowiem niezasadnie – jak z resztą sam stwierdził – część kosztów z prawa opcji przeniósł do podstawowego zakresu zamówienia, przez co wycena zamówienia w zakresie prawa opcji została znacznie zaniżona.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 557, 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w postaci wydatku na wynagrodzenie pełnomocnika i wydatku na dojazd pełnomocników Zamawiającego na rozprawę w dniu 18 stycznia 2023 r. samochodem osobowym w łącznej wysokości 4 010 zł 00 gr (cztery tysiące dziesięć złotych). Poniesienie obydwu wydatków Zamawiający udokumentował fakturami VAT, z czego wydatek poniesiony na wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr nie przekraczał kwoty wynikającej z regulacji § 5 pkt 2 lit. b 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, natomiast wydatek na paliwo w związku z dojazdem na rozprawę w wysokości 410 zł 00 gr nie przekraczał kwoty określonej na podstawie regulacji Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy, przy uwzględnieniu zmiany tego rozporządzenia z dnia 22 grudnia 2022 r., która weszła w życie w dniu 17 stycznia 2023 r., czyli 1 dzień przed rozprawą.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: