

Sygn. akt: KIO 1687/15

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2015r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2015 r. **przez wykonawcę** konsorcjum: Envia sp. z o.o. – Lider konsorcjum Al. Zwycięstwa 96/98; 81-451 Gdynia i Przedsiębiorstwo Usługowe JABO J. W. ul. Przełom 1; 80-643 Gdańsk - Członek konsorcjum w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. u. Zamknięta 18; 80- 995 Gdańsk

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża konsorcjum: Envia sp. z o.o. – Lider konsorcjum Al. Zwycięstwa 96/98; 81-451 Gdynia i Przedsiębiorstwo Usługowe JABO J. W. ul. Przełom 1; 80-643 Gdańsk - Członek konsorcjum i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum: Envia sp. z o.o. – Lider konsorcjum Al. Zwycięstwa 96/98; 81-451 Gdynia i

Przedsiębiorstwo Usługowe JABO J. W. ul. Przełom 1; 80-643 Gdańsk -
Członek konsorcjum tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie pod Sygn. akt IU/IH/2015/007 na „Dostawę motorówki hydrograficzno-inspekcyjnej”.

Z treści odwołania wynika, że zostało złożone od czynności zamawiającego z dnia 27 lipca 2015 roku polegającej na odrzuceniu oferty nr 1 złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Envia sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowe JABO J. W. zwanych dalej „odwołującym”.

Na podstawie art. 179 ust.1, art. 180 ust. 4 oraz art. 182 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą pzp” lub „PZP” odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego polegające na: odrzuceniu oferty nr 1 złożonej przez Konsorcjum Envia sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe JABO J. W. oraz w konsekwencji wyboru oferty nr 2 złożonej przez Techno Marine sp. z o.o.

Zaskarżonemu rozstrzygnięciu, na podstawie art. 180 pkt. 3 ustawy pzp, odwołujący zarzucił:

1. obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, iż nie odpowiada ona treści SIWZ;
3. obrazę prawa procesowego w postaci naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 180 ust 3 ustawy pzp, odwołujący wnosi o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Techno Marine sp. z o.o. z siedzibą w Malborku;
3. nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że cena zaoferowana przez odwołującego nie nosi znamion rażąco niskiej ceny, w szczególności, że

z przedstawionej przez odwołujących w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacji wynika, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty potrzebne do realizacji zamówienia;

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że oferta złożona przez skarżących spełnia wszystkie wymogi opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ;

6. przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji przetargowej, w szczególności z SIWZ, oferty odwołujących oraz korespondencji pomiędzy odwołującym a zamawiającym;

7. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, zgodnie z przedstawionymi fakturami i rachunkami.

Odwołujący uzasadniając odwołanie podniósł następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Co do zarzutu pierwszego(1) to jest rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego czyli naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 ustawy pzp.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust 1 pkt. 4 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zostali dwukrotnie wezwani do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów mających wpływ na wysokość ceny w celu wykazania, że złożona przez nich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, które muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być na przykład polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, iż dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Jednocześnie przy udzielaniu wyjaśnień należy uwzględniać istniejące przepisy, w tym politykę społeczną państwa. Taką cechą mają wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że koszty te przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe, niż minimalne wynagrodzenie za pracę, wynikające z odpowiednich przepisów.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że nie oznacza to konieczności zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem, lecz konieczność ustalania ceny oferty w oparciu o rzetelne wskaźniki płacowe.

Odwołujący podnosi w wyjaśnieniach, iż zaoferowana przez nich cena została obliczona zgodnie z należytą starannością, w oparciu o realne ceny materiałów, urządzeń i kosztów pracy oraz w zgodzie z obowiązującym w firmie Systemem Zarządzania Jakością, zgodnym z normą ISO 9001:2008 oraz wyjaśnili dlaczego zaproponowana przez odwołującego cena jest niższa niż cena zaproponowana przez Techno Marinę sp. z o.o. Zamawiający otrzymał dowody świadczące o braku znamion rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie odwołującego, w tym kalkulację ilustrującą sposób wyliczenia ceny przez odwołującego.

Według odwołującego na wysokość zaoferowanej ceny wpływa przede wszystkim fakt, że jednostki oferowane w przetargu przez Odwołującego i przez Techno Marinę sp. z o.o. różnią się wielkością. Oferowanie mniejszej jednostki, która spełnia wszystkie wymogi wskazane w SIWZ, skutkuje znacznie niższymi kosztami użytych materiałów oraz niższymi kosztami wykonania kadłuba i jego wyposażenia. Na wysokość zaoferowanej ceny wpływa to, że odwołujący dysponują już częściowo wyposażonym kadłubem jednostki, który wymaga tylko dostosowania do wymogów zamawiającego. Wprawdzie dostosowanie kadłuba do wymogów zamawiającego również wymaga poniesienia kosztów, jednakże odwołujący przedstawili je w przygotowanym zamawiającemu zestawieniu kosztów (kalkulacji) i uwzględnili w zaoferowanej cenie. Kadłub, którym dysponują skarżący jest już wyposażony w silniki, śruby, urządzenia nawigacyjne, mostek nawigacyjny i zaplecze socjalne. W celu dostosowania jednostki do wymogów Zamawiającego konieczne jest przedłużenie jednostki w części rufowej, przearanżowanie części socjalnej oraz dostosowanie przestrzeni do wymogów stanowiska hydrografa. Miał zostać zamontowany także ster strumieniowy oraz żurawik z windą. Jednakże realizacja tych prac nie wymaga istotnego zaangażowania nowych zasobów, nie ma także konieczności zamówienia materiałów do budowy nowej jednostki w krótkim czasie i ma to odzwierciedlenie w cenie zaoferowanej przez skarżących.

Warto także podkreślić, że na tak wysoką cenę zaoferowaną przez Techno Marinę sp. z o.o. mógł wpłynąć bardzo krótki czas dostawy przedmiotu zamówienia wymagany przez zamawiającego. Tylko niewielka liczba dostawców jest w stanie spełnić wymóg dostarczenia w pełni wyposażonej motorówki hydrograficzno- inspekcyjnej w ciągu zaledwie 18 tygodni. Termin realizacji zamówienia zawsze jest uzależniony od zasobów zaangażowanych w procesie produkcyjnym. Im krótszy termin dostawy, tym większe zasoby muszą być zaangażowane, co oznacza większe koszty procesu produkcji. Zarówno stałe utrzymanie zmobilizowanych zasobów na tak wysokim poziomie, jak i mobilizacja dodatkowych zasobów

sprawiają, że wykonanie przedmiotu zamówienia w ciągu 18 tygodni jest droższe niż dostarczenie przedmiotu zamówienia w dłuższym terminie przy wykorzystaniu mniejszych zasobów.

Cena zaoferowana przez skarżących jest skutkiem niskich kosztów stałych konsorcjantów wynikających z niskich kosztów, dobrej organizacji pracy i dużego doświadczenia pracowników, a także wysokich rabatów uzyskanych od producentów urządzeń hydrograficznych i pomiarowych. Na wysokość ceny wpływa również fakt, że skarżący ponoszą niskie koszty stałe związane z dysponowaniem powierzchniami biurowymi, składowymi i produkcyjnymi. J. W. jest właścicielem tych powierzchni, z kolei Envia sp. z o.o. wynajmuje takie powierzchnie w Pomorskim Parku Naukowo Technologicznym na korzystnych warunkach finansowych. Właściwe zarządzanie powierzchniami pozwala na zminimalizowanie potrzeb w tym zakresie, co przekłada się na niskie koszty stałe.

Odnosząc się do kwestii dobrej organizacji pracy i dużego doświadczenia pracowników, istotne jest, że skarżący zatrudniają wysoko wykwalifikowanych pracowników przy czym są oni związani z firmami od wielu lat. Bardzo dobra organizacja pracy wraz z dużym doświadczeniem pracowników gwarantuje wysoką wydajność pracy przy relatywnie niewysokich kosztach. Envia sp. z o.o. współpracuje na zasadach outsoursingu z częścią wysoko wykwalifikowanych specjalistów, co pozwala na utrzymanie kosztów stałych związanych zatrudnieniem na niższym poziomie niż w innych przedsiębiorstwach z branży. Skarżący jednocześnie oświadczają, że umowy zawierane z pracownikami odzwierciedlają wymogi ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, na którą powołuje się zamawiający. Optymalną organizację pracy w Envia sp. z o. o. zapewnia także wdrożony i doskonalony system zarządzania jakością zgodny z ISO 9001:2008. Wszystkie te czynniki pozwalają na optymalizację organizacji pracy i obniżanie kosztów działalności.

Znaczącą część ceny stanowią koszty związane z wyposażeniem jednostki w urządzenia hydrograficzne i pomiarowe. Atrakcyjna cena zaoferowana przez skarżących jest wynikiem wieloletniej obecności Envia sp. z o.o. na rynku dostaw urządzeń pomiarowo-badawczych. Envia sp. z o.o. współpracuje z dostawcami urządzeń hydrograficznych i korzysta ze znaczących rabatów. Rabaty te zostały odzwierciedlone w cenie oferowanej w przetargu.

Skarżący podzielają pogląd wyrażony przez KIO w wyroku z dnia 11 marca 2013 roku w sprawie 430/13. W orzeczeniu tym KIO stwierdziła, że: „Pojęcie rażąco niskiej ceny nie ma ostrych granic i wymaga skonkretyzowania na tle rozpoznawanej sprawy. Przyjmuje się, że rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia”.

Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 31 lipca 2013 roku (KIO 1767/13) „zanotowana dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do stwierdzenia, że cena najniższa, podana przez jednego z nich, jest cena rażąco niska, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu, których porównawcze oszacowanie jest trudne, bo każda z firm może przyjąć inne metody kalkulacyjne, a w szczególności inny poziom zysku, którego górna wysokość w żaden inny sposób nie jest limitowana, jak tylko prawami popytu i podaży i konkurencją w danej branży, dosyć ograniczoną/ z uwagi na specyfikę zamówienia, itp. W konsekwencji, to co dla jednego wykonawcy, stanowi cenę rażąco niską, nie pozwalającą na prawidłową realizację umowy, nie musi być ceną poniżej kosztów świadczenia usługi dla innego wykonawcy.

W orzeczeniu KIO z dnia 31 sierpnia 2011 roku w sprawie 1793 /11 KIO wskazała, że zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p. przy ocenie zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, przez co należy rozumieć wybrane przez wykonawcę, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Czynniki te muszą odnosić się do badanego wykonawcy i jego wyróżniać spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny. Skarżący w swoich wyjaśnieniach wskazali obiektywne okoliczności umożliwiające im korzystne dla zamawiającego kalkulowanie ceny.

Podsumowując powyższe, stwierdzić należy w ślad za postanowieniem KIO z dnia 17 sierpnia 2011 roku (KIO 1665/11), że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Z taką sytuacją z pewnością nie mamy do czynienia w przypadku oceny oferty skarżących.

Podkreślenia wymaga również fakt, że zamawiający całkowicie niezasadnie w piśmie z dnia 27 lipca 2015 roku wskazał, iż: „W swoich wyjaśnieniach Wykonawca potwierdził, że cena oferty jest ceną rażąco niską.” Skarżący nigdy nie wskazywali, że ich oferta zawiera rażąco niską cenę, wręcz starali się wykazać, że cena przez nich oferowana jest zgodna z ich rzeczywistymi możliwościami oraz, że w oparciu o przedstawione przez nich kalkulacje możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Co do zarzutu drugiego (2) odnoszącego się do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 PZP w związku z uznaniem zamawiającego, że treść oferty odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Skarżący zarzucają obrazę prawa materialnego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty skarżących z uwagi na przyjęcie, iż nie odpowiada ona treści SIWZ. Zamawiający w piśmie z dnia 27 lipca 2015 roku wskazał ponadto, że: „Wykonawca w swoich wyjaśnieniach potwierdził, że oferta jest niezgodna z SIWZ.”

Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO. Stosownie do wyroku KIO 2762/14 z dnia 22 stycznia 2015 „treść SIWZ jest ustalana przez zamawiającego, jest on jej autorem i w granicach określonych ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) kreuje zarówno jej zawartość, jak i przyszłe zobowiązania stron. Zamawiający powinien dochować należytej staranności w formułowaniu zapisów SIWZ w tym opisu przedmiotu zamówienia, czy wzoru przyszłej umowy bądź istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ma to znaczenie dla późniejszej oceny zgodności złożonych ofert z postanowieniami wyspecyfikowanymi przez zamawiającego. Zamawiający jest zatem zobowiązany tak sformułować poszczególne postanowienia SIWZ, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jakie są oczekiwania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych czy nieprecyzyjnych sformułowań zamieszczonych w SIWZ.” W niniejszej sprawie wymogi SIWZ, w szczególności zaś opis przedmiotu zamówienia (OPT) są dalece nieprecyzyjne.

Zgodnie z wymogami Zamawiającego motorówka powinna być wyposażona w minimum 3 koje (2.15 OPZ) oraz powinna być wyposażona w mesę z 10 miejscami siedzącymi. Wymogi te zostały przez skarżących spełnione rozłącznie, to znaczy dwie koje w części dziobowej jednostki pełnią podwójne funkcje, koi i miejsc siedzących w mesie. Wskazać należy, iż rozwiązanie to najlepiej pasuje do charakteru planowanego zastosowania motorówki, gdyż podczas prac hydrograficzno-inspekcyjnych na jednostce zazwyczaj przebywa tylko stała załoga wraz z zespołem pomiarowym, który zazwyczaj liczy do 3 osób. Zostało również uwzględnione wymagane przez Zamawiającego stanowisko hydrografa (OPZ 2.16.2), konieczne do realizacji stawianych przez Zamawiającego zadań w OPZ, punkty 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., 1.8., 1.9.

Z kolei wymóg zamawiającego dotyczący wymiarów motorówki, w tym dopuszczalnej długości motorówki od 12 do 18 m sugeruje, iż zamawiający miał świadomość, że motorówki o długości zawierającej się w dolnym przedziale wymaganego zakresu nie mogą spełnić jednocześnie wszystkich warunków dotyczących rozmieszczenia pokładu operacyjnego,

stanowiska hydrografa, sterówki, kuchni, łazienki, mesy i koi. Zwrócić należy również uwagę na stanowisko Techno Marinę sp. z o.o. z pisma z dnia 11 czerwca 2015 roku, w którym wskazano, że łodzie o długości 12 m nie gwarantują ergonomicznego rozmieszczenia wszystkich wymaganych pomieszczeń na jednostce. Również skarżący wskazują, że zamawiający, dopuszczając konstrukcję o długości 12 m, wykluczył możliwość jednoczesnego połączenia wszystkich wymaganych funkcji jednostki. Nie jest bowiem możliwe, przy łodzi o długości 12 m, zaprojektowanie jednocześnie pokładu operacyjnego, stanowiska hydrografa, mesy na 10 osób oraz trzech koi.

Zaproponowane przez skarżących rozwiązania spełniają wymogi zamieszczone w SIWZ. Z treści SIWZ nie wynika obowiązek jednoczesnego spełnienia warunków zamieszczonych w SIWZ w pkt 2.15 oraz 2.16.3. SIWZ dopuszcza łódź o długości od 12 metrów. Skarżący mieli zamiar dostarczyć zamawiającemu łódź o długości 12,4 m. Łódź 12 - metrowa z kształtem kadłuba V, jaki wynika z treści SIWZ, przeznaczona do zadań hydrograficzno-inspekcyjnych nigdy nie będzie w stanie pomieścić jednocześnie 10 osób w mesie oraz 3 osób w kojach. Ponadto, podczas zaokrętowania dodatkowych 10 osób na jednostce załoga musi nadzorować pracę jednostki, więc nieprawdopodobne (niebezpieczne) jest przebywanie wszystkich zaokrętowanych osób pod pokładem jednocześnie. Skarżący potraktowali wyposażenie motorówki w stanowisko hydrografa priorytetowo i zaproponowali koje dwufunkcyjne pod pokładem.

Skarżący podziela pogląd wyrażony przez KIO w wyroku 2762/14 z dnia 22 stycznia 2015 roku. Stosownie do tego orzeczenia treść SIWZ nie jest ścisłym algorytmem informatycznym ale opisem zamówienia przez zamawiającego. „Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jak każde oświadczenie woli podlega wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, a więc w taki sposób jak wymagają tego zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone.”

Zamawiający postawił wymóg 12 osób (OPZ 2.14) jako możliwą ilość osób zaokrętowanych na jednostce. Tym samym, wykluczył potrzebę jednoczesnego spełnienia wymogu z punktu 2.15 i 2.16.3., ponieważ w chwili spełnienia tych dwóch warunków Zamawiający wymagałby przynajmniej zaokrętowania jednocześnie 13 osób.

Stosownie zatem do treści orzeczenia KIO 2493/14 z dnia 11 grudnia 2014 roku „wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania/” Niestety, w przedmiotowym

postępowaniu wykonawca postąpił dokładnie odwrotnie, a więc nieostre sformułowania OPZ zinterpretował tak, by odrzucić ofertę Skarżącego.

Co więcej, w świetle powyższych wyjaśnień, należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, skarżący nie wskazywali, że ich oferta jest niezgodna z SIWZ, wręcz przeciwnie, wskazywali, że motorówka oferowana przez skarżących spełnia wszystkie warunki socjalno-bytowe wymagane w SIWZ.

Ad. Zarzut 3

Skarżący zarzuca również naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przede wszystkim, stosownie do przepisu art.7 ust 1 ustawy pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Takie właśnie przygotowanie postępowania ma zapobiec zarówno dyskryminacji, jak i uprzywilejowaniu jakiegokolwiek z oferentów. W ocenie skarżących przeprowadzone w przedmiotowej sprawie postępowanie dotknięte jest wadą dyskryminującą Skarżących i uprzywilejującą ofertę Techno Marinę sp. z o.o.

Jak zostało wskazane powyżej, zamawiający odrzucił ofertę skarżących również z uwagi na niespełnienie przez skarżących wymogów SIWZ. Jednakże, również oferta Techno Marina sp. z o.o. nie może być uznana za odpowiadająca treści SIWZ.

Należy podkreślić, że oferta konkurencyjna przedstawiona przez Techno Marinę sp. z o.o. nie uwzględnia stanowiska hydrografa (OPZ 2.16.2) przez co również nie jest spełnia wymagań zamawiającego. Zamiast stanowiska hydrografa Techno Marinę sp. z o.o. zaprojektowała mesę dla 10 osób. Techno Marinę sp. z o.o. spełniła tym sposobem wymóg z punktu 2.16.3. i nie uwzględniła wymogu z punktu 2.16.2.

Stanowisko hydrografa (OPZ 2.16.2), składające się z szafy RACK, monitorów, biurka i miejsca siedzącego, w zaproponowanej przez Techno Marinę sp. z o.o. motorówce nie może być zaprojektowane na miejscu członka załogi znajdującego się na lewo od stanowiska sternika. Infrastruktura stanowiska w tym szafa RACK i ekrany, a także konieczność zasłonięcia okien przy stanowisku hydrografa podczas jego pracy z użyciem monitorów (OPZ 1.12) ograniczą widoczność ze stanowiska sternika, co jest niezgodne z praktyką projektowania jednostek pływających. Co więcej, zaprojektowanie stanowiska hydrografa w

części tylnej kabiny uniemożliwi stworzenie tam mesy z 10 miejscami siedzącymi, co było jednym z wymogów stawianych przez zamawiającego.

Wskazać również należy, że motorówka zaproponowana przez Techno- Marine nie uwzględnia wyposażenia motorówki w kuchenkę elektryczną o co najmniej 2 polach grzewczych (OPZ 2.16.4.1.)

Skarżący wskazują na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp, gdyż zamawiający pominął fakt, że oferta Techno Marinę sp. z o.o. nie spełnia stawianych wymogów, podczas gdy stawia liczne zarzuty ofercie przedstawionej przez Skarżących, które nie odnoszą się do wymogów zawartych w SIWZ. Co więcej, zamawiający nie zwrócił się do Techno Marinę sp. z o.o. o wyjaśnienia w tym zakresie i uznał ofertę Techno Marinę sp. z o.o. za w pełni spełniającą zapisy OPZ.

Również należy zwrócić uwagę na fakt, że zamawiający, w piśmie z dnia 15 lipca 2015 wskazuje, że w zaproponowanym przez skarżących projekcie motorówki, jedna z koi jest tzw. „hundkoją”, która, zdaniem zamawiającego, nie spełnia wymagań dotyczących właściwych warunków socjalno-bytowych załogi. Jednakże spółka Techno Marinę sp. z o.o. zaproponowała dokładnie takie samo rozwiązanie.

Podkreślić należy, że Zamawiający odrzucił ofertę tańszą i spełniającą warunki OPZ na rzecz oferty znacznie droższej, która nie spełnia wymogów OPZ w punktach 2.16.2, 2.16.4.1.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Do odwołania załączono, jako dowód w sprawie, stanowisko S. Z. przedstawiciela Volvo Penta Europe Office East Będzieszyn101; 83 -000 Pruszcz Gdański . Z treści jego stanowiska wynika, że wybór silników D2-75 wydaje się niewłaściwym, gdyż są one przeznaczone głównie do użytku turystycznego, a nie komercyjnego (profesjonalnego) przeznaczone są do pracy w Reting'u 5 (tzw. Pleasure Diuty), co oznacza, że pełną moc można odbierać przez 1 godzinę na 12 godzin i w pozostałym okresie moc należy ograniczać o min. 10 % (...).Do napędu motorówki hydrograficzni-inspekcyjnej o podanych w Pana piśmie parametrach należałoby rozważyć silniki pracujące zgodnie z Reting'iem 1 lub 2.”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Ustalenia

Izba na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzonej za zgodność z oryginałem przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy przy piśmie z dnia 10 sierpnia 2015 r. w oparciu o zawnioskowane na rozprawie przez strony dowody z jej dokumentów jak i przy pismach złożonych w sprawie oraz dowodów przeprowadzonych przez Izbę z urzędu ustaliła jak poniżej.

Z załączonej do odpowiedzi na odwołanie korespondencji mailowej pomiędzy przedstawicielem zamawiającego a przedstawicielem Volvo Penta wynika, że przedstawiciel producenta Volvo Penta Pan S. Z. kwestionuje przydatność silników zaoferowanych w ofercie odwołującego. Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego M. R. kierownik hydrotechniki i hydrografii kwestionuje przydatność silników przeznaczonych do zamontowania na jednostkach pracujących w warunkach morskich w związku z pkt 5 formularza ofertowego postanowienie o treści „wyposażona w 2 silniki Volvo Penta o mocy 75 kW”. Przywołuje również zał. nr 1 do SIWZ do OPZ pkt 3 ppkt 3.1 „1 bądź 2 silniki spalinowe typu diesel wbudowane o mocy łącznej od 150 – 400 kW. Pełnomocnik zamawiającego kierownik M. R. oświadczył, że uzyskując informacje od producenta Volvo zaoferowanego silnika przez odwołującego uważa, że nie nadaje się on do użytku zgodnie z przeznaczeniem opisanym w pkt 1 przeznaczenie motorówki i w pkt 2 parametry techniczno – konstrukcyjne od 2.1 do 2.5. Ponadto przywołuje regulacje pkt 3 wymagania dot. systemu napędowego motorówki 3.1 – dotyczące OPZ. Odwołujący z kolei na rozprawie oświadczył, iż jest to dowód nieprzydatny dla rozstrzygnięcia jego odwołania w związku z odrzuceniem jego oferty ponieważ zgodnie z pkt 3 OPZ pkt 3.1 spełnił dosłownie wymagania tam, opisane tj. przedstawił 2 silniki spalinowe o mocy łącznej 150 kW tj. każdy po 75 kW. W żadnym z uwarunkowań SIWZ w tym OPZ nie jest powiedziane jaką ma mieć efektywność i wydajność. Ponadto na pytanie Izby czy kwestionuje stwierdzenie przedstawiciela S. Z. Volvo Penta o treści „co oznacza, że pełna moc można odbierać przez 1 godz. na 12 godz. i w pozostałym okresie moc należy ograniczać o min 10%” odpowiedział odwołujący „Jeżeli oferujemy moc 150kW to jest ona maksymalną mocą w naszym przypadku i spełniającą warunki, a przyrównuje to do tego, iż np. samochód mając maksymalną moc nie korzysta z niej cały czas w czasie ruchu.

Co do twierdzenia, że na 12 m kadłubie nie ma możliwości na ergonomiczne rozplanowanie 3 koi, mesy dla 10 osób, wydzielonego aneksu kuchennego oraz toalety. Sam odwołujący na rozprawie przyznał, że z pewnym kompromisem jest możliwe zainstalowanie trzech koi i mesy dla 10 osób. Jedyne kompromisy to jest to aby przy zapewnieniu 3 koi zgodzić się na to

aby 2 z nich mogły pełnić funkcje do siedzenia tym samym spełniamy warunek 10 miejsc do siedzenia i 3 koi. Z kolei zamawiający podniósł dodatkowa kwestię (kierownik M. R.), iż sami zauważyli, iż jedna z koi jest tzw. hund koją tzw. psia koja, która jest umieszczona w przestrzeni pod schodami i nie spełnia kryterium wypoczynku członka załogi. Hund koja jest przeznaczona dla najmniej znaczącego członka załogi co jest naturalne w przypadku jachtu, który ma krótkie przeznaczenie pływania do akwenach wodnych. Zamawiający dokonał wizji lokalnej czemu odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył i wtedy okazało się, iż jest 1 hund koja i 2 koi, miejsc do siedzenia 10, które pokrywają się z miejscami do leżenia. Oferowane rozwiązanie powoduje, że w tym samym miejscu są miejsca przeznaczone do siedzenia jak i do leżenia, a jest to jednostka, która będzie wyjeżdżała na akwen nawet na kilka dni. Przywołuje OPZ pkt 2.15, 2.16 pkt 3 mesa (salonik) z 10 miejscami do siedzenia, pkt 2.1 i 2.2 gdzie określa się rejon operowania motorówki (rejon żeglowania). Odwołujący pełnomocnik radca prawny odnosząc się do wyводу pełnomocnika zamawiającego podnosi, iż z OPZ i z SIWZ nie wynika, że mają to być 2 odrębne pomieszczenia przeznaczone do spania (koje) i pracy, odpoczynku (mesa), że motorówka będzie wychodziła w kilkudniowe rejsy, OPZ w żadnym miejscu nie wyklucza sytuacji gdzie koja jest również częściowo miejscem do siedzenia, zamawiający dopuścił łódkę o długości kadłuba od długości 12 m pkt 2.6 OPZ „całkowita długość motorówki powinna zawierać się w przedziale od 12 do 18 m”. przy takiej długości kadłuba nie ma możliwości kilku pomieszczeń niezależnych. Szerokość nie większa niż 6 m pkt 2.7. Ponadto nie ma nigdzie odniesienia co do norm jakie muszą spełniać koi, ergonomia kadłuba wymusza rozmieszczenia i wymiary koi. Hund koja umieszczona pod schodami w żadne sposób nie narusza przepisów do bezpieczeństwa i zabezpieczenia socjalnego załogi. Hund koi są powszechnie stosowane na jednostkach niedużych motorówek, które dopuścił zamawiający. Zamawiający odnosząc się do wypowiedzi pełnomocnika odwołującego stwierdza, że należy wziąć pod uwagę, iż OPZ dopuścił parametry określone w pkt 2.6, 2.7, 2.8 dając wymiary optymalne dla spełnienia wszystkich wymagań SIWZ i rzeczą konstruktora jest aby posiadając takie wymiary zaprojektował jednostkę spełniającą wymagania SIWZ. Przy głębokości 1,7 można spełnić wszystkie warunki SIWZ. W ocenie odwołującego SIWZ nie proponuje warunków optymalnych tylko alternatywne i odwołujący spełnił wszystkie warunki alternatywne. Ponadto wymagania co do ilości koi i ilości miejsc siedzących spełniających warunki mesy, są to wymogi rozdzielne. Odwołujący zgadza się, że są to wymogi rozdzielne i obydwa zostały spełnione. Łódka dysponuje 10 miejscami do siedzenia i 3 kojami. Natomiast zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko.

pismo z dnia 22.06.2015 r. do odwołującego na podstawie art. 90 ust 1 Pzp wezwanie wyczerpujących wyjaśnień w tym złożenie dowodów dot. elementów kosztowych zgodnie z ustawą Pzp wraz z dowodami oraz na podstawie art. 87 ust 1 Pzp do wyjaśnienia w pkt 5

formularza wykonawca wpisał sonar dookólny oraz prosi o wyjaśnienie czy wykonawca uwzględnił sondę wielowiązkową wg parametrów z 18.05.2015 r.

pismo z 23.06.2015 r. (poufne) odwołującego do zamawiającego na temat rażąco niskiej ceny. pismo to stanowi odpowiedź na wezwanie dot. rażąco niskiej ceny oraz zawiera oświadczenie, że odwołujący w ofercie uwzględnił właściwą sondę. W ocenie odwołującego pytanie odnosiło się do sondy a nie do sonara i odpowiedź dot. sondy wielowiązkowej. Zamawiający oświadcza, że zadawała go odpowiedź na temat sondy w tym piśmie ale miał dalej wątpliwości co do ceny. Do wyjaśniania załączono szereg dokumentów w języku angielskim, które wg oświadczenia odwołującego potwierdzają stałe kontakty i ceny. dokument dot. krążka soczewowego służącego do badania przejrzystości wody. Wykaz wykonanych dostaw złożyliśmy na potwierdzenie, iż mamy doświadczenie w przedmiotowych postępowaniach na porównywalne dostawy. W naszej ocenie są to dostawy porównywalne, które dostarczyliśmy podmiotom i na potwierdzenie wykonanych prac dołączyliśmy protokoły zdawczo odbiorcze i listy referencyjne. Kolejno przedłożyliśmy faktury SAIV z 19.05.2015 r., faktura ECOTONE z 22.05.2015 r. gdzie ceny są wymazane ale przedkładamy je po to aby wykazać, że mamy kontakty z tymi firmami i kalkulacja nie jest gołosłowna bo mamy kontakty z tymi firmami oraz ofertę lodówki EURO AGD. Certyfikat rejestracji na okoliczność wykazania, iż wdrożony jest w ENVI system zarządzania jakością. Zaświadczenie o pomocy Deminimis, umowa najmu 17/E/2015, zestawienie elementów składających się na cenę oferty. Pełnomocnik radca prawny odwołującego podtrzymuje wyjaśnienia zawarte w piśmie z 23.06.2015 r., że jego cena nie jest rażąco niska i popiera to załączonymi dokumentami do tej odpowiedzi. Pełnomocnik odwołującego stwierdza, że w jego ocenie został wezwany do wyjaśnień bo zamawiający porównał jego cenę z ceną wykonawcy wybranego. Pełnomocnik zamawiającego oświadcza, że jego wątpliwości powstały w wyniku porównania wyceny zamawiającego z wyceną odwołującego, a nie wyceną wykonawcy wybranego. Zamawiający w dniu 20.03.2015 r. przy ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia podzielił je na 3 części tj. koszt jednostki pływającej, 2. Koszt zakupu sprzętu hydrograficznego i koszt zakupu sprzętu dla badań środowiskowych. Nie zaniepokoiło go wynagrodzenie w zakresie sprzętu ale zaniepokoiło go wynagrodzenie za zakup jednostki pływającej. W tym miejscu Izba okazuje wycenę zamawiającego odwołującemu. W tym miejscu pani E. S. stwierdza, że te załączniki, które znajdują się w zamkniętej kopercie do rnc były wg niej przesłane od odwołującego. Pełnomocnik radca prawny podkreśla, iż wyjaśnienia ich nie satysfakcjonowały z uwagi na to, że w kalkulacji załączonej nie znajdowała się pozycja dot. przedłużenia kadłuba jednostki do oferowanego 12 m kadłuba, w czasie wizji lokalnej u odwołującego okazało się, że kadłub ma aktualnie 10 m. na wizji lokalnej był kierownik M. R. stawający w sprawie, który potwierdza okoliczność co do długości kadłuba. Izba przekazała kserokopie wartości szacunkowej,

pismo z dnia 26.06.2015 r. projekt motorówki (poufne). W tym miejscu prezes S. R. oświadcza, że w czasie wizji lokalnej na terenie stoczni pana W. uzgodniono, że odwołujący przekaże projekt oferowanej motorówki i potwierdza, że aktualnie jest mniej niż 12 ale chyba trochę więcej niż 10 m. w tym miejscu na pytanie Izby prezes wyjaśnia, że rysunek dot. motorówki po przebudowie i motorówka będzie przedłużana żeby uzyskać wymaganą długość 12,4 m. zamawiający w związku z przedłożonym rysunkiem uważa, że potwierdziły się jego zastrzeżenia, które miał już po wizji lokalnej w szczególności co do ilości miejsc w mesie, w jego ocenie 4 zamiast 10, niewłaściwego stołu, a także do hund koi pod schodami. Również dzisiaj oświadcza, że przestrzeń pomiędzy nadbudową na jachcie a rantem motorówki ma około 20 cm w jego ocenie, jest niemożliwe aby się po takiej przestrzeni poruszali pracownicy i uważa, że reling zamontowany na dachu nadbudówki nie gwarantuje bezpieczeństwa chociażby z tego powodu, że zajmuje tylko część nadbudówki, a w ogóle zgodnie z obowiązującymi normami przywołanymi w odpowiedzi na odwołanie powinno się chodzić swobodnie po pokładzie. Stwierdzam, że normy przewidują wysokość 1 m barierek na pokładzie zabezpieczającej przed wypadnięciem za burtę. Barierka jest konieczna a nie jest możliwa do zamontowania w oferowanej jednostce z uwagi na małą przestrzeń pomiędzy nadbudówką a barierką. Odwołujący odnosząc się: stolik ma charakter pogładowy, montowane są stoły składane, większe. Stwierdza, że hund koja ma wymiar dwuosobowe i spełnia wymogi koi. Potwierdzamy, że na dziobie motorówki mogą spać 2 osoby, a na rysunku w tej chwili widnieją osoby siedzące. Nigdzie w OPZ nie ma napisane, że jednocześnie będą osoby i siedziały i leżały. Zaokrętowanych ma być maksymalnie 12 osób co potwierdza fakt, że ma być 10 miejsc siedzących i 3 miejsca do spania. Zaprzeczamy twierdzeniu zamawiającego, że na motorówkach profesjonalnych nie są dopuszczalne miejsca do przechodzenia o szerokości 20 cm. Wizyta w naszej stoczni potwierdziła, że się bezpiecznie poruszamy po tej jednostce. Rozwiązanie naszej jednostki jest powszechnie stosowane na jednostkach profesjonalnych. Dołącza do materiału dowodowego zdjęcia jednostek, zwraca uwagę na zamontowanie relingów i barierek zabezpieczających przed wypadnięciem, są to zdjęcia z Techno Marine, która tego rodzaju jednostki sprzedaje, są one obecnie wykorzystywane do ratownictwa medycznego, jednostki ratownicze. Z kolei pokazana jednostka Sonar 4 ze strony Techno Marine ma właśnie zastosowanie hydrograficzne i nie ma barierek. Większość prac będą realizowane w części rufowej, a nie w części dziobowej jak sugeruje zamawiający, świadczy o tym nasz projekt, który przewiduje ustawienie sprzętu w części rufowej, konieczność przechodzenia na dziób będzie występować w porcie przy cumowaniu w porcie przy nadbrzeżu celem zamocowania do lądu. W ocenie odwołującego polska norma może być stosowana jeżeli strony się umówią, jeżeli SIWZ przewiduje, SIWZ nie przewiduje tych norm. W wypadku jednostek hydrograficznych nie ma obowiązujących norm czy barierek. Istotną rolę ma Państwowy

Rejestr Statków. W tym miejscu Izba okazuje zamawiającemu przekazane w poczet dowodów jednostki Techno Marine. Pełnomocnik kierownik zamawiającego odnosząc się do przedstawionych przez odwołującego jednostek stwierdza, że są to jednostki na pontonach, które nie spełniają warunków klasy lodowej L4, którą określił w OPZ. Uważam, że te jednostki są to jednostki wód lądowych, śródlądowych i wód portowych ze względu na pontony nie zapewniają klasy lodowej, określone w OPZ falowanie wód do 6 stopni Boufорта. Generalnie stwierdzamy, że przedstawione poglądowo jednostki nie mogą być wskazywane jako przykładowe i odpowiadające naszemu zamówieniu. Uważam, że wbrew temu co twierdzi odwołujący pokład dziobowy jest również pokładem roboczym bo będą na nim inspektorzy, którzy będą obserwowali przeszkody, rozlane plamy oleju, inne elementy. Część rufowa będzie wykorzystywana do celów związanych z wkładaniem na pokład próbek – wody, dna i przeszkód podwodnych. Uważam, że na pokładzie będzie ciągły ruch zarówno na rufowym jak i dziobowym. Przywołuje pkt 2.3 OPZ. Odwołujący zwraca uwagę, że nie są to jednostki odpowiadające dokładnie przedmiotowi zamówienia szczególności jeżeli chodzi o dzielność lodową, a mają służyć wizualizacji, że są jednostki z relingami bezpieczeństwa na pokładzie rufowym i dziobowym natomiast nadbudówka pozbawiona jest barierki bezpieczeństwa, a wyposażona jest handrelingi. Natomiast konieczność wykorzystania pokładu zarówno dziobowego jak i rufowego, który wyartykułował zamawiający nie wynika z SIWZ. Zamawiający zaprzecza i podaje, że wynika to z przeznaczenia jednostki tj. motorówki hydrograficznej, inspekcyjnej. Sprzęt hydrograficzny służyć będzie do mierzenia głębokości dna, wykrywania przeszkód podwodnych i inspekcji ścianki nadbrzeża portowego, natomiast sprzęt do badań środowiskowych służy do pobrania i oceny próbek powierzchniowych jak i głębinowych oraz gruntowych z dna i na pokładzie znajduje się mini laboratorium i temu ma służyć m.in. mesa,

pismo zamawiającego do odwołującego z 15.07.2015 r. pełnomocnik wyjaśnia, że ponowne wezwanie w sprawie rnc wynika, że otrzymane wyjaśnienia z 23.06.2015 r wraz z załącznikami wg niego nie wyjaśniały przyczyn zaoferowania ceny przez odwołującego. W związku z tym wystąpili o udzielenie wyjaśnień dodatkowych w tym dowodów dot. kosztów użytkowania nieruchomości, a także kosztów wydłużenia kadłuba do zaoferowanej długości. Druga kwestią oprócz kosztów była kwestia zgodności z SIWZ i żądaliśmy wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp w 6 punktach. I tutaj zaprzeczam w szczególności, że dopiero dzisiaj na rozprawie po raz pierwszy podnosimy kwestię niewłaściwych silników. Podkreśla, że motorówka ma pracować przez cały rok, nie jest to obiekt sezonowy i potrzebna jest odpowiednią moc silników aby zapewnić jej odpowiednią sterowność. Podkreślamy na znaczenie oświadczenia pracownika Volvo przywołane w odpowiedzi. Nie była brana pod uwagę tylko moc silnika ale w szerszym zakresie do wykonywania pracy w różnych warunkach atmosferycznych i np. do podnoszenia pewnych elementów, holowania sieci

pobierających próbki, taki sprzęt do pobierania próbek. Przywołuje argumentację zawartą w piśmie. Uważam, że pani S. przedłożona sama kalkulacja nie jest dowodem w sprawie na uzyskanie określonej ceny bo istotne są dowody na to, że zaoferowana cena czy kalkulacja ma oparcie w uzyskanych rabatach, a na to winny być przedłożone dowody zakupu, a jak widzimy w sprawie w załącznikach do wyjaśnienia ceny są ukryte. Wg oświadczenia dzisiaj na rozprawie odwołującego w dokumentach anglojęzycznych są dowody na współpracę i uzyskane rabaty, zamawiającego te dokumenty nie wiążą, ponieważ zgodnie z SIWZ dokumenty przedkładane w języku obcym winny być przetłumaczone. Odwołujący uważa, że jest to mylne wyjaśnianie sprawy, że 150 kM inaczej będzie funkcjonować jeżeli będzie służyć do poruszania się jednostki a inaczej jeżeli będzie wykorzystywane do ciągnięcia sieci, zawsze to jest 150 kM. Podkreślam, że wywód zamawiającego na obowiązek języka polskiego w przypadku dokumentów obcojęzycznych jest nieadekwatny w przypadku wyznaczenia krótkiego terminu na wyjaśnienia i przedłożenie dowodów. To działanie nosi znamiona nieuczciwej konkurencji tj. art. 7 Pzp. co do tego, iż pewne elementy naszych dokumentów mają zamazane ceny i są niejawnie powołuje KIO sygn. akt 1097/14 z 23.06.2014 r. w sentencji tego orzeczenia zaznacza się iż postępowanie z art. 90 ust 1 ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy w rozumieniu cywilistycznym i oferent ma uprawdopodobnić a nie udowodnić. Wyjaśnienia stanowią podstawę oceny złożonej oferty. Przedkładając przy pierwszym wyjaśnieniu załączone dokumenty wyjaśniliśmy, że cena złożona przez nas jest realna a nie rnc. Odpierając twierdzenie odwołującego, zamawiający zwraca uwagę na pismo z dnia 22.06.2015 r. gdzie był wniosek o przedłużenie terminu a zamawiający ten termin przedłużył. Pismo z 23.06.2015 r. przedłużające termin złożenia wyjaśnień do 26.06.2015 r. na wezwanie z dnia o przesunięcie terminu. W tym miejscu okazuje wniosek o przesunięcie terminu i zgodę na przedłużenie terminu do 26.06.2015 r. pismo z 17.07.2015 r. udzielając odpowiedzi uznaliśmy, że możemy jedynie bardziej szczegółowo rozbić elementy, które wcześniej podaliśmy z 23.06.2015 r. i zamazanymi cyframi. Zwraca uwagę, że dodatkowo w tej tabeli do każdej pozycji uwzględniliśmy zysk w każdej pozycji. Zaprzeczając twierdzeniom zamawiającego o kosztach w poz. 1.3 jest koszt przedłużenia kadłuba. I szczególnie zwraca uwagę, że w pkt od ad 1 do ad 6 na str. 2 i 3 wyjaśnień udzielamy wyczerpujących wyjaśnień na pytania zadane przez zamawiającego. Załączyliśmy ofertę TELEDYNE REZON na dowód jaki uzyskaliśmy rabat dla najdroższego elementu wyposażenia hydrograficznego tj. sondy wielowiązkowej rabat w wysokości 40 tys. EURO, sama sonda do której się odnosimy wynosi 170 tys. EURO i od tej ceny jest udzielony rabat 25%. Zamawiający radca prawny odnosząc się do stanowiska odwołującego podkreśla, że jego oświadczenie, iż w przedstawionej kalkulacji nie ujęto kosztu przedłużenie kadłuba odnosił do kalkulacji przedłożonej przy pierwszych wyjaśnieniach z 23.06.2015 r. Pełnomocnik zamawiającego ponownie podkreśla, że postępowanie przed nim prowadzone

jest w języku polskim pkt i dokumenty składane w języku angielskim lub innym nie stanowią wypełnienia obowiązku z art. 90 ust 1 co wykazania rnc. Nie zgadza się ze stanowiskiem, że termin 18 tyg. zmusza wykonawców do wygenerowania wyższych kosztów niż dłuższy termin. Wykonawca nie przedstawia na poparcie tego żadnych dokumentów. Przede wszystkim jeżeli chodzi o sprzęt hydrograficzny czy środowiskowy jest to sprzęt standardowy i nie powoduje podroźnie kosztów zamówienia, są to gotowe elementy, które są składane. Pan B. S. na poparcie twierdzeń radcy prawnego wyjaśnia, że on wykonywał dla zamawiającego kalkulacje sprzętu hydrograficznego i środowiskowego w związku z tym kontaktował się z dostawcami tego sprzętu i uzyskał wiedzę iż termin 18 tyg. nie stanowi problemu dla dostawy. Kierownik hydrograf stwierdza, że jest zainteresowany jak najszybszym zrealizowaniem jednostki pływającej wraz ze sprzętem bo posiadany sprzęt nadaje się do generalnego remontu i w związku z tym kierowaliśmy pytania do dostawców sprzętu ale i producentów jednostek które mogłyby się zajmować nie tylko budową ale i modernizacją a także jednostek takich jak nasza w jakim terminie mieli realizowane zamówienia np. Urząd Morski w Szczecinie, w Gdańsku. Uzyskaliśmy informacje, że da się to zorganizować w ciągu 4-5 m-cy. Odnosząc się do tej ostatniej wyceny zwraca uwagę, że sprzęt znajdujący się w poz. od 34 do 42 razem wynosi 2.359.000, gdy wycena zamawiającego dzisiaj przywołana przewiduje 1.600.000 więc gdzie są tu rabaty, a w pierwszej pozycji gdzie jest koszt łódki poz. od 1 do 33 jest kwota 1.540.000 a my wyceniliśmy to na 4.300.000. nasza wycena była oparta na informacjach od producenta i firm, które to nabywały, ja osobiście to sprawdzałem. Na pytanie Izby wyjaśnia, że zdecydowali się na możliwość nabycia nie tylko jednostki nowej ale i używanej nie starszej niż 8 lat (przebudowanej), ponieważ obawialiśmy się, że lokowanie zlecenia w II półroczu może być bez odzewu. Niemniej rzeczywistość pokazała, że złożono 2 oferty w tym 1 łódka nowa, a druga do przebudowy. Nie możemy zgodzić się na to, że w efekcie końcowym oczekiwana jednostka będzie kosztowała tylko 1.500.000 bo na jej koszt składa się nie tylko ewentualna przebudowa ale najpierw wybudowanie jej w takim stanie jak jest. Uważamy, że wszystkie wyjaśnienia suma summarum były nierzetelne i nie pozwalały uznać, że oferta nie zawiera rnc. Pełnomocnik odwołującego odnosi się do argumentów zamawiającego śmiem twierdzić, że cokolwiek przedstawiłby odwołujący to byłoby nieprzekonujące dla zamawiającego. działania zamawiającego zmierzają do wykonania łódki drożej niż można ją wykonać, zgodnie z ofertą odwołującego. Zamawiający oczekuje wyjaśnień nie uwzględniając rabatów, którymi dysponuje odwołujący i poprzestaje na odniesieniu do własnych kalkulacji. Nie ma na rynku podmiotów które są w stanie wykonać przedmiot zamówienia w ciągu 18 tyg stąd są 2 oferty, oczywistą regułą jest, iż czym krótszy termin dostawy tym droższa oferta i dlatego twierdzimy jak w korespondencji, że oferta drugiego wykonawcy jest droższa bo on produkuje całą łódkę a my ja tylko przedłużamy. Podkreśla,

że zamawiający nie odniósł się do kwestii na co zwracamy uwagę, że do każdej pozycji mamy doliczony zysk, a zgodnie z orzecznictwem jeżeli jest zysk nie mamy do czynienia z rnc.

przeprowadzono dowód z oferty odwołującego

przeprowadzono dowód z pisma z 27.07.2015 r. na temat wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zasady odwołujący popierając swoje stanowisko w sprawie powołuje się na dosłowne brzmienie zapisów SIWZ i wywodzi z nich ich niejednoznaczność lub też dosłowność zapisów, według których zamawiający powinien ocenić zgodność jego oferty z postanowieniami SIWZ. Z kolei zupełnie nie przyjmuje argumentacji zamawiającego co do wymogów funkcjonalności wynikających chociażby z przeznaczenia motorówki to jest do badań hydrograficzno- inspekcyjnych na pełnym akwenu wód morza Bałtyckiego. Jako zasadniczy przykład w tym zakresie należy wskazać dowód powołany przez zamawiającego przedstawiciel S. Z. Volvo Penta, który jednoznacznie wypowiedział się co do nieprzydatności oferowanych silników do pracy na Bałtyku w profesjonalnej motorówce. Natomiast odwołujący kwestionując jego oświadczenie stwierdził, że np. samochód nie zawsze wykorzystuje maksymalną moc silników przez cały czas ich pracy a tylko od czasu do czasu. Izba uważa, że takie porównanie jest nie na miejscu. Samochody jeżdżą na lądzie a motorówki hydrograficzno-inspekcyjne na akwenach wodnych w tym wypadku na morzy Bałtyckim, jakiegokolwiek w związku z tym porównania co do konieczności wykorzystywania mocy maksymalnej silników są nie na miejscu czyli bezprzedmiotowe w sprawie. Tym bardziej, że w czasie pracy mają nie tylko pływać po wodach Bałtyku ale także wykonywać pracę dźwigu znajdującego się na pokładzie. Ponadto w SIWZ to jest OPZ mówi się o łącznej mocy a nie jak odwołujący o maksymalnej mocy. Powyższe powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (pkt 3 ppkt 3.1. OPZ –zał. nr 1 do SIWZ).

Co do kolejnego argumentu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie nie spełnienia wymogu 3 koji i 10 miejsc do siedzenia. W ocenie Izby argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Skoro zamawiający wymagał trzech koji to nie spełnia tego warunku, że jedna z oferowanych koji jest gorszą kają a nazywana w żargonie morskim koja dla psa to jest dla najniżej ulokowanego rangą członka załogi. Izba również podziela stanowisko, że psia koja może mieć miejsce dla typowych motorówek , które nie przebywają długo na akwenach zwłaszcza takich jak morze Bałtyckie. Dla Izby bezsporną okolicznością jest to, że motorówka hydrograficzno –inspekcyjna ma przeznaczenie zawodowe a nie rozrywkowe (turystyczne). Zresztą zamawiający nie określił w SIWZ, że

załoga nie będzie miała równego statusu poszczególnych jej członków. Poza tym nie do przyjęcia jest interpretacja odwołującego, że koje mogą mieć różne przeznaczenie to jest mogą służyć zarówno do spania jak i do pracy czyli jako siedziska w mesie a poza tym mogą nawet to być jak twierdzi odwołujący w jednym pomieszczeniu. Interpretacja odwołującego nie mieści się ze zdrowym rozsądkiem jak i doświadczeniem życiowym. Brakiem usprawiedliwienia dla interpretacji SIWZ przez odwołującego jest również okoliczność, że zamawiający dopuścił motorówkę już od długości 12 metrów co według odwołującego wyklucza żądanie aby było niezależnych dziesięć miejsc dla załogi przeznaczonych do siedzenia i 3 miejsca do spania(koje).

W ocenie Izby odwołujący nie spełnia wymogu SIWZ 2.16.3. (10 miejsc siedzących) OPZ jak i 2.15(3 koje).

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 4 PZP poprzez ustalenie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę to sam odwołujący powołując się na orzecznictwo KIO i doktrynę wskazał w uzasadnieniu odwołania jak poniżej (...) zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, które muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być na przykład polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty.(...).

Izba rozstrzygając zasadność ustalenia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego wzięła pod uwagę wyjaśnienia zawarte w odwołaniu z których wynika, że odwołujący oferuje mniejszą jednostkę od jednostki wykonawcy wybranego oraz, że dysponuje już kadłubem jednostki, która będzie ulegała tylko przedłużeniu w części rufowej do wymaganej długości w SIWZ i wyposażeniu w sprzęt wymagany w SIWZ dla celów socjalnych oraz koniecznej aranżacji jednostki w celu dostosowania do wymogów SIWZ, stąd niższe koszty niż u wykonawcy wybranego. Ponadto wyższe koszty konkurenta wynikają z konieczności zaangażowania większych środków w krótkim czasie przez wykonawcę wybranego to jest Techno Marine, która nie posiada jednostki będzie musiała ją budować od podstaw w wyznaczonym 18 tygodniowym terminie realizacji dostawy. Odwołujący przywołał dalsze argumenty przemawiające za prawem do niskiej ceny takie jak, brak konieczności zaangażowania mniejszych zasobów w związku z tym, że posiada już jednostkę, która będzie rozbudowywała a nie budował od podstaw.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego zarówno w korespondencji do zamawiającego ma poszczególne wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jak i na rozprawie nie wyjaśniła w sposób obiektywny zasadności zaoferowanej niskiej ceny. Przede wszystkim nie przekonywującą jest argumentacja, że rozłożenie budowy motorówki w dłuższym okresie czasu powoduje niższe koszty niż rozłożenie budowy w krótszym czasie. Logicznym wydaje się, że suma kosztów czy to poniesionych w dłuższym, czy to w krótszym okresie jest jednakowa. Jedynie mogą różnić się koszty na poszczególne jednostki czasu ale sumarycznie są to te same koszty. Przy czym wydaje się korzystniejsze odzyskanie kosztów w krótszym okresie czasu niż w dłuższym ale to jest również zagadnienie dyskusyjne bo zależy od źródła pozyskiwania środków finansowych. Również Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że jeżeli już posiada motorówkę tylko musi przedłużyć jej użycie to poniesie niższe koszty niż by miał ją budować od początku czyli tzw. zera. Bowiem odwołujący poniósł koszty budowy, których nie odzyskał i nie ma podstaw aby ich nie uwzględnić w cenie. Jeżeli nawet używał tej motorówki to może odliczyć ewentualne koszty amortyzacji a nie uznać, że nabył ją bez żadnych kosztów, jako bez żadnej wartości. Ponadto w toku rozprawy sam zamawiający przyznał, że udzielając wyjaśnień zamawiającemu na wezwanie przedłożył dokumenty angielskojęzyczne pomimo, że obowiązuje w postępowaniu język polski jak i zamazał ceny jakie uzyskał od kontrahentów, czyli nie usunął podejrzenia niskiej ceny co powoduje brak złożenia wyjaśnień zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Skutkiem powyższego zasadnie jego oferta została odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę.

Izba nie odniosła się do argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania a odnoszącej się do oferty wykonawcy wybranego z racji braku podniesienia zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp w stosunku do oferty tegoż wykonawcy. Samo wskazanie w petitum odwołania art.7 ust. ustawy Pzp z przywołaniem tylko jego treści bez przywołania czynności lub zaniechania zamawiającego nie wypełnia dyspozycji z art. 180 ust.3 ustawy Pzp.

Izba nie uznała również za konieczne dla rozstrzygnięcia odwołania przeprowadzenie dowodów z opinii biegłych czy to na okoliczność sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ czy to rażąco niskiej ceny oferty odwołującego, ponieważ podniesione zarzuty ich zbadanie nie wymagało wiadomości, wiedzy jakich Izba nie posiada.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

Sygn. akt KIO 1687/15

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: