Sygn. akt: KIO 1884/19

WYROK

z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez UXO Marine Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Goczałkowicach-Zdroju w postępowaniu prowadzonym przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, D. B.-S., H. M., zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia

   29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez niewykazanie w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót

   Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, D. B.-S., H. M. kosztów badania powykonawczego po wykonaniu prac nurkowych i nakazuje zamawiającemu - Dyrektorowi Urzędu Morskiego w Gdyni - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót

   Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, D. B.-S., H. M., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w szczególności w zakresie badania powykonawczego po wykonaniu prac nurkowych,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

3. kosztami postępowania obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni i

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez UXO Marine Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Goczałkowicach-Zdroju tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz UXO Marine Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Goczałkowicach-Zdroju kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

3.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz UXO Marine Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Goczałkowicach-Zdroju kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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.

Sygn. akt: KIO 1884/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - oczyszczenie terenu budowy z materiałów ferromagnetycznych, w tym wybuchowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 września 2019 roku wykonawca UXO Marine Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Goczałkowicach-Zdroju (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 13 września 2019r. polegających na:

1. wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych Piromor s.c. H. M. i D. B. S. (dalej także: przystępujący) w przetargu pod nazwą Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską Oczyszczenie Terenu Budowy z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych" Część I oraz

2. wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych Piromor s.c. H. M. i D. B. S. w przetargu pod nazwą Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską Oczyszczenie Terenu Budowy z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych" Część II

mimo, że w obu zadaniach konsorcjum to zaoferowało za swoje usługi rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł, że nie został wykluczony z przetargu, a jego oferta na część I znajduje się na drugim miejscu, a na część II znajduje się na trzecim miejscu za ofertą wybraną przez zamawiającego. W przypadku odrzucenia zaskarżonej oferty, zamówienie przypadnie skarżącemu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy P.z.p. odwołujący podniósł, że podana przez konsorcjum cena za oba zadania jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i dlatego obie oferty powinny być odrzucone zgodnie z art. 89 ust. 1 punkt 4

ustawy P.z.p.

W związku z powyższym odwołujący zażądał odrzucenia oferty konsorcjum i ponownej oceny ofert przez pozostałych oferentów, a następnie wyboru oferty skarżącego, która zawiera największą liczbę punktów.

Odwołujący podniósł, że cena oferowana przez konsorcjum za oba zadania jest rażąco niska w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i w związku z tym nie ma możliwości wykonania faktycznych prac za oferowaną cenę - o ile chce się w sposób rzetelny wykonać przedmiotowe prace.

Odwołujący stwierdził, że formułując swoje zarzuty oparł się na kalkulacji sporządzonej przez konsorcjantów. Zawiera ona następujące błędy:

Konsorcjum w obydwu zadaniach zakłada marżę na poziomie 3,25 %, ale całkowicie pomija koszty i czas, które są obiektywnie niezbędne do wykonania zadania. Zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy bez ich analizy, przyjmując zasadę, że jeżeli wykonawca twierdzi, że jest zdolny do wykonania zadania, za określoną kwotę, to powinien je wykonać pomimo, tego że obiektywne kryteria temu przeczą.

Odwołujący wskazał, że do tych kosztów bez wątpienia należą:

1. Mobilizacja i demobilizacja sprzętu oraz ludzi - jest truizmem twierdzenie, że przewiezienie sprzętu na miejsce prac niesie za sobą określone wydatki. Część sprzętu wskazana przez wykonawcę np. Holownik Oscar ma określone gabaryty i oprócz kosztów transportu dochodzi jeszcze czynnik czasu, który również nie został uwzględniony w tym parametrze. Ponadto nie da się wykluczyć, że ze względu na specyfikę akwenu Mierzei Wiślanej, gdzie nie ma odpowiedniej infrastruktury portowej/nabrzeży, o czym pisze sam zamawiający w OPZ (zamawiający w rejonie Budowy nie dysponuje nabrzeżami/miejscami do cumowania baz nurkowych oraz jednostek pomocniczych wykonawcy) nie będzie konieczności transportu części sprzętu przez Cieśninę Pilawską, co również generuje określone koszty oraz wpływa na czas realizacji zadania.

2. Wykonanie końcowych pomiarów i sprawdzenia miejsca prac wg standardu i typu wyrażonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i opisie przedmiotu zamówienia (OPZ pkt 5.):

„Do obowiązków Wykonawcy należy: przeprowadzenia badania czystości dna na obszarze Portu osłonowego po zakończeniu wydobycia obiektów ferromagnetycznych potwierdzonego kontrolnym rozpoznaniem ferromagnetycznym i atestem nurkowym i (w przypadku potwierdzenia oczyszczenia terenu) wydanie Certyfikatu Czystości obszaru objętego zamówieniem, który winien być podpisany przez uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika Prac Saperskich”

Tak sformułowany zapis w sposób jednoznaczny nakłada na wykonawcę konieczność wykonania skanowania, przy użyciu 3 metod (sonar boczny, sonda wielowiązkowa, magnetometry), o czym sam zamawiający pisze w odpowiedzi na pytanie s.i.w.z. o nr 16,17,18,19,42, a także o czym mówi między innymi Rozporządzenie Ministra Gospodarki Morskiej z dnia 23 października 2006 r. w sprawie warunków technicznych użytkowania oraz szczegółowego zakresu kontroli morskich budowli hydrotechnicznych art. 95 do 101.

Odwołujący podniósł, że - jak wskazano w materiałach dowodowych w poprzedniej rozprawie KIO sygn. akt 1356/19 - prace polegające na skanowaniu dna nie mogą być prowadzone jednocześnie z pracami wydobywczymi ze względu na zakłócenia ferromagnetyczne. Prace skanowania można wykonywać wyłącznie przy idealnej tafli wody, bez zafalowania, bez ruchu innych statków etc. Wskazał, że zamawiający dla zeskanowania dna dla potrzeb niniejszego przetargu (jako swoistego „przedmiaru prac”) dla obszaru obejmującego oba zadania przewidział okres 3 miesięcy (90 dni).

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że przy pracach nurkowych niemożliwe jest wydobycie 100% obiektów. Dlatego też po skanowaniu terenu, należy zazwyczaj przeprowadzić poprawkowe prace nurkowe, po których trzeba dany obszar, który był poprawiany, ponownie zeskanować, co znowu wydłuża czas potrzebny do wykonania pracy i to również nie zostało uwzględnione w przedstawionej kalkulacji.

Odwołujący stwierdził, że argumentacja ta zarówno w wyliczeniach wykonawcy i jak i zamawiającego została pominięta, chyba że zadania te zapewne w formule żartu, wyceniono na kwotę 10.000 PLN, mimo posiadania zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego wiedzy na temat realnej wysokości kosztów takich prac.

3. oferta konsorcjum nie uwzględnia kosztów BHP oraz administracyjnych,

które bezsprzecznie występują, jak i innych kosztów niezbędnych do realizacji powyższego zlecenia.

Odwołujący stwierdził, że w obu zadaniach przyjęto na ten sam zakres prac, tj. prace

nurkowe, dwie różne stawki, tj. 200zł/za rbh w przypadku zadania I oraz 184zł/rbh dla Zadania II. Pytanie czym to że różnią się te prace skoro przyjęto do kalkulacji różne stawki dla tego samego typu prac. To samo dotyczy przyjęcia różnych współczynników pogodowych tj. 1,25 i 1,3 dla zadania, które znajduje się w tym samym miejscu.

W obydwu zdaniach, podczas wyceny koszów łodzi posłużono się tymi samymi jednostkami tj. holownik Stefan, holownik Oscar, holownik Bodo, motorówka Anusia, łódź robocza Vesper, łódź motorowa PRC-2. Z uwagi na to, że wykonawca ma wykonywać prace nad zadaniami równolegle, to skorzystanie z tego samego sprzętu jest niemożliwe.

Odwołujący stwierdził, że dostępność sprzętu zgodnego z wymogami s.i.w.z. (baza nurkowa o niskim zanurzeniu będąca jednocześnie łodzią roboczą), ze względu na specyfikę Akwenu Mierzei Wiślanej, a także prowadzone prace na Kanale Szczecin Świnoujście jest mocno ograniczona.

W ocenie odwołującego, złożone oferty wskazują na wyjątkową koincydencje i różnicę cenową pomiędzy zakładanym przez zamawiającego budżetem a ceną wykonawcy co prezentuje poniższa tabela:

Budżet zamawiającego	oferta PRCIP	Różnica ceny
7937 190	5 563 970	-29,90%
6 822 810	4 786 963	-29,84%

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia przystępującego zostały przyjęte bez zastrzeżeń przez zamawiającego, co wskazuje jednoznacznie na wyjątkową koincydencję zdarzeń. Ponadto, brak refleksji w stosunku do własnych wymagań zawartych w OPZ i s.i.w.z. i brak jakiejkolwiek analizy logicznej wyjaśnień wykonawcy oraz skupienie się tylko na fazie formalnej powoduje podejrzenie stronniczości i niezachowania zasad konkurencyjności. Wykazana w wyliczeniach proporcja założonej marży dla obydwu zadań na poziomie 3,25% pokazuje, że wyliczenia zostały przygotowane pod tezę, która została z góry założona, tj. wykazanie minimalnego zysku, bez oglądania się na fakty i zakresy zadań. Dlatego też w tym stanie rzeczy odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 października 2019 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów

postepowania wg rachunków przedłożonych rozprawie

Zamawiający stwierdził, że odwołujący podniósł jeden zarzut, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Przepis ten stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w uzasadnieniu odwołania odwołujący odnosi się do poszczególnych elementów cenotwórczych ceny oferowanej przez wykonawców, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, stąd poniżej zamawiający odniósł się do zarzutów Odwołującego z uwzględnieniem powyższego.

W pierwszej kolejności Zamawiający zauważył, iż dodany do odwołania komentarz odwołującego o tym, iż: „Złożone oferty wskazują na wyjątkową koincydencje i różnicę cenową pomiędzy zakładanym przez zamawiającego budżetem a ceną Wykonawcy (...) wyjaśnienia Wykonawcy zostały przyjęte bez zastrzeżeń przez Zamawiającego, co wskazuje jednoznacznie na wyjątkową koincydencje zdarzeń. Ponadto, brak refleksji w stosunku do własnych wymagań zawartych w OPZ i SIWZ i brak jakiejkolwiek analizy logicznej wyjaśnień

Wykonawcy oraz skupienie się tylko na fazie formalnej powoduje podejrzenie stronniczości i niezachowania zasad konkurencyjności” jest komentarzem tak niskich lotów, że w zasadzie taka instytucja jak Krajowa Izba Odwoławcza nie powinna być zmuszona do zapoznawania się z tego typu treściami.

Zamawiający wskazał, iż jeśli odwołujący miał wątpliwości co do stronniczości zamawiającego i naruszenia zasad konkurencyjności, to powinien był postawić zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., czego odwołujący nie uczynił, a więc tego typu zarzut nie może być rozpoznawany na rozprawie, a odwołujący nie będzie miał możliwości prowadzenia w tym zakresie wywodu czy przedkładania dowodów.

W ocenie zamawiającego, wskazane wyżej komentarze odwołującego stanowią nic innego jak pomówienia, w dodatku bez żadnego uzasadnienia, czy powołania choćby

namiastki dowodów na poparcie swoich tez. Taki sposób prowadzenia wywodu stawia odwołującego w zdecydowanie negatywnym świetle i pokazuje jedynie, iż odwołujący nie dysponuje żadnym materiałem dowodowym na poparcie swojego odwołania, a tym samym postanowił ograniczyć się do insynuacji.

Jeśli natomiast chodzi o rażąco niską cenę w ofercie wykonawców, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, zamawiający wskazał, co następuje:

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z faktem, iż oferta z najniższą ceną za obie części zamówienia zawierała cenę, która była niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, zamawiający zobowiązany był skierować do przystępującego wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co też uczynił. Jednocześnie zauważył, iż cena oferowana przez przystępującego nie była niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. W wezwaniu datowanym na 22 sierpnia 2019 roku zamawiający wskazał szczegółowo, jakich wyjaśnień oczekuje od wykonawcy oraz jakie elementy cenotwórcze budzą jego wątpliwości. W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący przesłał dwa pisma datowane na dzień 28 sierpnia 2019 roku, zawierające wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny odpowiednio do I i II części zamówienia.

Zdaniem zamawiającego, trudno zarzucać zamawiającemu, iż dokonał „bezrefleksyjnej" czy „pozbawionej logicznego myślenia" analizy wyjaśnień przystępującego. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia przystępującego dla każdej części zamówienia są bardzo obszerne i zawierają dowody na poparcie prezentowany w wyjaśnieniach tez. Przystępujący wskazał, jaki jest poziom jego zysku dla danej części zamówienia. Przystępujący precyzyjnie wyjaśnił jakimi zasobami ludzki i sprzętowymi zamierza realizować zamówienie. W swoich wyjaśnieniach Przystępujący przywołał wiarygodne obliczenia, a także załączył oferty od podwykonawców.

W kontekście powyższego zamawiający uznał, iż przystępujący w sposób absolutnie wystarczający wyjaśnił sposób obliczenia swojej ceny i wykazał, iż nie jest ona rażąco niska oraz że jest w stanie wykonać za nią przedmiot zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „Czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, a także dla zamawiającego, ponieważ może przesądzić o odmiennym wyniku postępowania. Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga zatem ustalenia - w sposób nie budzący. wątpliwości - że oferta zawiera cenę rażąco niską, zaś sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przestanek określonych w art. 89 ust. 1 p.z.p. Cena rażąco niska jest wartością nierealną, wskazującą na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za daną kwotę i należy odnosić ją do przedmiotu zamówienia. O ile ceny zaproponowane przez innych wykonawców mogą stanowić pewną wytyczną, co do poziomu kalkulacji ceny w postępowaniu, to jednak nie można zapominać, że kaidy z wykonawców posiada indywidualne warunki podmiotowe, które bezpośrednio wpływają na możliwość obniżenia ceny. W szczególności, gdy w postępowaniu rozpoznawanym odwołaniem wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, a sam sposób wykonania zamówienia, co do inwentaryzacji czy pracy potencjału kadrowego przedsiębiorcy stanowi pewną dowolność wykonawcy" (por. wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2019 roku, KIO 907/19).

Z kolei w uchwale KIO z dnia 26 marca 2019 roku (KIO/KU 18/19) wskazano, iż „Co do zasady w ramach wynagrodzenia ryczałtowego brak jest jakichkolwiek podstaw do kontroli, czy też weryfikacji sposobu jego ustalenia (obliczenia). Sposób wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega kontroli pod względem jego poprawności rachunkowej - a zatem nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Jedynie skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie rażąco niskim lub pominięcie w wycenie istotnych składników świadczenia może stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty, jednak wówczas zastosowanie znajdzie odpowiednio podstawa z art. 89 ust. 1 pkt 4 lub z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p."

W wyroku KIO z dnia 28 sierpnia 2018 roku (KIO 1563/18) podniesiono z kolei, iż „Co do zasady o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne lub wręcz niewykonalne gdy przychody mające być uzyskane od Zamawiającego z tytułu realizacji zamówienia nie pokryją kosztów jego realizacji. Podobna sytuacja zachodzi także gdy wykonawca wykazuje, że aby pokryć koszty realizacji zamówienia przerzuca źródła ich

finansowania na inne źródła spoza tego postępowania."

W zakresie zarzutów nieuwzględnienia w cenie poszczególnych elementów cenotwórczych zamawiający podniósł, że odwołujący w treści swojego odwołania zarzuca, iż w ofercie uznanej za najkorzystniejszą nie została wycenione wskazane przez niego elementy cenotwórcze, co czyni niemożliwym wykonanie zamówienia w oferowanej cenie.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z orzecznictwem „Co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Natomiast, ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. A zatem, przesłanką stosowania regulacji dot. rażąco niskiej ceny powinno być zagrożenie należytego wykonania urnowy/' (wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2017 roku, KIO 2588/17).

Zamawiający stwierdził, że analizując wyjaśnienia przystępującego nie sposób znaleźć w nich argumentów wskazujących, iż wykonawca ten dokonał w swojej kalkulacji pominięć elementów składowych ceny, które winny u zamawiającego stworzyć obawę o niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

W zakresie zarzut nieuwzględnienia realnych kosztów i czasu w zakresie mobilizacji/demobilizacji sprzętu i personelu zamawiający podniósł, że odwołujący formułuje swoje zarzuty w tym zakresie wyłącznie na zasadzie gołosłownych twierdzeń i przypuszczeń bez choćby próby logicznego wykazania, jaki wpływ na cenę oferty przystępującego ma ewentualne pominięcie przez niego w kalkulacji ofertowej wskazanych elementów. Odwołujący wskazuje, iż przystępujący wprawdzie wycenił (jak należy domniemywać) koszt transportu sprzętu, a nie wycenił „czynnika czasu". Odwołujący nie wyjaśnia jednak, co ma przez to na myśli oraz nie wskazuje, jak w jego ocenie należy ów „czynnik" wyceniać, jak również nie podaje, w jaki sposób sam ów „czynnik" wycenił i z jakich przyczyn inni uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia winni to uczynić na analogicznych zasadach. Odwołujący również na zasadzie wyłącznie przypuszczeń twierdzi, iż nie da się wykluczyć konieczności realizacji transportu przez Cieśninę Pilawską, co generuje określone koszty i czas. Również w tym zakresie odwołujący nie raczy wyjaśnić, dlaczego w jego ocenie należy zakładać prowadzenie takiego transportu oraz jak transport taki wpływa na koszt realizacji zamówienia oraz termin jego realizacji. Na marginesie zamawiający zaznaczył, iż wymogu takiego transportu nie stawiał zamawiający, a sposób transportu został całkowicie pozostawiony swobodzie wyboru wykonawcy. Jeśli zatem jeden wykonawca założył transport z wykorzystaniem Cieśniny Pilawskiej, a drugi transport w sposób odmienny, to każdy z wykonawców podejmuje we własnym zakresie ryzyka czy potencjalne zyski wynikające z przyjętej w tym zakresie metodologii. Jednocześnie również w tym zakresie, tak jak w przypadku tajemniczego „czynnika czasu" odwołujący nie raczył wyjaśnić, z jakiego rzędu wzrostem kosztów wiąże się wskazywany przez niego transport i jak ewentualne nieuwzględnienie takiego transportu w ofercie przystępującego czyni oferowaną cenę rażąco niską.

W zakresie zarzutu nieuwzględnienia realnych kosztów końcowych pomiarów i sprawdzeń zgodnie z s.i.w.z., odwołujący zamawiający stwierdził, że w tym zakresie odwołujący również ogranicza się do przytoczenia treści s.i.w.z., treści wskazanych przepisów oraz gołosłownego twierdzenia, że przystępujący nie uwzględnił wskazanych elementów treści oferty bez słowa wyjaśnienia, z czego odwołujący wywodzi taki wniosek i jaki jest wpływ takiego ewentualnego pominięcia na konieczność uznania ceny przystępującego za rażąco niską.

W zakresie zarzutu nieuwzględnienia kosztów BHP oraz kosztów administracyjnych zamawiający stwierdził, że twierdzenie ma charakter nieudowodniony, jak z resztą wszystkie inne zarzuty odwołania. Nie sposób poważnie traktować odwołującego i prowadzić z nim polemiki z użyciem argumentów natury merytorycznej, jeśli jego zarzuty sprowadzają się do tak stawianych twierdzeń.

W zakresie zarzutu nieuzasadnionego stosowania dwóch różnych stawek dla prac nurkowych i różnych współczynników pogodowych, zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wyjaśnia, jaki jego spostrzeżenie ma wpływ na ewentualne uznanie ceny przystępującego za rażąco niską, stąd nie sposób się do niego odnieść.

W zakresie zarzutu dotyczącego zarzut równoległego posługiwania się tym samym

sprzętem na dwóch zadaniach, zamawiający stwierdził, że odwołujący również w tym zakresie nie wyjaśnia, jaki jego spostrzeżenie ma wpływ na ewentualne uznanie ceny przystępującego za rażąco niską, stąd nie sposób się do niego odnieść. Zamawiający zaznaczył, że zarzuty odwołującego nie odnoszą się do ewentualnej niezgodności oferty z treścią s.i.w.z. np. poprzez przyjęcie innego niż narzucony przez zamawiającego sposobu wykonania zamówienia, lecz wyłącznie do nieodrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

W piśmie procesowym z dnia 6 października 2019 roku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że odwołujący wykonawca nie wykazał w sposób należyty legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Przystępujący wskazał w szczególności, iż w zakresie części II zamówienia, odrzucenie oferty przystępującego z oczywistych względów nie może skutkować — jak wywodzi to odwołujący wyborem oferty odwołującego się wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, albowiem oferta ta została oceniona najniżej w postępowaniu, nadto zaoferowana przez wykonawcę cena niemal trzykrotnie przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wykonawca wnoszący odwołanie zaoferował wykonanie części II zamówienia za kwotę brutto 19 500 282 24 zł ,zaś zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia kwotę 6 822 810 złotych brutto). Jest zatem oczywistym, iż interes tego wykonawcy we wniesieniu odwołania nie może przejawiać się w oczekiwaniu, iż na skutek odrzucenia oferty przystępującego i powtórzenia czynności badania ofert pozostałych wykonawców, zamawiający dokona wyboru oferty odwołującego się wykonawcy i zawrze z nim umowę w sprawie wykonania tej części zamówienia.

Przystępujący podniósł, że zarzuty odwołania zostały przez odwołującego skonstruowane w sposób tak ogólnikowy i nieskonkretyzowany, iż w zasadzie czyni to niemożliwym ich rozpoznanie, jak również merytoryczne odniesienie się do stwierdzeń w nich zawartych. Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej „odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego. Odwołanie powinno więc zawierać konkretne zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, jak również wskazywać okoliczności fatyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów" (wyrok KIO z dnia 17.03.2016 r., KIO 330/16). W ramach postępowania odwoławczego odwołujący się ma zatem obowiązek postawić konkretne zarzuty w zakresie niezgodności z prawem czynności zamawiającego, które następnie ma obowiązek udowodnić, „a nie zgłaszać swoje wątpliwości co do potencjalnie niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, czy też ewentualne postulaty, w sprawie których Izba miałaby prowadzić jakieś ogólne postępowanie wyjaśniające czy ogólną ocenę ich zasadności" (wyrok KIO z 15.01.2016 r., KIO 2737/15). „Odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających mu żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwala na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu"

(wyrok KIO 2711/18 z dnia 18.01.2019 r.).

W ocenie przystępującego za całkowicie chybiony i nieracjonalny należy uznać zarzut pominięcia przez przystępującego w przedstawionej kalkulacji cenowej dla obu części zamówienia, kosztów oraz czasu, które z obiektywnych względów są niezbędne do wykonania zamówienia. Oczywistym jest bowiem, iż bez uwzględnienia tychże parametrów nie jest możliwe sporządzenie w ogóle jakiejkolwiek kalkulacji, a zatem również przystępujący, pomijając czynnik czasu oraz kosztów wykonania usługi, nie mógłby takiej kalkulacji sporządzić. Odnosząc się do tak enigmatycznie sformułowanego zarzutu przystępujący wyjaśnił, iż stosownie do wezwania zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., w celu wykazania, iż zaoferowana przez niego cena umożliwia wykonanie przedmiotowego zamówienia w sposób odpowiadający wymaganiom zamawiającego, przystępujący w załączeniu do wyjaśnienia z dnia 28.08.2019 r. zamieszczonego w piśmie nr ZH-186/08/2019 oraz opatrzonego tą samą datą piśmie ZH-187/08/2019, przedstawił zamawiającemu kalkulacje kosztów wykonania zamówienia sporządzone odrębnie dla każdej z jego części, w których zawarł określone ceny jednostkowe sprzętu, ekip nurkowych i innych składników cenotwórczych złożonej oferty wraz z szerokim ich omówieniem oraz przekazaniem stosownych dowodów m.in. w postaci ofert handlowych podwykonawców.

Przystępujący podkreślił, że kalkulacje te uwzględniają potencjał techniczny niezbędny i umożliwiający wykonanie zamówienia, potencjał osobowy, stawki jednostkowe kosztów sprzętu i kosztów osobowych oraz element czasu niezbędnego do wykonania zamówienia, który wraz z uwzględnieniem czynników cenotwórczych w zakresie tego potencjału, pozwala na ocenę, iż zamówienie zostanie zrealizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Jak zatem wskazano powyżej, przed podjęciem decyzji o wyborze oferty przystępującego, zamawiający posiadał dane i informacje, których analiza w sposób obiektywny potwierdzała zdolność przystępującego do wykonania zamówienia, tak w ujęciu technicznym jak i ekonomicznym.

6. Z treści przedstawionej kalkulacji wprost wynika, iż uwzględnia ona w cenach jednostkowych czas oraz koszty mobilizacji i demobilizacji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, w tym zarówno transport sprzętu na miejsce wykonywania prac, jak również koszty i czas mobilizacji oraz demobilizacji nurków w trakcie realizacji prac. Przystępujący z oczywistych względów skalkulował w cenie oferty koszty transportu sprzętu na miejsce wykonywania prac, dokonując wyboru logistycznego trasy transportu tego sprzętu najkrótszą możliwą i generującą najniższe koszty drogą. Podkreślenia wymaga, że Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider

Konsorcjum) jako właściciel kilkunastu statków uprawiających żeglugę po różnych akwenach, w tym również na akwenach, na których mają być wykonywane prace objęte w/w zamówieniem i największy armator na terenie Polski (ze względu na ilość posiadanych statków), ma doskonałe rozeznanie co do możliwości wyboru dróg i sposobów transportu, którego to rozeznania całkowicie nie posiada odwołujący. Stąd też, hipotetyczna sytuacja prezentowana przez odwołującego w zakresie konieczności transportu sprzętu przez Cieśninę Pilawską, nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla kalkulacji kosztów i może co najwyżej być rozpatrywana w aspekcie minimalnego ryzyka. Przestępujący stwierdził zatem jednoznacznie, że według aktualnego stanu rzeczy, ze względu na dostępność innych tras żeglugowych prowadzących do miejsca wykonywania usługi, przystępujący nie przewiduje korzystania z przejścia przez Cieśninę Pilawską.

Odnosząc się do dalszych twierdzeń odwołującego wykonawcy, które ze względu na ich wyłącznie spekulatywny charakter nie mogą być rozpatrywane w kategoriach zarzutów (te ostatnie bowiem wymagają skonkretyzowania tak w ujęciu podstawy faktycznej odnośnie twierdzeń o faktach jak i w aspekcie prawnym), przystępujący potwierdził i oświadczył, że dysponuje jednostkami pływającymi, których parametry pozwalają na poruszanie się po akwenie Zalewu Wiślanego (z uwzględnieniem głębokości tego akwenu). W zakresie postoju tego sprzętu, nie ma żadnych przeszkód, ażeby sprzęt ten cumował na miejscu wykonywania prac. Przystępujący wskazał ponadto, iż nie jest prawdą, jakoby na terenie Zalewu Wiślanego nie istniała infrastruktura w postaci nabrzeży, przy których mogą cumować bazy nurkowe oraz jednostki pomocnicze przeznaczone do wykonywania zamówienia, przede wszystkim zaś ze stwierdzenia zamawiającego, iż nie dysponuje on taką infrastrukturą nie można wywodzić wniosku, iż jej w ogóle nie ma. Powszechnie wiadomo bowiem, że taka infrastruktura istnieje, a brak rozeznania odwołującego w powyższym zakresie może świadczyć jedynie o braku jego profesjonalizmu w zakresie przygotowania się do realizacji zamówienia.

Odnosząc się w dalszej kolejności do twierdzeń o nieuwzględnieniu w kalkulacji cenowej przystępującego, kosztów oraz czasu niezbędnego do wykonania badań sprawdzających i opracowania dokumentacji powykonawczej, przystępujący wskazał, iż w treści informacji dotyczącej wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny złożonej na wezwanie zamawiającego wyraźnie wskazano, iż koszty takie zostały ujęte w kalkulacji cenowej, a ich wysokość została ustalona na podstawie oferty handlowej złożonej przystępującemu przez podwykonawcę FROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, która miała charakter oferty kompleksowej i uwzględniającej wymagania stawiane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący podkreślił, iż całkowicie niezrozumiałe pozostaje twierdzenie o tożsamości obowiązków wykonawcy w zakresie powykonawczego sprawdzenia oczyszczenia punktów wykazanych w Raporcie z badania ferromagnetycznego dla każdej z części zamówienia w niniejszym postępowaniu z zakresem badań, jakie wykonywał podmiot realizujący zamówienie pn. „Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską". Zauważył, iż zakres prac w ramach obu tych usług jest nieporównywalny, na co wskazywał już sam zamawiający podczas postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygnaturze KIO 1356/19, a ponadto wyjaśnienia zamawiającego w zakresie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielone na wniosek wykonawców wskazują jednoznacznie, iż pomiary ferromagnetyczne potwierdzające usunięcie obiektów z miejsc występowania anomalii magnetycznych (punktów wykazanych w

Raporcie z wywiadu ferromagnetycznego załączonego do s.i.w.z.) mogą być prowadzone sukcesywnie w sposób tam opisany. Przystępujący stwierdził, iż w ramach powykonawczego sprawdzenia oczyszczenia dna z obiektów ferromagnetycznych wykazanych w Raporcie z badania ferromagnetycznego załączonego do s.i.w.z., wykonawca nie jest zobowiązany do badania całego akwenu robót pod kątem zalegania w nim obiektów ferromagnetycznych, w tym obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, lecz zobowiązany jest wyłącznie do potwierdzenia usunięcia obiektów z punktów (miejsc występowania anomalii magnetycznych) wykazanych w Raportach z badania ferromagnetycznego załączonych do s.i.w.z.

W ocenie przystępującego całkowicie nieuprawniony jest stawiany przez odwołującego wniosek. iż zakresem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławcza w sprawie pod sygnaturą KIO 1356/19 było badanie sposobu, w jaki wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają wykonywać prace kontrolne w celu potwierdzenia oczyszczenia miejsc występowania anomalii magnetycznych (punktów) wykazanych w Raporcie z badania ferromagnetycznego załączonego do s.i.w.z., w szczególności zaś dopuszczalność wykonywania tych prac sukcesywnie, w miarę usuwania obiektów ferromagnetycznych, poprzez bieżące dokonywanie pomiarów w każdym z punktów.

Przystępujący stwierdził, że o braku wiarygodności odwołującego się wykonawcy w zakresie prezentowanych twierdzeń o faktach świadczyć może już choćby okoliczność, iż wykonawca ów (podobnie jak pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia) zaoferował maksymalne możliwe skrócenie terminów wykonania zamówienia, co oznacza, że zaoferowany przez niego termin wykonania zamówienia (dla części I i II) wyniósł dokładnie tyle dni, ile pierwotnie przewidywał Zamawiający na jego realizację, przed dokonaniem modyfikacji zapisów s.i.w.z. na skutek uwzględnienia odwołania tego wykonawcy w sprawie pod sygnaturą

KIO 1356/19, pomimo iż na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą wykonawca ów twierdził, że wykonanie zamówienia w tak zakreślonym terminie nie jest możliwe i faktycznie eliminuje jego z kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Przystępujący podniósł, że dalsze supozycje i twierdzenia odwołującego w zakresie niemożliwości usunięcia w ramach prac nurkowych wszystkich wykazach w raporcie ferromagnetycznym obiektów ferromagnetycznych maja charakter czysto spekulatywny, są

gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami, co zapewne wynika z faktu, iż odwołujący nigdy nie wykonywał podobnych prac. W tym miejscu zaznaczenia wymaga jedynie, iż w ramach niniejszego zamówienia wykonawca nie odpowiada za skutki nierzetelnego lub nieprawidłowego rozpoznania ferromagnetycznego w celu określenia współrzędnych geograficznych występowania anomalii magnetycznych wskazujących na zaleganie w dnie obiektów ferromagnetycznych o sile sygnału gradientowego równej lub większej od 5nT, albowiem punkty podlegające oczyszczeniu zostały wyznaczone zgodnie z dokumentacją w postaci Raportów z badań ferromagnetycznych udostępnionych przez zamawiającego i stanowiących załączniki do s.i.w.z. (vide: odpowiedź na pytanie nr 58 — z dnia 23 lipca 2019 r. „przedmiotem zamówienia jest wydobycie i utylizacja obiektów ferromagnetycznych wskazanych w raportach z badań ferromagnetycznych stanowiących załączniki do SIWZ" , a nie, jak zdaje się suponować odwołujący, wydobycie wszystkich zalegających w dnie obiektów ferromagnetycznych). Na marginesie przystępujący zaznaczył, iż na etapie formułowania wniosków o wyjaśnienie treści s.i.w.z. zwrócono się do zamawiającego o wyjaśnienie, jakie kwalifikacje posiada personel wykonujący prace związane z wstępnym rozpoznaniem dna akwenu pod kątem zalegania w nim obiektów ferromagnetycznych (zob. pytania nr 88, 89 oraz 90 do SIWZ), wskazując na dotychczasowe doświadczenie przystępującego w wykonywaniu prac związanych z oczyszczeniem akwenu w oparciu o raporty z przeglądu dna pod kątem zalegania w nim obiektów ferromagnetycznych wykonywane przez Grupę Geofusion Sp. z o.o., a zwłaszcza znaczne rozbieżności w zakresie ilości tzw. punktów ferromagnetycznych wykazanych w raportach opracowanych przez ten podmiot, a rzeczywistą ilością wydobytych następnie obiektów ferromagnetycznych (zob. pytania oraz odpowiedzi na pytania nr 100 oraz 101 wyjaśnienia treści s.i.w.z.).

W ocenie przystępującego nie jest również zasadny zarzut nieuwzględnienia w ofercie przystępującego „kosztów BHP oraz administracyjnych, które bezsprzecznie występują tak i innych kosztów niezbędnych do realizacji powyższego zlecenia". Odnosząc się do tak ogólnie stawianego zarzutu stwierdzić można jedynie, iż z samej treści wyjaśnienia przystępującego z dnia 28.08.2019 r. wynika, iż zaoferowana cena uwzględnia koszty prac przygotowawczych, organizacyjnych i porządkowych, w tym koszty obsługi administracyjno-biurowej, a ceny jednostkowe wskazane w kalkulacji obejmują m.in. średnioroczne koszty wynagrodzeń pracowniczych i narzuty kosztów ogólnych. Nadmienić przy tym należy, iż koszty ponoszone w związku z koniecznością zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy są

kosztami stałymi przedsiębiorstwa przystępującego wykonawcy, a nie kosztami ponoszonymi doraźnie w związku z realizacją konkretnego zadania. Przystępujący w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą zatrudnia stale personel odpowiedzialny za sprawowanie nadzoru nad zapewnieniem bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, jak również pracowników administracyjnych w ilości około 70 osób i ponosi comiesięcznie koszty związane z zapłatą wynagrodzeń dla tychże pracowników (koszty stałe działalności przedsiębiorstwa). Ponadto, w ramach kosztów związanych z funkcjonowaniem całego przedsiębiorstwa, przystępujący zapewnia wyposażenie swoich pracowników w odpowiednią odzież roboczą i środki ochrony indywidulanej, Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż w ramach kosztów pracy ekipy nurkowej, uwzględniono zarówno nadzór nad wykonywaniem prac podwodnych sprawowany przez kierownika prac podwodnych jak również wyposażenie nurków w wymagany zgodnie z przepisami sprzęt nurkowy.

Odnosząc się do końcowych uwag zawartych w treści odwołania, które — jak wskazuje sam odwołujący - mają charakter spostrzeżeń i nie wnoszą żadnej merytorycznej wartości do oceny rzetelności działań zamawiającego, przystępujący stwierdził, że:

- różnica stawki za rbh pracy jednego nurka przyjętej w kalkulacji dla części I oraz części Il zamówienia wynika z różnic w stawkach określonych w ofertach handlowych złożonych przystępującemu przez podwykonawców, którzy będą brali udział w wykonaniu zamówienia;

- sprzęt pływający wykazany w wyjaśnieniu dot. zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia w pełni zaspokaja potrzeby przystępującego związane z zapewnieniem baz nurków dla obu części zamówienia realizowanych równolegle (z dokumentów przedłożonych przez przystępującego wynika, iż będzie on dysponował co najmniej 6 jednostkami własnymi sprzętu pływającego z przeznaczeniem na bazy nurków, a ponadto jednostkami pływającymi wskazanymi w ofertach handlowych podwykonawców — 3 jednostki wskazane przez firmę Frog Sp. z o.o. oraz 2 jednostki wskazane przez Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych „AQUAMOR" Sp. z o.o.; w treści wyjaśnień przystępujący wskazał ponadto, iż jednostki te będą stosowane zamiennie);

- zupełnie niezrozumiała i pozbawiona sensu pozostaje dla przystępującego zamieszczona w treści odwołania uwaga dotycząca ryzyka związanego z brakiem dostępności lub ograniczoną dostępnością sprzętu w kontekście prac wykonywanych przez inny podmiot na Kanale Szczecin — Świnoujście, skoro — jak wykazano powyżej - przystępujący dysponuje własnym sprzętem jak również sprzętem pływającym wykazanym w ofertach podwykonawców, dalsze uwagi w przedmiocie „koincydencji i różnic cenowych pomiędzy zakładanym przez Zamawiającego budżetem a ceną Wykonawcy", które mają (w domyśle) wykazywać stronniczości działań zamawiającego i niezachowania przez niego zasad uczciwej konkurencji, można rozpatrywać wyłącznie w kategoriach pomówień i insynuacji. Przystępujący pozostawia powyższe twierdzenia bez komentarza, wskazując iż kompromitują i dyskredytują one wnoszącego odwołanie wykonawcę.

W podsumowaniu stanowiska przystępujący wskazał, iż biorąc pod uwagę całokształt przywołanych powyżej faktów, przede wszystkim zaś treść i argumentację powołaną przez odwołującego na uzasadnienie formułowanych zarzutów, należy stwierdzić, iż wniesiony środek zaskarżenia od czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego (w domyśle również zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, choć nie wskazano tego wprost w treści wniesionego odwołania) należy traktować wyłącznie jako przejaw obstrukcji przetargowej, zmierzającej do opóźnienia wykonania prac będących przedmiotem zamówienia, którego dotyczy odwołanie, a w dalszej perspektywie także istotnej z punktu widzenia interesu państwa polskiego inwestycji polegającej na wykonaniu prac budowlanych związanych z przekopem przez Mierzeję Wiślaną, co do której zamawiający dokonał już wyboru wykonawcy.

Pismem z dnia 6 października 2019 roku odwołujący cofnął odwołanie w zakresie części Il zamówienia.

W piśmie z dnia 5 października 2019 roku, złożonym na rozprawie w dniu 7 października 2019 roku odwołujący oświadczył, że przedłożona w postępowaniu wyjaśniającym kalkulacja oferenta jest rażąco niska, ponieważ nie zawiera dwóch elementów - obligatoryjnych składników robót:

1) kosztów badania powykonawczego po wykonaniu prac nurkowych,

2) kosztów koniecznych do poniesienia w związku z wypełnieniem warunków umowy, tj. kosztów polisy zgodnie z § 5 projektu umowy oraz kosztów związanych z wniesieniem

zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zgodnej z § 8 projektu umowy „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy".

Izba ustaliła, co następuje:

Ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia dla części I wyniosła 6.453.000 zł, co stanowi 1.496.625,46 euro.

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

Cena - 60%

Skrócenie terminu wykonania - 40%

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 19 sierpnia 2019 roku. Bezpośrednio po otwarciu zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia:

Część 1 - 7.937.190 zł

W postępowaniu na część I zamówienia wpłynęły 3 oferty:

1) oferta przystępującego z ceną: 5.563.970,19 zł

2) oferta odwołującego z ceną: 8.175.305,70 zł

3) oferta Konsorcjum firm: Explosive s.c. Prace Wyburzeniowe i Minerskie H. B., P. B. z ceną: 10.123.938,76 zł

Pismem z dnia 23 sierpnia 2019 roku zamawiający wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia informacji dotyczących:

1) ewentualnych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oszczędności metody wykonania zamówienia lub wybranych rozwiązań technicznych,

2) sprzętu i maszyn, które będą zaangażowane do realizacji przedmiotu zamówienia, wraz z zakładanymi kosztami (ceny najmu/dzierżawy sprzętu, wykaz sprzętu własnego wykonawcy, zakładane ceny zużycia paliwa, koszty transportu, inne koszty eksploatacji

lub mobilizacji),

3) zakładanych przez wykonawcę kosztów, pracy których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w tym:

a) zestawienie osób i przypisanych im funkcji w ramach realizacji przedmiotowej usługi oraz planowane zaangażowanie czasowe, ze szczególnym uwzględnieniem wymogu zatrudnienia, o którym mowa w s.i.w.z.,

b) wyszczególnienie przyjętych przez wykonawcę stawek wynagrodzeń, dla każdej z osób, o których mowa w lit. a,

4) zakładanych przez wykonawcę kosztów utylizacji wydobytych przedmiotów,

5) kosztów dzierżawy miejsc cumowania baz nurków oraz jednostek pomocniczych.

Ponadto wykonawca miał wykazać okoliczności w zakresie:

1) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

2) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

3) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

4) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2019 roku przystępujący udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, załączając kalkulację. Stwierdził, iż zgodnie z przedstawioną kalkulacją, koszt realizacji zamówienia wynosi 4.381.165,14 zł netto (bez marży i zysku) i składa się z następujących zasadniczych elementów składowych, na które to koszty składają się:

a) koszty pracy podstawowego sprzętu pływającego wykonawcy zgodnie z ich wyszczególnieniem w kalkulacji, zał. Nr 1 pkt 1, tj. czterech baz nurkowych w kwocie 817.937,64 zł netto; koszty sprzętu wykazane w kalkulacji jako koszty uśrednione wyliczone zostały w oparciu o Taryfę obejmującą godzinowe stawki w kwotach netto, przy czym stawki w niej wskazane obejmują średnioroczne koszty amortyzacji sprzętu, wynagrodzeń pracowniczych i narzutów, paliwa, remontów i konserwacji, ubezpieczeń oraz narzuty kosztów wydziałowych i narzuty kosztów ogólnych. Wykonawca będzie również dysponował sprzętem pływającym podwykonawców, przy czym koszt sprzętu własnego, jak i sprzętu podwykonawców obejmuje koszt wynagrodzeń pracowników zatrudnionych w tych jednostkach, jak i inne koszty, w tym paliwo,

b) Koszty pracy sześciu ekip nurkowych, tj. 30 osób wynoszące 3.360.937,50 zł netto,

c) Koszty utylizacji obiektów ferromagnetycznych założone na wartość 3000 zł netto,

d) Koszty związane ze zdawaniem przedmiotów niebezpiecznych do utylizacji w

kwocie 125.000,00 zł,

e) Koszty prac przygotowawczych, organizacyjnych i porządkowych na wartość 11.500,00 zł, obejmujących wykonanie dokumentacji przed rozpoczęciem prac, sprawozdań, rozliczeń, obsługi administracyjno-biurowej, uzyskania zgód i pozwoleń,

f) Koszty utrzymania zaplecza oraz wykonania, utrzymania i zabezpieczenia tymczasowego magazynu obiektów niebezpiecznych na wartość 52.790,00 zł netto, w tym koszty dzierżawy terenu wraz z linią nabrzeża,

g) Koszty transportu, w tym koszty jednostki pływającej dla obsługi nadzoru, transportu materiałów niebezpiecznych, ujęte w poz. pkt 1.1 kalkulacji,

h) Pozostałe koszty, w tym koszty wykonania i opracowania dokumentacji powykonawczej, tj. raportu końcowego wraz z wystawieniem atestu czystości dna wraz ze wszelkimi niezbędnymi dokumentami odbiorowymi określone na wartość 10.000,00 zł netto.

Pismem z dnia 13 września 2019 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego. Oferta przystępującego uzyskała 100 pkt., natomiast oferta odwołującego - 80,83 pkt.

Zgodnie z s.i.w.z. oraz pkt 5 opisu przedmiotu zamówienia, obligatoryjnym elementem usług jest wykonanie badań sondażowych dna. Zgodnie z pytaniem nr 18, badania te powinny być wykonane w taki sam sposób, jak wstępnie rozpoznanie ferromagnetyczne, z uwzględnieniem systemu gradientowego (czyli minimum 2 magnetometrami) o gęstości profilów o odległości ok. 1,5 m w odległości 1,5-2,5 m nad dnem.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez niewykazanie w wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego kosztów badania powykonawczego po wykonaniu prac nurkowych.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, że złożone przez odwołującego w piśmie procesowym z dnia 5 października 2019 roku oświadczenie, iż zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska, ponieważ nie zawiera:

1) Kosztów badania powykonawczego po wykonaniu prac nurkowych,

2) Kosztów koniecznych do poniesienia w związku z wypełnieniem warunków umowy, tj. koszty polisy zgodnie z § 5 projektu umowy oraz kosztów związanych z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnej z § 8,

stanowi z jednej strony ograniczenie zarzutów podniesionych w odwołaniu do kosztów badania powykonawczego po wykonaniu prac nurkowych, z drugiej zaś - rozszerzenie zarzutów w zakresie dotyczącym kosztów polisy i zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby wskazanie w treści odwołania, że wycena nie obejmuje kosztów administracyjnych było na tyle ogólne i nieprecyzyjne, iż brak jest podstaw do uznania, iż odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w związku z nieuwzględnieniem kosztów polisy i zabezpieczenia. Zdaniem Izby nie można uznać, że odwołujący w piśmie procesowym z dnia 5 października 2019 roku i na rozprawie doprecyzował zarzut postawiony w odwołaniu, ale że podniósł nowe zarzuty. Z racji tego, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy P.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zarzuty związane z brakiem wyceny polisy ubezpieczeniowej i należytego wykonania umowy podlegają oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny poprzez brak wyceny elementów innych niż koszty badania powykonawczego. Izba wskazuje, że zarzuty podniesione w tym zakresie były sformułowane w sposób bardzo ogólny i nieprecyzyjny i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Ponadto odwołujący w piśmie procesowym z dnia 5 października br. oraz na rozprawie odnosił się wyłącznie do kosztów badania powykonawczego, jednakże nie wycofał formalnie zarzutów, których nie popierał. Tym samym Izba uznała je za nieudowodnione i odwołanie w tym zakresie oddaliła.

Odnosząc się do zarzutu braku wyceny kosztów badania powykonawczego Izba stwierdziła, iż niesporna pomiędzy stronami była konieczność wykonania badań sondażowych dna. Zgodnie z pytaniem nr 18, badania te powinny być wykonane w taki sam sposób, jak wstępnie rozpoznanie ferromagnetyczne, z uwzględnieniem systemu gradientowego (czyli minimum 2 magnetometrami) o gęstości profilów o odległości ok. 1,5 m w odległości 1,5-2,5 m nad dnem.

Analiza złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz dowodami nie wskazuje expressis verbis, w którym miejscu kalkulacji przystępujący uwzględnił koszty badania powykonawczego. Podkreślenia wymaga, iż przystępujący co do zasady zgodził się z odwołującym, iż badanie powykonawcze to badanie z użyciem specjalistycznego sprzętu, bez udziału nurków. Tymczasem gros wyjaśnień oraz zdecydowana część wynagrodzenia przystępującego obejmuje koszty ekip nurkowych i jednostek pływających wykorzystywanych jako bazy nurkowe.

Z zeznań świadka, Pana Ł. P., wynika, iż tego rodzaju badania prowadzone przez niego na obydwu akwenach miały wartość ok. 1,5 mln zł brutto. Świadek nie podał ceny globalnej za 1 akwen, niemniej jednak wskazał w przybliżeniu kwotę około 3000 zł za 1 ha powierzchni. Zamawiający i przystępujący nie zakwestionowali podanej przez świadka ceny, podnosząc jedynie, że świadek nie umiał wskazać ceny za cały akwen. W ocenie Izby, pomimo braku wskazania globalnej ceny, można ustalić jej wysokość poprzez wskazanie podstaw do jej obliczenia i wykonanie stosownego działania matematycznego. Przystępujący nie wskazał wszakże wysokości wynagrodzenia, jaką sam przyjął dla wskazanych badań, ani też pozycji w kalkulacji, w której koszt tych badań uwzględnił.

Zamawiający i przystępujący nie kwestionowali również opisywanej przez świadka metodologii wykonywania tego rodzaju badań. Przystępujący wskazywał, że tego rodzaju badania wykona jego podwykonawca, firma Frog, niemniej jednak w ofercie tej firmy, którą załączył do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, badania te nie zostały wyspecyfikowane.

Przystępujący na rozprawie w dniu 7 października br. podnosił, iż koszty badań rozłożone są na poszczególne jednostki pływające, niemniej stanowisko takie nie znajduje

odzwierciedlenia w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach, z których wynika, że koszt pracy sprzętu pływającego obejmuje jedynie średnioroczne koszty amortyzacji sprzętu, wynagrodzeń pracowniczych i narzutów, paliwa, remontów i konserwacji, ubezpieczeń oraz narzuty kosztów wydziałowych i narzuty kosztów ogólnych. Z wyjaśnień wynika, że odwołujący będzie również dysponował sprzętem pływającym podwykonawców, przy czym koszt sprzętu własnego, jak i sprzętu podwykonawców obejmuje koszt wynagrodzeń pracowników

zatrudnionych w tych jednostkach, jak i inne koszty, w tym paliwo.

Wreszcie przystępujący podnosił, że obszar badań nie będzie pokrywał się z obszarem, którego dotyczy raport wykonania badań ferromagnetycznych, w związku z czym dane przyjęte do wykonania raportu nie są adekwatne do badań, które mają być wykonane w ramach niniejszego postępowania. Niemniej jednak przystępujący nadal nie przedstawił żadnych innych danych ani też kosztu wykonania badań na obszarze, który winien zostać przebadany po usunięciu materiału ferromagnetycznego.

Tym samym Izba doszła do przekonania, iż dla ustalenia, czy zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska, niezbędne jest wezwanie go do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, wzywając przystępującego po raz pierwszy do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, ograniczył się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz wskazania kilku obszarów, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. W sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu czynności składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które konkretnie prace wymagają wyjaśnienia. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego, stąd też Izba nie orzekła zgodnie z żądaniem odwołującego, który domagał się odrzucenia oferty przystępującego, ale nakazała jego ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.