

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.05.2020 r. przez wykonawcę PGZ Stocznia Wojenna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Morski Oddział Straży Granicznej w Gdańsku, ul. Oliwska 35, 80-563 Gdańsk

przy udziale wykonawcy SOCARENAM Boulogne sur Mer, ul. 2 boulevard de Chatillon BP 429 lok. 62206, Francja zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego PGZ Stocznia Wojenna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PGZ Stocznia Wojenna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:

Zamawiający Morski Oddział Straży Granicznej w Gdańsku, ul. Oliwska 35, 80-563 Gdańsk wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa Pełnomorskiej Jednostki Patrolowej OPV«.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp - 111.330.000,00 zł.

13.12.2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2019/S 241-590938.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

04.05.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SOCARENAM Boulogne sur Mer, ul. 2 boulevard de Chatillon BP 429 lok. 62206, Francja (dalej wykonawca S).

14.05.2020 r. wykonawca PGZ Stocznia Wojenna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, mimo że oferta ta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert ewentualnie odwołujący wniósł o:
- 3) odtajnienie całości dokumentacji złożonej przez wykonawcę S w tym postępowaniu ponadto odwołujący wniósł o:
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania przed KIO.

Argumentacja odwołującego

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie

Decyzja zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy S jest zdaniem odwołującego wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, mimo że oferta ta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ

7.05.2020 r. odwołujący w związku z nadesłaną 4.05.2020 r. informacją o rezultatach postępowania odnośnie wyboru wykonawcy S zawniósował do zamawiającego o udostępnienie kompletu dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę S określonych w postępowaniu warunków technicznych opisanych w poz. 4.11.3 A. SIWZ, w szczególności przez przedstawienie:

I. Opisu technicznego oferowanego typu jednostki pływającej, uwzględniającego, co najmniej:

- a) parametry techniczno-taktyczne (prędkość maksymalna, zasięg, autonomiczność),
- b) zakres badań modelowych oraz niezbędnych analiz,
- c) opis kadłuba z nadbudową, podział na przedziały wodoszczelne,
- d) wyposażenie kadłubowe, w tym pokładowe,
- e) układ napędowy (typ silników napędowych, przekładni, pędników),
- f) zespoły prądotwórcze (typ zespołów, moc, wstępny bilans energetyczny),
- g) systemy zarządzania,
- h) system monitoringu i kontroli dostępu,
- i) instalacje (urządzenia, sterowanie armaturą zaworową),
- j) zbiorniki na paliwo, oleje, wodę słodką, balast wodny, ścieki,
- k) system tłumienia przechyłów,
- l) wyposażenie w urządzenia nawigacyjne, łączności i obserwacji technicznej,
- m) opis łodzi typu RIB,
- n) opis kontenerów,
- o) opis drona.

II. Planu jednostki pływającej:

- a) plan ogólny oferowanego typu jednostki pływającej (rzut z boku, góry, od dziobu, przekroje podłużne i poprzeczne), w tym wizualizacja 3D,
- b) plan układu napędowego,
- c) plan sieci elektrycznej wraz z źródłami energii,
- d) plan rozmieszczenia mechanizmów i urządzeń w siłowniach,
- e) plan rozmieszczenia urządzeń i wyposażenia na pokładzie,
- f) plan rozmieszczenia wyposażenia Zintegrowanego Mostka Nawigacyjnego,
- g) plan rozmieszczenia zbiorników,
- h) plan rozmieszczenia pomieszczeń,
- i) plan ładowni (warsztat techniczny, pomieszczenia magazynowe),
- j) plan instalacji ppoż.

Dowód 1: Pismo odwołującego z 7.05.2020 r.

9.05.2020 r. za pismem (MO-PK-1.3712.2019) zamawiający przekazał odwołującemu, jak zamawiający stwierdził, „dokumenty wymienione w piśmie odwołującego”, nie zawierając w tym piśmie zastrzeżenia, że jakkolwiek zakres żądanych informacji nie podlega ujawnieniu.

Dowód 2: Wydruk wiadomości e-mail zamawiającego z 9.05.2020 r.

Po analizie przez odwołującego przesłanej dokumentacji, 12.05.2020 r. odwołujący

wysłał do zamawiającego pismo z uwagą, że dokumentacja nie jest kompletna i nie pozwala na stwierdzenie czy oferta wykonawcy S spełnia warunki techniczne opisane w SIWZ i odwołujący wniosł o przekazanie dokumentów wymagających uzupełnienia, tj.: dokumentacja techniczna ofertowej jednostki pływającej uwzględniającej wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia [OPZ] i zawierającej co najmniej: Uwagi do przesłanej dokumentacji.

Brak I. Opis techniczny oferowanego typu jednostki pływającej, uwzględniający co najmniej: Niekompletny - brakuje 65 stron:

Brak e) układ napędowy (typ silników napędowych, przekładni, pędników),

Brak f) zespoły prądotwórcze (typ zespołów, moc, wstępny bilans energetyczny),

Brak g) systemy zarządzania,

Brak h) system monitoringu i kontroli dostępu,

Brak i) instalacje (urządzenia, sterowanie armaturą zaworową),

Brak j) zbiorniki na paliwo, oleje, wodę słodką, balast wodny, ścieki,

Brak l) wyposażenie w urządzenia nawigacyjne, łączności i obserwacji technicznej,

Brak m) opis łodzi typu R,

Brak n) opis kontenerów,

Brak o) opis drona.

Brak II. Plany jednostki pływającej:

Niekompletny - a - plan ogólny oferowanego typu jednostki pływającej (rzut z boku, góry, od dziobu, przekroje podłużne i poprzeczne), w tym wizualizacja 3D,

Brak - c - plan sieci elektrycznej wraz z źródłami energii,

Brak - d - plan rozmieszczenia mechanizmów i urządzeń w siłowniach,

Brak oddzielnego rysunku - e - plan rozmieszczenia urządzeń i wyposażenia na pokładzie,

Brak - jedynie wizualizacja - f - plan rozmieszczenia wyposażenia Zintegrowanego Mostka Nawigacyjnego,

Brak - g - plan rozmieszczenia zbiorników,

Niepełny - tylko informacja o półkach w opisie technicznym - i - plan ładowni (warsztat techniczny, pomieszczenia magazynowe),

Brak - j - plan instalacji ppoż.

Dowód 3: Pismo odwołującego z 12.05.2020 r.

Zamawiający nie udostępnił wyżej wymienionych dokumentów, wskazując przy tym w piśmie z 13.05.2020 r. na brak możliwości przekazania wnioskowanej dokumentacji z powodu zastrzeżenia takich informacji przez wykonawcę S, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010).

Zdaniem odwołującego uzasadnienie braku możliwości przekazania wymienionych dokumentów z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy jest

nieuprawnione, gdyż dokumenty takie nie mogą zostać objęte klauzulą tajemnicy

przedsiębiorstwa. Informacje w nich zawarte opisują tylko widoczne parametry techniczne przedmiotu zamówienia, które obiektywnie nie mogą być traktowane jako rozwiązania techniczne o charakterze unikalnym np. liczba i moc silników czy też urządzenia montowane na pokładzie.

Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Natomiast informacje nt. urządzeń i systemów nabywanych od podmiotów trzecich, np. zespołów prądotwórczych, silników itp., nie mogą być potraktowane jako spełniające przesłanki upoważniające do zakwalifikowania ich do takiej kategorii. Co więcej, informacje te ze względu na swój charakter będą musiały być ujawnione np. wobec towarzystwa klasyfikacyjnego zatwierdzającego dokumentację techniczną statku czy instytucji wykonujących badania modelowe, na etapie projektowania i budowy jednostki.

Dowód 4: Pismo zamawiającego z 13.05.2020 r.

Wobec braku udostępnienia żądanych dokumentów z powołaniem się na wadliwie interpretowane uprawnienie do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawcę S, odwołujący uważa, że istnieje uzasadniona wątpliwość czy dokumenty takie zostały w rzeczywistości przekazane zamawiającemu, a jeżeli dokumenty takie zostały przekazane, to czy spełniają one warunki wynikające z SIWZ. Stąd, w przekonaniu odwołującego, doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się przez utajnienie informacji i dokumentów, które zdaniem odwołującego nie mogły być skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę

W oparciu o powyższą argumentację oraz wysoce prawdopodobny brak przedstawienia przez wykonawcę S kompletu dokumentów potwierdzających spełnienie przez ofertę wykonawcy S warunków technicznych określonych w SIWZ, w ocenie odwołującego, okoliczności te mają niewątpliwą wpływ na wysokość oferty cenowej złożonej przez wykonawcę S.

Rozwiązania szczegółowe wymagane przez zamawiającego i zawarte w SIWZ są rozwiązaniami generującymi znaczne koszty, np. jednoczesne spełnienie wymogu prędkości 19 węzłów wraz z zastosowaniem napędu diesel-electric oraz pędników azymutalnych (zamiast układu klasycznego opartego na śrubę napędzaną silnikiem tradycyjnym przez linię wału).

Spełnienie przez wykonawcę S powyższych wymagań przy jednoczesnym określeniu długości statku 66 m musi wiązać się z bardzo dużymi kosztami związanymi choćby z zakupem systemu napędowego dysponującego dodatkową mocą.

Z danych przekazanych przez zamawiającego wynika, że w projektach bazowych zbudowanych statków, na których wykonawca S oparł swoją ofertę, stosowane są najprostsze napędy konwencjonalne z dwoma silnikami i klasycznymi śrubami napędzanymi przez linię wałów, co jest rozwiązaniem znacznie tańszym, niż rozwiązanie wymagane w SIWZ. Jest więc też rozwiązaniem niezgodnym z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie powinno zostać uwzględnione, a czynności zamawiającego powtórzone.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 14.05.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 18.05.2020 r. (poniedziałek) (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

21.05.2020 r. wykonawca S złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu wykonawcy S. Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu wykonawcy S (art. 185 ust. 4 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 25.05.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 Pzp zamawiający - w odpowiedzi na odwołanie nie uwzględniając zarzutów - wnosi o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania przed KIO.

Zamawiający stwierdził, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (sprawa 28/ZP/2019), którego przedmiotem jest dostawa pełnomorskiej jednostki patrolowej (OPV). W 14.05.2020 r. zamawiający otrzymał kopię odwołania, w którym odwołujący odwołuje się od czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty zawarte w odwołaniu są nieuzasadnione i w związku z tym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiając odniósł się do zarzutu nr 1, dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, mimo że oferta wykonawcy S nie spełnia wymagań określonych w SIWZ i zamawiający stwierdził, że jest to zarzut bezpodstawny.

Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty wykonawcy S na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ oferta wykonawcy S odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający określił swoje wymagania odnośnie oferowanej przez wykonawców dostawy w OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający dokonał oceny, czy

oferowana przez wykonawcę S dostawa odpowiada wymaganiom zamawiającego, na podstawie dokumentów złożonych przez tego wykonawcę S w odpowiedzi na wezwanie

zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp (dowody: pismo zamawiającego z 26.02.2020 r. oraz pismo przewodnie wykonawcy S z 23.03.2020 r. wraz

załącznikami - w aktach sprawy) oraz dokumentów i wyjaśnień, złożonych w odpowiedzi na

wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z 09.04.2020 r. (dowody: pismo zamawiającego z 09.04.2020 r. oraz pismo przewodnie wykonawcy S z 23.04.2020 r. wraz z załącznikami - w aktach sprawy).

Dokumenty przesłane przez wykonawcę S potwierdziły, że oferowana przez tego wykonawcę S jednostka pływająca spełnia wymagania zamawiającego (dowód A: protokół z postępowania, protokół z posiedzenia komisji przetargowej z 04.05.2020 r. w aktach

sprawy). Wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentacji technicznej, poczynionego przez wykonawcę S pismami z 23.03.2020 r. i 09.05.2020 r. (dowód B: pisma wykonawcy S z 23.03.2020 r. i 09.05.2020 r. w aktach sprawy) zamawiający nie przekazał odwołującemu dokumentów określonych przez wykonawcę S jako zastrzeżone. Jednak sam fakt niedysponowania kompletem dokumentów przez odwołującego nie daje odwołującemu podstaw do twierdzenia, że zamawiający wybrał ofertę niespełniającą wymagań określonych w SIWZ i zawierającą rażąco niską cenę. Zamawiający ocenił ofertę wykonawcy S i dokonał weryfikacji czy wykonawca S spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy wykonawca S podlega wykluczeniu z postępowania, a także czy oferowana przez wykonawcę S jednostka pływająca spełnia wymagania zamawiającego zgodnie z OPZ.

Zamawiający odniósł się do zarzutu 2 w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S zawierającej rażąco niską cenę i zamawiający wskazał, że zarzut jest bezpodstawny.

W myśl art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że zaoferowana przez wykonawcę S cena nie jest rażąco niska i w związku z powyższym nie zwracał się do wykonawcy S o jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym zakresie. Nie zachodziły również przesłanki z art. 90 ust. 1a Pzp, aby

zamawiający był ustawowo zobowiązany zwrócić się do wykonawcy S o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w celu poczynienia ustaleń czy podana w ofercie cena w stosunku do przedmiotu zamówienia jest rażąco niska.

Ustalona wartość zamówienia dokonana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne na podstawie rozeznania rynku na usługi stoczniowe wyniosła 111 330 000,00 zł (netto i brutto - VAT w stawce 0%).

W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne złożone zostały dwie oferty. Jedna oferta z ceną 111.000.000,00 zł, druga z ceną 138.990.000,00 zł. Średnia cena złożonych ofert to 124.995.000 PLN, przy czym z analizy zamawiającego wynika, że to oferta odwołującego znacznie przewyższa wartość rynkową jednostki pływającej o charakterystyce opisanej w OPZ.

Wymagania postawione przez zamawiającego to między innymi długość jednostki 60-66 m oraz w stosunku do układu napędowego: układ spalinowo-elektryczny, 3-4 zespoły prądotwórcze zasilające silniki elektryczne napędu głównego, 2-3 pędniki azymutalne ze śrubą o stałym skoku. Zamawiający określając wartość zamówienia korzystał z aktualnych informacji o realizowanych budowach jednostek pływających dla Urzędu Morskiego wartość zamówienia dla dwóch jednostek z napędem spalinowo-elektrycznym i pędnikami azymutalnymi wynosi 213.650.000 PLN tj. 106.825.000,00 PLN za jednostkę (por.

.html).

Oczywiście nie są to tożsame jednostki, gdyż ich przeznaczenie jest różne, a w związku z tym i wyposażenie, natomiast układy napędowe są zgodne z wymogami OPZ

zamawiającego, tj. układem spalinowo-elektrycznym z pędnikami azymutalnymi. Są to jednostki o większej wyporności, kadłubie o klasie lodolamacza i o bogatym wyposażeniu specjalistycznym, służącym do prac hydrograficznych, gaszenia pożarów, likwidacji zanieczyszczeń itd.

Zamawiający analizując cenową ofertę wykonawcy S miał odniesienie do przedstawionych przez wykonawcę S wartości faktycznie zbudowanych w latach 2017-2019

trzech okrętów patrolowych dla Francuskiej Marynarki Wojennej, których wartość jednostkowa wyniosła 87.438.650,00 PLN. Jednostki te mają długość 61 m, mają nieograniczony rejon żeglugi, a ich napęd jest spalinowo-elektryczny z konwencjonalną śrubą napędową (dowód C: JEDZ wykonawcy S oraz spis wykonanych dostaw - w aktach sprawy). Oferowana dla zamawiającego jednostka patrolowa w założeniach miała bazować na rozwiązaniach technicznych i doświadczeniu wykonawcy S z budowy jednostek patrolowych o długości 61 m.

Z analizy przeprowadzonej przez zamawiającego, m.in. w celu określenia wartości zamówienia, konsultacji z innymi podmiotami działającymi na rynku stoczniowym (np. Stocznia Remontowa Shipbuilding, która ma doświadczenie w projektowaniu i budowie jednostek pływających ze spalinowo-elektrycznymi układami napędowymi i pędnikami azymutalnymi) wynikało, że koszt budowy jednostki z układem napędowym spalinowo-elektrycznym i pędnikami azymutalnymi może być wyższy o ok. 15-20% w stosunku do kosztu budowy jednostki z klasycznym układem napędowym bazującym na silnikach spalinowych napędu głównego, linii wałów i pędniku w postaci śruby napędowej o stałym (lub zmiennym) skoku, co wskazywało, że wybudowanie jednostki patrolowej dla zamawiającego o parametrach określonych w OPZ byłoby możliwe za ok. 100 mln zł.

W związku z powyższym zarzut w stosunku do zamawiającego, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty o rażąco niskiej cenie jest całkowicie bezpodstawny. Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy S ze względu, jak twierdzi odwołujący, na rażąco niską cenę.

W przedmiotowym postępowaniu zastosowana została procedura przewidziana przepisem art. 24aa ust. 1 Pzp, a zatem zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a następnie zbadał czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym trybie prowadzonego przetargu nieograniczonego zamawiający nie dysponował dokumentacją techniczną odwołującego, aby porównać z dokumentacją techniczną wykonawcy S i ewentualnie ustalić, dlaczego oferta odwołującego jest tak droga w stosunku do oferty najkorzystniejszej.

W myśl art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający nie złamał zasad, o których mowa w tym przepisie. OPZ dokonany został w sposób zapewniający konkurencyjność w tym postępowaniu i umożliwiającą ubieganie się o udzielenie zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy są w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego. W tym zakresie odwołujący nie wniósł żadnych zastrzeżeń. Wszyscy wykonawcy byli traktowani równo.

W myśl art. 8 ust. 2 Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Między innymi takim przypadkiem jest przepis art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wykonawca S wniósł zastrzeżenie w odniesieniu do dużej części dokumentacji o nie ujawnianie jej, gdyż informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy S. Złożona przez Wykonawcę S dokumentacja zawiera w swojej treści informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne posiadające wartość gospodarczą (między innymi pozwalają na zaoszczędzenie kosztów, przez co wykonawca S jest bardziej konkurencyjny na rynku) i które jako całość oraz w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

W ocenie zamawiającego wykonawca S w sposób niebudzący wątpliwości chroni poufność informacji, stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie udostępnił odwołującemu zastrzeżonej przez wykonawcę S dokumentacji, ponieważ została ona zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia odwołania, ponieważ zamawiający nie naruszył przepisów Pzp, które miałyby wpływ lub mogłyby mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

dowód 1: pismo odwołującego z 7.05.2020 r. - wniosek udostępnienie przez zamawiającego kompletu dokumentów złożonych zamawiającemu przez wykonawcę S na okoliczność, że odwołujący wnioskował o okazanie całości dokumentacji;
dowód 2: wydruk wiadomości e-mail zamawiającego z 9.05.2020 r. o braku możliwości udostępnienia pełnej dokumentacji złożonej przez wykonawcę S na okoliczność zastrzeżenia części dokumentacji przez wykonawcę S;

dowód 3: pismo odwołującego z 12.05.2020 r. zastrzeżenia odwołującego do okazanej dokumentacji złożonej przez wykonawcę S na okoliczność niekompletności tej dokumentacji;

dowód 4: pismo zamawiającego z 13.05.2020 r. informacja zamawiającego o zastrzeżonych elementach dokumentacji wykonawcy S na wykazanie braku okazania przez zamawiającego pełnej dokumentacji wykonawcy S;

B) zamawiającego:

dowód A1: protokół z postępowania z 04.05.2020 r. - w aktach sprawy - na wykazanie właściwego przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania zamówieniowego;

dowód A2: protokół z posiedzenia komisji przetargowej z 04.05.2020 r. w aktach sprawy na wykazanie odpowiedniego badania przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę S;

dowód B1, B2 i B3: pisma wykonawcy S z 23.03.2020 r., 09.05.2020 r. i 23.04.2020 r. na

wykazanie zastrzeżenia przez wykonawcę S części dokumentacji;

dowód C1 i C2: JEDZ wykonawcy S oraz spis wykonanych dostaw na wykazanie

spełnienia przez wykonawcę S warunków zamówienia;

Dowód D: pismo wykonawcy S z 14.05.2020 r. na wykazanie odpowiedniego zastrzeżenia odpowiednich fragmentów dokumentacji wykonawcy S.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, mimo że oferta wykonawcy S nie spełnia wymagań określonych w SIWZ - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że po badaniu oferty wykonawcy S zamawiający uznał, że treść oferty odpowiada treści SIWZ, a w szczególności wymogom określonym w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), który stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Badanie oferty obejmowało m.in. wystosowanie przez zamawiającego wezwania z 9.04.2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia przez wykonawcę S odpowiednich dokumentów oraz wyjaśnień. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. Dokumenty przesłane przez wykonawcę S potwierdziły spełnienie wymagań postawionych w SIWZ przez ofertę wykonawcy S, co obrazuje w szczególności protokół z posiedzenia komisji przetargowej.

W związku z tym zamawiający nie stwierdził zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Tak samo Izba - na podstawie całej dokumentacji postępowania zamówieniowego, dowodów i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego - nie może stwierdzić, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy S na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż w postępowaniu zamówieniowym nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy S, określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Również odwołujący stwierdził, że w postępowaniu zastrzeżenie zastrzeżonych przez wykonawcę S dokumentów cyt. » jest nieuprawnione, gdyż dokumenty takie nie mogą zostać objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje w nich zawarte opisują tylko widoczne parametry techniczne przedmiotu zamówienia, które obiektywnie nie mogą być traktowane jako rozwiązania techniczne o charakterze unikalnym np. liczba i moc siników czy też urządzenia montowane na pokładzie«. Jednak Izba stwierdza, że wykonawca w postępowaniu zamówieniowym nie może zastrzec tylko informacji o których jednoznacznie stanowi art. 8 ust. 3 i 86 ust. 4 Pzp, które odpowiednio brzmią: »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu«, »Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach«. Dlatego Izba nie może wziąć pod uwagę argumentu o zakazie zastrzegania informacji zastrzeżonych przez wykonawcę S. jako zakazu dotyczącego jakichś okoliczności, oczywiście oprócz zakazu wynikającego z art. 8 ust. 3 Pzp.

Ponadto Izba stwierdza, że odwołujący oparł swój zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«, na sugestii naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie uzasadnił zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w żaden inny sposób, a skoro odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może się spotkać z uwzględnieniem przez Izbę. Dlatego cały zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - nie może podlegać uwzględnieniu przez Izbę.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - przez zaniechanie

odrzućenia oferty wykonawcy S zawierającej rażąco niską cenę - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy S zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a mimo to zamawiający zaniechał w postępowaniu zamówieniowym zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i tym samym zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy S. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp brzmi

»Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 4 Pzp po zastosowaniu procedury wyjaśnienia zaoferowania określonej ceny przez wykonawcę. Pierwszym przepisem dotyczącym procedury wyjaśnienia ceny jest art.

90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie

[...]«. Jednak u zamawiającego nie zrodziły wątpliwości odnośnie zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę S, gdyż zamawiający wycenił przedmiot zamówienia, cyt. z odpowiedzi zamawiającego: »przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne na podstawie rozeznania rynku na usługi stoczniowe [i cena - przyp. Izby] wyniosła

111.330.000,00 zł. W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne złożone zostały dwie oferty. Jedna oferta z ceną 111.000.000,00 zł, druga z ceną 138.990.000,00 zł. Średnia cena złożonych ofert to 124.995.000 zł«. Izba ocenia, że w związku z takim ukształtowaniem cen, zgodnie z doświadczeniem życiowym, u zamawiającego obiektywnie nie musiała się pojawić wątpliwość co do zbyt niskiej ceny w ofercie wykonawcy S. Ponadto zamawiający nie był zobligowany do przeprowadzenia procedury badania ceny oferty wykonawcy S na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, który to przepis brzmi »W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od [...] wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia«. Wynika to z faktu, że zaoferowana cena przez wykonawcę S - 111.000.000,00 zł, nie była niższa o co najmniej 30% od wyliczonej przez zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny VAT (77.931.000 zł) ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (87.496.500 zł), a wprost przeciwnie cena oferty wykonawcy S była prawie równa szacunkowi zamawiającego (niższa o 0,3%) i tylko o 11,2% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a nawet tylko niższa o 20,1% od ceny zaoferowanej przez odwołującego.

Dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę S i jest zmuszona odrzucić ten zarzut.

W związku z brakiem potwierdzenia zarzutów Izba nie może przychylić się do spełnienia wniosków odwołującego.

Izba także stwierdza, że stany faktyczne przytoczonego orzecznictwa nie odpowiadają stanowi faktycznemu rozpoznawanej sprawy.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty

wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: