

WYROK

z dnia 29 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., OT Industries-KVV Contractor CO. LTD, BSiPG Gazoprojekt S.A., Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TESGAS S.A., Izostal S.A., ZRUG Zabrze S.A., Friedrich Vorwerk KG (GmbH&Co) Dąbrowa, ul. Batorowska 9; 62-070 Dopiewo**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., OT Industries-KVV Contractor CO. LTD, BSiPG Gazoprojekt S.A., Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., OT Industries-KVV Contractor CO. LTD, BSiPG Gazoprojekt S.A., Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., OT Industries-KVV Contractor CO. LTD, BSiPG Gazoprojekt S.A., Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa** rzecz zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa gazociągu DN 700 Hermanowice - Strachocina”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 20 czerwca 2015 r., pod numerem 2015/S 118-215832.

Dnia 28 października 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 7 listopada 2016 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A., OT Industries-KVV Contractor CO. LTD, BSiPG Gazoprojekt S.A., Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tesgas S.A. z siedzibą w Dopiewie, Izostal S.A. z siedzibą w Kolonowskie, ZRUG Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrze, VORWERK KG (GmbH & Co.) z siedzibą w Tostedt,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Tesgas do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, pomimo tego, iż cena oferty tego wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy PGNiG do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być

niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, pomimo tego, iż cena oferty tego wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tesgas pomimo tego, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PGNiG pomimo tego, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wymienionych w treści odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Tesgas,
- 2) wezwania wykonawcy Tesgas, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wezwania wykonawcy PGNiG, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

- 4) odrzucenia oferty wykonawcy Tesgas, jako oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) odrzucenia oferty wykonawcy PGNiG, jako oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wskazał, iż średnia cena ofert wynosi 206.665.685,71 zł netto. W dniu otwarcia ofert, zamawiający poinformował, iż planuje przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę w wysokości 110.000.000 zł netto. Jednakże w dniu 26 września 2016 r. dokonał aktualizacji szacowania wartości zamówienia. W ramach tej aktualizacji, wskazał na kosztorys inwestorski, wykonany zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130 poz. 1389). Z kosztorysu inwestorskiego wynika, iż wartość robót budowlanych w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego wynosi 258.192.156.09 zł netto. Zamawiający jednakże podjął się urealnienia wartości zamówienia. Wskazał, iż „w oparciu o dotychczasową wiedzę historyczną opierającą się na analizie porównawczej wartości kosztorysowej w stosunku do wartości kontraktowej dla zamówień obejmujących budowę gazociągów, Zamawiający przyjmuje, że wartość kosztorysowa robót budowlanych i dostaw inwestorskich jest zawyżona. W celu urealnienia wartości kosztorysowej dla robót budowlanych należy wprowadzić współczynnik korekcyjny. Dla potrzeb obliczenia współczynnika korekcyjnego dla robót budowlanych (bez dostaw inwestorskich) Zamawiający posiłkuje się zrealizowanym projektem „Budowa gazociągu DN700 Rembelszczyzna-Gustorzyn”. Zamawiający odwołuje się do tego projektu, bowiem ww. projekt ma charakter podobny do bieżącego zamówienia pod względem zakresu (średnica gazociągu DN700, ciśnienie MOP 8,4 MPa), znajduje się na terenie występowania trudnych warunków geologicznych, a zakres robót do zrealizowania jest zbliżony pod względem poziomu skomplikowania technicznego. Dla projektu „Budowa gazociągu DN700 Rembelszczyzna - Gustorzyn” wartość kosztorysowa (z opracowanego kosztorysu inwestorskiego) robót budowlanych (bez dostaw inwestorskich) wyniosła 263.434.000.00 zł. natomiast wartość umowna z wykonawcą robót budowlanych (w wyniku rozstrzygniętego przetargu publicznego) wyniosła 193.000.00.00 zł.”

Z porównania obydwu w/w kwot, zamawiający określił współczynnik korekcyjny wynoszący 73%, który po zastosowaniu w stosunku do kosztorysu inwestorskiego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, daje wartość robót budowlanych na poziomie 188.480.273.94 zł.

Z powyższych wyliczeń w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż zamawiający, przyjmując współczynnik w wysokości 73%, wynikający z dokonania obliczeń jedynie

z uwzględnieniem najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu dla projektu „Budowa gazociągu DN700 Rembelszczyzna - Gustorzyn”, określił minimalną wartość ceny oferty, za którą można zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne. Gdyby bowiem chciał ustalić bądź też potwierdzić realność średnich cen ofert w niniejszym, winien był ustalić współczynnik korekcyjny, przyjęc do wyliczeń średnią cenę ofert w ramach postępowania dla projektu „Budowa gazociągu DN700 Rembelszczyzna - Gustorzyn”, która wynosiła 217.182.470,60 zł netto (co daje współczynnik korekcyjny na poziomie 82%). Stosując powyższy współczynnik, otrzymujemy średnią cenę ofert złożonych w niniejszym postępowaniu na poziomie 211.717.000,00 zł netto, co odzwierciedla stan faktyczny (206.665.685,71 zł netto).

Dlatego też, przyjmując słuszną logikę zamawiającego oraz jego prawidłowe obliczenia, to oferta odwołującego zawiera najniższą z możliwych do zaoferowania cen (przy uwzględnieniu możliwości zrealizowania zamówienia za podaną w ofercie cenę), natomiast oferty wykonawcy Tesgas i wykonawcy PGNiG, odbiegające odpowiednio o 34.480.273,94 zł (18% w stosunku do najniższej ceny obliczonej przez zamawiającego i 25% od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu) oraz o 26.980.273,94 zł (14% w stosunku do najniższej ceny obliczonej przez zamawiającego i 22% od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu) zawierają ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Opisana sytuacja powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawców Tesgas i PGNiG za zaoferowane przez nich ceny i tym samym zamawiający winien wszcząć procedurę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Sam bowiem dokonał stosownych wyliczeń, urealnił wartość wynikającą z kosztorysu inwestorskiego, uwzględniając „*dotychczasową wiedzę historyczną, opierającą się na analizie porównawczej*”. Dlatego też, ale również z uwagi na dotychczasowe doświadczenie zamawiającego na etapie realizacji inwestycji, z wykonawcami, którzy nie byli w stanie zrealizować przedmiotów zamówienia za cenę wskazaną w swojej ofercie, zamawiający powinien rzetelnie wyjaśnić ceny ofert wykonawców Tesgas i PGNiG aby potwierdzić, że zaoferowane przez nich ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu

biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Uprzedzając niejako argumentację, iż w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z obowiązkiem obligatoryjnego wezwania do udzielenia wyjaśnień, gdyż ani cena oferty wykonawcy Tesgas ani cena oferty wykonawcy PGNiG nie jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, odwołujący wskazał, iż powyższe nie zamyka zamawiającemu drogi do zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia w pozostałych przypadkach.

Bez znaczenia również pozostaje charakter określonego przez zamawiającego wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu. W zakresie rażąco niskiej ceny oferty z wynagrodzeniem ryczałtowym należy zauważyć, że zasadność badania kwestii prawidłowości oszacowania przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia zapobiega sytuacjom, w których wybrana oferta pomija wykonanie istotnych z punktu widzenia określenia ceny elementów przedmiotu zamówienia, bądź wycenione w niej zostały rozwiązania konstrukcyjne (materiały) znacznie tańsze od oczekiwanych przez zamawiającego. W takich sytuacjach, jak wskazane powyżej, cena oferty wykonawcy - nawet przy uwzględnieniu charakteru wynagrodzenia, jakie miałby otrzymać w następstwie realizacji zamówienia - będzie nosić znamiona rażąco niskiej, gdyż w kwocie ryczałtu nie będą mieściły się pominięte w ogóle, bądź ujęte nieodpowiednio elementy mające składać się na przedmiot zamówienia. Także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca - profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, które - w razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, co do jej wysokości - wykorzystane będą w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 ustawy Pzp i przełożą się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, niejako naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2016r. KIO 2872/15).

Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno w stosunku do wykonawcy Tesgas jak i wykonawcy PGNiG, w ocenie odwołującego, jest uzasadniony.

Odwołujący podjął również rozważania w aspekcie, czy wykonawcy Ci są w stanie przedstawić obiektywne i indywidualne okoliczności, które pozwoliły tylko im zaproponować ceny odbiegające w takim stopniu zarówno od średniej ceny ofert w postępowaniu, jak i od najniższej ceny obliczonej przez zamawiającego w ramach aktualizacji szacowania wartości zamówienia. Istotna jest bowiem specyfika robót budowlanych, będących przedmiotem tego

zamówienia oraz warunki realizacji projektu, wynikające zarówno z wymagań zamawiającego jak i ukształtowania terenu. Odwołujący wskazał przykładowo na kilka czynników, które nie tylko powodują brak możliwości zastosowania oszczędności, ale znacznie wpływają na podwyższenie wartości robót niezbędnych do wykonania w ramach zamówienia publicznego a są istotnymi elementami, mającymi wpływ na wysokość ceny oferty:

1. Roboty ziemne:

Wykonanie robót w terenach górzystych, powoduje wzrost kosztów wykonania 1 mb robót ziemnych o ok. 100% więcej niż wykonanie tych prac w terenach nizinnych. Poza tym w wielu miejscach występują skały, które należy usunąć (skruszyć i przesiać) a także dokonać wymiany gruntu ze względu na ochronę izolacji rury, co wpływa na dalsze zwiększenie wartości robót ziemnych.

2. Spoiny liniowe i montażowe:

Ze względu na bardzo trudne warunki terenowe (wyzynne, górzyste) na trasie gazociągu DN700 relacji Hermanowice- Strachocina, wykonanie spawania gazociągu będzie możliwe przy przyjęciu następujących proporcji: ok. 50% spoin liniowych i 50% spoin montażowych. Koszty wykonania spoiny montażowej są kilkakrotnie wyższe od wykonania spoiny liniowej. Wydajność wykonania spoin montażowych jest niewspółmiernie niższa od wykonania spoin liniowych, tzn. ich wykonanie jest znacznie bardziej czasochłonne.

Odwołujący wskazał na przykładowe zamówienie, realizowane w terenie płaskim, które obrazują odmienne ilości spoin:

DNI000-Lwówek-Krobia; 113,5 [km]

- 1) Spoiny liniowe - 6628 spoin - 80%
- 2) Spoiny montażowe (luki zimnogięte i indukcyjne; wstawki) - 1660 spoin - 20%

3. Drogi technologiczne

Zgodnie z dokumentacją projektową przekazaną przez zamawiającego, drogi technologiczne należy wykonać wzdłuż całej trasy gazociągu, m.in. ze względu na istniejący w sąsiedztwie czynny gazociąg DN300. Powyższe zostało potwierdzone przez zamawiającego w szczególności w odpowiedziach z 9.09.2016 r., gdzie informuje wykonawców, iż niezbędne jest wybudowanie dróg dojazdowych oraz dróg tymczasowych zaprojektowanych w Dokumentacji Projektowej. Natomiast w odpowiedziach udzielonych w dniach 14 i 16.09.2016 r., zamawiający określa, że transport sprzętu powinien odbywać się pasem budowlano-montażowym, po drodze technologicznej. W tematach, gdzie występują normalne warunki gruntowe, istnieje możliwość zastosowania bardziej oszczędnego wykonania, poprzez odcinkowe ułożenie dróg na czas wykonania danego odcinka robót i ich przełożenie na dalszy etap.

4. Sprzęt

W celu wykonania prac w terenie górzystym, tzn. roboty ziemne oraz układka gazociągu w wykopie, wymaga użycia specjalistycznego sprzętu oraz jego zabezpieczenia i przygotowania miejsca do umiejscowienia. Wiąże się to z koniecznością wykonania m.in. dodatkowych wzmocnień skarp, przygotowania podestów dla sprzętu budowlanego. W tym zakresie żaden z wykonawców nie jest w stanie wprowadzić oszczędności, gdyż wymogi odpowiedniego zabezpieczenia sprzętu oraz specjalistycznej kadry technicznej do jego obsługi, wynikają nie tylko z wymagań zamawiającego, określonych w dokumentacji projektowej, ale również z przepisów o Bezpieczeństwie i Higienie Pracy.

Zgodnie z obliczeniami odwołującego, wartość w/w robót i prac, wykonanych w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego, przekracza 50% wartość ceny oferty.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Oferta odwołującego jest trzecią w kolejności, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert. Co najistotniejsze, cena oferty odwołującego jest najniższą, odpowiadającą minimalnej wartości zamówienia, określonej przez zamawiającego w aktualizacji szacunkowej wartości zamówienia. Ceny ofert: wykonawcy Tesgas i wykonawcy PGNiG, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie uwzględniają trudnych warunków realizacji robót będących przedmiotem zamówienia oraz wszelkich wymagań postawionych przez zamawiającego, tj. ceny te są nierealne, a wykonawcy ci nie są w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia, za ceny wskazane w swoich ofertach, bez uszczerbku zamawiającego. W ocenie odwołującego, wykonawca Tesgas oraz wykonawca PGNiG, nie są w stanie przedstawić wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które uzasadniałyby tak daleko idące obniżenie ceny ich ofert. W związku z powyższym, w przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący będzie miał możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający, w dniu 28 listopada 2016 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że cena kosztorysu

inwestorskiego w przedmiotowym postępowaniu, w swym zakresie, zawierała szereg nieścisłości względem aktualnego stanu faktycznego, tj:

- 1) kosztorys inwestorski zawierał pozycję obejmującą pełną wycinkę drzew, natomiast w rzeczywistości wykonano już wycinkę drzew dla obszaru Lasów Państwowych, o wartości kosztorysowej 12,9 mln,
- 2) kosztorys inwestorski zawierał założenie, że w zakresie budowy dróg montażowych zostanie wykorzystany pełny zakres materiałów, natomiast wbrew temu zamawiający szacuje, że powinno się założyć odzysk materiałów, co najmniej dla płyt betonowych - 75% i kruszyw - 50% - niniejsze powoduje obniżenie wartości kosztorysowej o 5,9 mln
- 3) kosztorys inwestorski zawierał nadmiar spoin ogółem (o ok. 1470 szt.), nadmiar spoin montażowych (o ok. 2700 szt.), niedobór spoin liniowych (o ok. 1230 szt.), co powoduje nieuzasadniony wzrost kosztów na spawaniu- 14,1 mln, badaniu spoin-0,7 mln i izolacji spoin - 0,5 mln,
- 4) suma wartości przyjętych do aktualizacji szacowania wartości zamówienia dla robót budowlanych (suma określonych pozycji ZZK) jest zawyżona o 5,9 mln jako wynik błędnego obliczenia,

Łączna wartość uwzględnionych w kosztorysie robót, które powinny być odjęte od realnej wartości kosztorysowej przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem stanowi 40,0 mln, zatem pierwotna wartość kosztorysowa winna wynieść ok. 218,2 mln PLN.

Dodatkowo szereg pozycji kosztorysowych zostało w wyraźny sposób przeszacowanych. Przykładowo, w przypadku zabezpieczenia wykopów obudowami (np. boks typu 80 Koprak z nadstawką), dla pozycji kosztorysowej obejmującej wykonanie zabezpieczeń na długości 17.045 m. przyjęto wartość 56 tys. PLN, natomiast wg szacunków zamawiającego ta wartość winna nie być wyższa niż 18,6 tys. PLN, co dla tej jednej pozycji daje już oszczędność na poziomie 37,4 mln. PLN. Jeżeli zatem od 218,2 mln PLN odejmiemy tylko tę jedną różnicę, wówczas wycena inwestorska całego asortymentu zamówienia powinna wynieść 180,2 mln PLN, a więc na poziomie zbliżonym, a nawet niższym, niż przyjęta przez zamawiającego wartość przedmiotowego zamówienia ustalona w oparciu o współczynnik korygujący, tj. 188.480.273,94 PLN.

Zamawiający nie wdając się w polemikę na temat możliwego obniżenia poziomu cen na poszczególnych asortymentach robót przez wykonawców, wskazał powyżej wyłącznie dla przykładu jedną z pozycji kosztorysu inwestorskiego, która została przeszacowana w sposób wyraźny - niniejsze bez wątpienia ma wpływ choćby na relację poziomu cen zaproponowanych przez wykonawców. Jeśli zatem weźmiemy pod uwagę ceny ofertowe konsorcjum Tescas i PGNIG Technologie S.A. w stosunku do przywołanej kwoty 180,2 mln, wówczas obniżki cenowe kształtują się na poziomie odpowiednio 15% i 10%, co nie jest obniżką, która mogłaby wzbudzać po stronie zamawiającego wątpliwości, co do realności

poziomu zaoferowanej ceny. Przekonanie zamawiającego jest tym bardziej uzasadnione, że metoda obliczania szacunkowej wartości dla potrzeb opracowywanych kosztorysów inwestorskich posługuje się powszechną na rynku metodą KNR-ów, gdzie wiedzą powszechną jest fakt, że przyjęte ceny wykorzystują dostępne publikatory, które agregują koszty w sposób zawyżony w stosunku do realiów rynkowych.

Odnosząc się do twierdzenia odwołującego, jakoby wykonawcy: konsorcjum Tesgas oraz PGNIG Technologie S.A., nie byli w stanie przedstawić wyjaśnień, w szczególności przedstawić dowodów, dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny, zauważyć należy, że twierdzenie takie nie zostało poparte żadnymi dowodami. Obaj ci wykonawcy wzięli udział w wizji terenowej, a zatem zapoznali się z Terenem Budowy, a także warunkami lokalnymi oddziaływanymi na wykonanie przedmiotu umowy. W trakcie wizji terenowej zorganizowanej przez zamawiającego obaj wykonawcy oświadczyli, że odbyli już wcześniej wizję terenową całej trasy gazociągu, a nie tylko wybranych odcinków trasy objętych zakresem wizji lokalnej określonej przez zamawiającego (tj. odcinków trudnych i zarządzanych przez zamawiającego).

W zakresie przywoływanych przez odwołującego czynników w sposób znaczący wpływających na zwiększenie ceny oferty w postępowaniu, zamawiający zwrócił uwagę, iż:

1. Roboty ziemne

Wykonywanie robót ziemnych w terenach górzystych przy odpowiedniej i właściwej organizacji prac, na którą zamawiający zwracał szczególną uwagę zarówno w s.i.w.z. jak i podczas Wizji Terenowej, przy wykorzystaniu właściwie dobranego sprzętu oraz odpowiednim wykorzystaniu rozwiązań technologicznych jest w stanie ograniczyć koszty lub nieznacznie podrożyć w porównaniu do terenów nizinnych. Jednocześnie należy zauważyć, że wykonywanie prac w terenach o mniejszym zróżnicowaniu terenowym, ale ze znacznie mniej korzystnymi warunkami geologicznymi (np. w terenach mocno zawodnionych) może powodować znacznie większy wzrost wartości wykonania robót aniżeli w przypadku, gdy teren jest mocno zróżnicowany, lecz występują znacznie stabilniejsze warunki geologiczne (jak w Postępowaniu). Dodatkowym aspektem jest fakt, że zamawiający w obecnym postępowaniu dopuszcza technologię zasypu gruntem rodzimym, rozkruszonym do wymaganej ziarnistości i nie zachodzi konieczność jego wymiany. A zatem przywołany przez odwołującego argument wzrostu kosztów o 100% jest znacząco przesadzony.

2. Spoiny liniowe i montażowe

W przedmiotowym postępowaniu przyjęty stosunek spoin montażowych do spoin liniowych został przyjęty na poziomie 60%/40% (3535 spoin liniowych oraz 2355 spoin montażowych). Zamawiający założył, że przy odpowiednim doświadczeniu oraz odpowiedniej organizacji prac, ilość spoin montażowych będzie ograniczana do minimum. Odwołujący słusznie wskazał w odwołaniu, że ilość spoin montażowych w stosunku do

liniowych w postępowaniu może się różnić od ilości na gazociągach przebiegających przez tereny nizinne. Fakt ten jest powszechnie znany i każdy wykonawca uwzględnia to we własnej wycenie. Przy czym istotne jest, że poszczególni wykonawcy mogą mieć różne koszty wykonania takich spoin, głównie w zależności od tego, czy wykonują je siłami własnymi czy korzystają z podwykonawców. Rynkowa rozbieżność przy wykonywaniu spoin montażowych jest bardzo duża i waha się w przedziale od 4000 do 11000. Tak więc przy dużej ilości spoin różnica w wycenie może być znacząca.

3. Drogi technologiczne

Zgodnie z dokumentacją postępowania, drogi technologiczne faktycznie należy wykonać wzdłuż całej trasy gazociągu. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że w zależności od sytuacji terenowej przewidziane są różne konstrukcje drogi montażowej. „Specjalne” konstrukcje drogi montażowej przewidziano w miejscach, gdzie występują trudne warunki wykonania. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem odwołującego, że transport powinien odbywać się z wykorzystaniem pasa montażowego, co jest rozwiązaniem technologicznym stosowanym powszechnie. Należy jednakże zwrócić uwagę na fakt, że przeważająca większość drogi montażowej zlokalizowana jest w miejscu niewystępowania istniejącego gazociągu DN300. Podczas normalnego prowadzenia prac i konieczności ciągłego użytkowania dróg montażowych zasugerowane w odwołaniu wykonywanie odcinkowe i późniejsze ich przekładanie praktycznie nie ma zastosowania, tak więc na każdym projekcie gdzie przewidziano drogi montażowe są one wykorzystywane przez cały okres budowy. Dodatkowo odpowiednie przygotowanie dróg montażowych może wręcz spowodować ograniczenie kosztów oraz usprawnić transport i sposób poruszania się wzdłuż trasy zaprojektowanego gazociągu z uwagi na niewystępowanie problemów związanych np. ze zmiennymi warunkami pogodowymi, które mogą w sposób znaczący wpływać na ruch sprzętu oraz transport materiałów na dany odcinek montażowy.

4. Sprzęt

Specjalistyczny sprzęt przeznaczony do realizacji przedmiotowego zamówienia, jedynie z jednostkowymi wyjątkami, nie będzie odbiegał od sprzętów stosowanych przy realizacji zadań w innym terenie. To do każdego wykonawcy należy takie dostosowanie posiadanego zaplecza, aby był w stanie zrealizować tę inwestycję w zgodzie ze sztuką oraz wymaganiami BHP. Przy realizacji przedmiotu postępowania głównie liczy się posiadane doświadczenie przy realizacji inwestycji gazociągowych oraz bardzo dobra organizacja i zaplanowanie prac budowlano - montażowych. Przywołane przez odwołującego dodatkowe prace przygotowawcze występują na każdej realizowanej inwestycji w różnym stopniu skomplikowania, tzn. każdorazowo przy realizacji robót budowlano - montażowych mogą i z reguły występują różne indywidualne rozwiązania techniczne i technologiczne, które podlegają indywidualnej kalkulacji i mogą wpływać na wartość kontraktu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości popiera argumentację przedstawioną przez zamawiającego oraz przystępującego konsorcjum Tesgas.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, iż jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.37));

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepis powyższy, należy interpretować w ten sposób, że jego zastosowanie skierowane jest tylko i wyłącznie do zamawiającego.

Potwierdzeniem powyższej tezy jest bowiem sformułowanie użyte przez ustawodawcę, cyt: „budzi wątpliwości zamawiającego”, co oznacza, że jedynym i wyłącznym dysponentem zastosowania tego przepisu jest i może być zamawiający, gdyż to on, jako dysponent środków publicznych, jednocześnie organizator postępowania, badający złożone oferty, w tym oceniając realność zaproponowanych cen ofertowych, jest władny podjęcia ustaleń w tym zakresie. Nadto ustawodawca, w omawianym przepisie nie bez przyczyny określił próg realności, po przekroczeniu, którego następuje obowiązek badania ceny ofertowej, pod kątem rażąco niskiej ceny. Skoro zatem ustawodawca uchwalił mocą ustawy wysokość tego progu na 30%, to dopiero po jego przekroczeniu zamawiający zobowiązany jest podjąć czynności określone przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przeciwnie twierdzenie, które proponuje odwołujący, prowadziłoby do znacznej kompensacji formalizmu postępowania, które nie znajduje swojego uzasadnienia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający albowiem, wykazał w sposób prawidłowy i dostateczny, że przedmiot zamówienia możliwy jest do zrealizowania za cenę oferty najkorzystniejszej, powołując w tym zakresie przykład podobnego zamówienia, które zostało ostatecznie i pozytywnie zrealizowane. Skoro zatem zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, a takie zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, muszą wystąpić, to niezasadne jest, niejako na siłę, wymuszanie przez odwołującego wywołania takowych na zamawiającym. Podkreślić należy, że zamawiający, jako samodzielny podmiot, profesjonalnie zorientowany na realizację tego rodzaju zamówień, ma pełną świadomość podejmowanych decyzji, które w przedmiotowym postępowaniu zostały przez zamawiającego udowodnione.

Ponadto wskazać należy, iż próg 30%, skutkujący obligatoryjnym zastosowaniem procedury wyjaśniającej, nie został osiągnięty ani w odniesieniu do wartości zamówienia, ani w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Cena oferty konsorcjum Tesgas jest bowiem niższa od średniej ofertowej o 25,48%, natomiast od wartości zamówienia o 18,29%. Nawet jeżeli przyjąć, iż wartość przedmiotowego zamówienia powinna wynosić, jak sugeruje odwołujący 211.717.000 PLN, wówczas również próg 30% nie zostanie osiągnięty i będzie wynosił odpowiednio 27,27% dla oferty konsorcjum Tesgas oraz 23,72% dla oferty PGNiG Technologie S.A.

Dodatkowo na uwagę zasługuje również fakt, że różnice między ceną oferty odwołującego a cenami zaoferowanymi przez konsorcjum Tesgas oraz przez PGNiG Technologie S.A. są relatywnie niewielkie i wynoszą odpowiednio: 17,65% oraz 13,64%. Co więcej, na zbliżonym poziomie cenowym znajduje się również oferta sklasyfikowana na pozycji nr 4, z ceną netto na poziomie 191.562.100 PLN, czyli o 19,4% droższą niż cena oferty najkorzystniejszej.

Powyższe oznacza, że na gruncie przedmiotowego postępowania nie było znaczących różnic cenowych pomiędzy pierwszymi 4 ofertami, co pozwala przyjąć, że ceny zaoferowane przez konsorcjum Tesgas oraz PGNiG Technologie S.A. są na realnym, rynkowym poziomie.

Nawet uwzględniając cenę trzech kolejnych, dużo droższych od pozostałych ofert, kwestionowane przez odwołującego ceny ofert konsorcjum Tesgas oraz PGNiG Technologie S.A. nie osiągają poziomu poniżej 30% średniej arytmetycznej cen ofertowych w postępowaniu.

W odniesieniu do przesłanki zastosowania procedury wyjaśniającej należy zauważyć, że zamawiający nie miał w przedmiotowej sprawie żadnych powodów by uznać, że nawet pomimo nieosiągnięcia progu 30%, kwestionowane przez odwołującego oferty zawierają ceny budzące uzasadnione wątpliwości, co do ich realności i podawać tym samym w wątpliwość możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia przez konsorcjum Tesgas lub PGNiG Technologie S.A.. Zdaniem Izby, zamawiający, jako inwestor posiadający wyjątkowo duże doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do będącego przedmiotem postępowania, ma szeroką wiedzę na temat realnych, możliwych do osiągnięcia cen za budowę 1 km gazociągu wysokiego ciśnienia, co umożliwia mu rzetelną weryfikację zaoferowanych cen w oparciu o dotychczasowe zamówienia.

Zaoferowana w postępowaniu przez Konsorcjum Tesgas cena budowy 1 km gazociągu kształtuje się na poziomie 2.139.000 PLN. Tymczasem w zamówieniu, na podstawie którego zamawiający ustalił współczynnik korekcyjny dla obliczenia wartości zamówienia w postępowaniu, tj. zamówieniu na budowę gazociągu DN700 Rembelszczyzna-Gustorzyn, cena wybranej oferty w przeliczeniu na 1 km gazociągu wyniosła ok. 1.187.000 PLN. Przy czym podkreślić należy, że zadanie to zostało już pomyślnie ukończone, a więc cena 1.187.000 PLN za budowę 1 km gazociągu okazała się być wystarczająca do wykonania zamówienia. Biorąc pod uwagę różnice pomiędzy tymi inwestycjami, uzasadniające wyższe koszty budowy 1 km gazociągu będącego przedmiotem postępowania (przede wszystkim ze względu na ukształtowanie terenu, morfologię gruntu, bliskość czynnego gazociągu oraz ograniczenia wynikające z decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych), a także skale obu zamówień (72 km wobec 160 km) w ocenie Izby, różnice w kosztach budowy 1 km powinny kształtować się na poziomie 50-90%. Tymczasem uzyskana cena za 1 km w postępowaniu okazała się o 80% wyższa, niż w przypadku gazociągu Rembelszczyzna-Gustorzyn. W ocenie Izby, tak duża różnica świadczy o tym, że cena ta jest nie tylko całkowicie realna, ale wręcz z nawiązką kompensuje wykonawcom wskazane powyżej większe koszty budowy 1 km gazociągu.

Odnosząc się do dokumentów (dowodów) zgłoszonych przez odwołującego, Izba stwierdziła, że nie potwierdzają one tez stawianych przez odwołującego, dlatego też na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, Izba odmówiła ich przeprowadzenia stwierdzając, że zostały one powołane jedynie dla zwłoki postępowania.

Zarówno zdjęcia, informacje prasowe, samodzielne wyliczenia czy też wyciąg z protokołu kontroli nie potwierdzają okoliczności, na które powoływał się odwołujący, a mianowicie nie

potwierdzają, iż zamawiający w oparciu o te informacje winien wszcząć procedurę opisaną przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przyjąć zatem należało, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi dowodowemu wynikającemu z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stwierdzając, iż zarzut ten mógłby być zasadnie podnoszony jedynie w sytuacji, gdyby zamawiający zastosował art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Stawianie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę bez wstępnej czynności badania przez zamawiającego tej ceny, uznać należało za przedwczesny.

W konsekwencji, za bezzasadne, Izba uznała również zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: