

WYROK
z dnia 17 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2015 r. przez **Geofizyka Toruń S.A., ul. Chrobrego 50, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **United Oilfield Services Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Geofizyka Toruń S.A., ul. Chrobrego 50, 87-100 Toruń** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Geofizyka Toruń S.A., ul. Chrobrego 50, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Geofizyka Toruń S.A., ul. Chrobrego 50, 87-100 Toruń** na 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 uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) 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 *„Akwizycja sejsmiczna, przetwarzanie i interpretacja danych sejsmicznych oraz rozpoznanie warunków hydrogeologicznych na obszarze koncesji nr 33/2013/p na rozpoznanie złoża soli kamiennej w wysadzie solnym Damasławek”*.

Dnia 26 maja 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 3 czerwca 2015 roku wykonawca Geofizyka Toruń S.A., ul. Chrobrego 50, 87-100 Toruń (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty United Oilfield Services Sp. z o.o. pomimo, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty United Oilfield Services Sp. z o.o. pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty tj. podlegającej odrzuceniu, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz podlegającej odrzuceniu jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty United Oilfield Services Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie jako, że jej złożenie stanowił czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 4) przyznanie zwrotu kosztów postępowania odwołującemu od zamawiającego według norm przepisanych.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część 1, 2, 3, 4 zamówienia oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) przyznanie odwołującemu się kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący się, którego oferta została uznana jako następna co do waloru korzystności po ofercie UOS, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, 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.

Odwołujący wskazał, iż „*Głównym elementem kosztowym zamówienia jest wykonanie punktów wzbudzania tabela 1, pozycja 1. „prace polowe (1200 kanałów 4 wib x 2 sw., 14s)”. Koszt realizacji zadania nr 1 wynosi w ofercie Odwołującego się: 3 818 964,35 zł netto, zaś sam tylko koszt wzbudzania punktów sejsmicznych wynosi 3 371 000,00 zł netto, co stanowi 88,27% całości zadania nr 1. Zaoferowane przez Geofizykę Toruń S.A. wynagrodzenie za punkt wzbudzania w wysokości 250 zł zostało rzetelnie skalkulowane w oparciu o rzeczywiste koszty, które gwarantują realizację zadania zgodnie z wymogami SIWZ i przepisami prawa. Jest to cena bez narzutów i odzwierciedla w całości koszty proste i amortyzację. Zauważyć należy, że spółka UOS wyceniła tę pozycję na 126,29 złotych za punkt wzbudzania. Średnia cena oferentów wynosi 193 złote i jest najniższa w historii przetargów publicznych i niepublicznych dotyczących prac sejsmicznych wykonywanych w Polsce. Cena UOS za punkt wzbudzania wynosi zaledwie 65% średniej ceny wszystkich*

oferentów. W opinii Odwołującego się, popartej przeszło 40 letnim doświadczeniem w wykonywaniu prac sejsmicznych w Polsce, gdzie Geofizyka Toruń jest liderem na rynku krajowym, zaproponowana cena nie daje możliwości wykonania prac w sposób rzetelny, zgodny z prawem i odpowiadający wymogom Zamawiającego wskazanym w SIWZ. Specyfika przedmiotu zamówienia, powoduje, że głównym elementem cenotwórczym jest akwizycja sejsmiczna, a w niej wynagrodzenie za punkt wzbudzenia. W związku z tym ocenie powinno podlegać nie tylko całościowe wynagrodzenie oferowane przez wykonawcę, ale również poszczególne elementy składające się na to wynagrodzenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy we wszystkich ofertach to właśnie wynagrodzenie za punkt wzbudzenia w przeważającej mierze buduje całą cenę. Dodać należy, że ewentualne argumenty o skalkulowaniu zysku w innych częściach formularza, są o tyle niezasadne, iż UOS zadania polegające na przetwarzaniu i interpretacji danych oraz badaniach hydrogeologicznych zamierza wykonać przez podwykonawców.

W ocenie Odwołującego się, nie ma możliwości wykonania przedmiotowych prac za powyższą cenę bez osiągnięcia straty przez UOS. Odnosząc się do wyjaśnień UOS z dnia 15 maja 2015 r. należy zauważyć, iż są one nierzetelne oraz nie mogą stanowić dowodu na zaoferowanie ceny nie spełniającej kryterium rażąco niskiej. Wyjaśnienia UOS, w żaden sposób nie wykazują iż wystąpiły szczególne uwarunkowania, uniemożliwiające złożenie oferty tak dalece odbiegającej od wartości zamówienia.

UOS skalkulował cenę przy założeniu wydajności 675 punktów wzbudzenia dziennie, co jest w ocenie Odwołującego się zupełnie nierealne. Powołuje się przy tym na wyjątkowość swoich rozwiązań technicznych, który to argument jest zupełnie chybiony i nie może wpływać na wydajność. Zawyżona wydajność do 675 PW/dzień, tj. o ponad 59 % w stosunku do realnych 400 PW/dzień wymaga szerszej analizy:

Zakładanie znacznego wzrostu wydajności i redukcji zatrudnienia z tytułu zastosowania wyłącznie sprzętu bezprzewodowego, przy założeniu spełnienia standardowych wymagań jakościowych jest czysto teoretyczne gdyż:

- 1 rozpoczęcie akwizycji powinno następować po przetestowaniu i poprawieniu wszystkich kanałów co wiąże się z zapewnieniem komunikacji z każdą skrzynką RAU rozstawioną w terenie co 10m w celu zebrania istotnych danych,
- 2 z powodu długości rozstawu czynnego 12 000 m zalety systemu bezprzewodowego mogą być mniej efektywne niż konwencjonalnego systemu kablowego,
- 3 monitorowanie jakości materiałów odbywa się z opóźnieniem podyktowanym częstotliwością sczytywania ich ze skrzynek RAU i dostarczaniem do serwera w aparaturze,
- 4 określony przez Zamawiającego interwał pomiarowy pomiędzy punktami odbioru (10 m) dodatkowo powoduje bardzo duże zagęszczenie skrzynek RAU, widocznych przez

urządzenie służące do sczytywania danych z jednego miejsca wydłużając znacznie czas potrzebny na sczytanie danych, a czasami wręcz je uniemożliwiając powodując „zawieszanie” się procesu przesyłu danych. W takich przypadkach konieczny jest tzw. reset skrzynek (fizyczne odpięcie baterii zasilającej od skrzynki RAU) co znacznie wydłuża czas pozyskania danych lub samego procesu kontroli rozstawu,

- 5 zakładanie rozpoczęcia rejestracji bez sprawdzenia jakości rozstawu oraz jej kontynuacji bez ciągłego podglądu jakości rozstawu oraz wysokości szumów niesie z sobą ryzyko uzyskania niekompletnych, słabej jakości danych, o niskim stosunku sygnału użytecznego do szumu, co może bardzo istotnie wpłynąć na stopień rozwiązania skomplikowanego zadania geologicznego związanego z wysadem solnym, a zatem istnieje ryzyko marnotrawstwa środków publicznych przez Zamawiającego,
- 6 ten sam proces, czyli zapis danych sejsmicznych oraz monitorowanie parametrów jakościowych rozstawu sejsmicznego (oporność, pionowość, upływność itp.), w przypadku zastosowania systemu kablowego odbywa się w czasie rzeczywistym. Dodatkową przewagą użycia systemu kablowego lub mieszanego (kablowego i bezkablowego) jest możliwość oceny w czasie rzeczywistym całości lub części zarejestrowanych danych sejsmicznych.

Nadmienić należy, że system bezkablony, na który powołuje się UOS jest również w posiadaniu Odwołującego się oraz innego wykonawcy - Geofizyki Kraków S.A., i nie stanowi żadnej unikatowej technologii w stosunku do przedmiotu zamówienia jak i sposobu realizacji prac. UOS w swoich wyjaśnieniach podaje również, że zakładana wydajność jest możliwa do uzyskania dzięki porze roku w jakiej planowane jest wykonanie projektu, kiedy to jest możliwość prowadzenia prac w większym wymiarze, wskazując przy tym stosowanie systemu zmianowego i maksymalnego wykorzystania dnia. Nie jest to rozwiązanie odmienne od standardu w branży usług geofizycznych, gdzie wszystkie podmioty maksymalnie wykorzystują długość dnia i prowadzą prace w trybie zmianowym. Również ta okoliczność nie stanowi żadnej przewagi nad konkurentami, pozwalającej na zaproponowanie tak rażąco niższej ceny. Również argument o użyciu unikalnych, bo już nieprodukowanych wibratorów typu Thomas, których wyprodukowano łącznie jedynie 11 sztuk i poruszających się z prędkością 70km/h po drogach publicznych również jest tu mało znaczący. Wibratory w czasie akwizycji pracują na liniach profili przeważnie na polach, a wykorzystanie ich potencjalnych szybkości przy inerwałach wzbudzenia 10m jest zerowe, a zatem twierdzenie o zaoszczędzeniu 20% czasu w porównaniu z innymi wibratorami jest nieprawdziwe. Projekt składa się z 8 profili sejsmicznych więc przejazdy między nimi stanowią ułamek procenta łącznego czasu pracy. Dodatkowo założenie używania węższych wibratorów, co miałyby usprawnić poruszanie się po drogach polnych, a zwłaszcza na leśnych, wąskich duktach” - cytata z wyjaśnienia UOS - nie ma tu zastosowania, ponieważ na planowanym temacie nie

ma dużych kompleksów leśnych, a zastosowanie w nich wąskich opon (mniejszy styk opony z powierzchnią gruntu) będzie powodowało powstawanie dużo głębszej koleiny podczas przejazdu przez pola uprawne niż wibratorów z szerokimi oponami. Powyższa sytuacja będzie również miała wpływ na wysokości wypłacanych właścicielom gruntów odszkodowań (w przypadku głębszej koleiny niezbędne są droższe zabiegi rekultywacyjne), co prawdopodobnie również nie znalazło odzwierciedlenia w złożonej przez UOS ofercie i poddaje pod wątpliwość prawidłowe przygotowanie podstawowych założeń do projektu oraz przeprowadzenia zwiadu terenowego, o którym pisze w swoich wyjaśnieniach.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że Geofizyka Toruń SA. także założyła zastosowanie sprzętu bezprzewodowego i z bardzo bogatego doświadczenia naszej Spółki, która realizowała prace sejsmiczne w różnych częściach Polski, wynika, iż na terenie kraju nie ma możliwości osiągnięcia wyższej wydajności średniej niż 400 punktów wzbudzenia na dzień, przy zapewnieniu spełniania wszystkich standardowych parametrów.

Wysokość wynagrodzenia pracowników w trakcie realizowania projektów sejsmicznych, ze względu na dużą ich ilość potrzebnych przy świadczeniu tych usług, jest czynnikiem mającym podstawowe znaczenie dla kosztów poniesionych przez podmioty działające na tym rynku, a zatem jest to kwestia posiadająca kluczowe znaczenie dla konkurencyjności postępowania. Zastępowanie wymaganych umów o pracę umowami cywilnoprawnymi stanowi niezgodne z przepisami prawa obejście obowiązujących przepisów prawa pracy. Z tego powodu UOS w sposób niedozwolony zaoszczędza na kosztach, ale jednocześnie pracownicy nie są chronieni przez prawo pracy (np. w zakresie czasu pracy) i nie są odprowadzane składki do systemu ubezpieczeń społecznych. Ma to istotny wpływ na poziom ceny, jaką zaproponował UOS. Dodatkowo wyjaśnienia wymaga, czy stosowanie umów cywilnoprawnych, przy deklarowanym zmianowym charakterze pracy, nie stanowi obejścia przepisów o obowiązującym czasie pracy. UOS w swoich wyjaśnieniach wskazał na 57 osób przy „Civil Contract”, a przy zmianowym charakterze pracy takich osób powinno być dwa razy więcej, a więc 114 osób. Bazując na własnym doświadczeniu i wiedzy Odwołujący się założył wydajność 400 punktów na dzień dla parametrów wzbudzenia określonych w SIWZ. Przy takiej wydajności akwizycja danych sejsmicznych (13 484 punkty wzbudzenia) zostanie wykonana w ciągu 34 dni, przy zaangażowaniu 189 pracowników, 5 wibratorów i 47 pojazdów. W ocenie Odwołującego się, jest przejawem niezdrowej konkurencji zastosowanie umów zlecenia / umów o dzieło na stanowiskach wykonujących pracę pod bezpośrednim nadzorem pracodawcy. Umowa-zlecenie czy umowa o dzieło nie zakłada nadzoru pracodawcy, podporządkowania przełożonemu i nie powinna mieć zastosowania dla pracowników grupy sejsmicznej, przy takim charakterze obowiązków. Ponadto należy wskazać, że zatrudnianie na stanowisku pomiarowego geofizycznego i brygadzysty-pomiarowego geofizycznego w świetle obowiązującego prawa dopuszczalne jest wyłącznie

na podstawie umowy o pracę, a nie na podstawie umowy zlecenia. W treści stosunku prawnego zatrudnionego na stanowisku pomiarowego geofizycznego i brygadzysty-pomiarowego geofizycznego występuje cecha podporządkowania, która jest szczególnie istotnym elementem konstrukcyjnym stosunku pracy. Sąd Najwyższy wskazuje na takie elementy podporządkowania pracownika pracodawcy jak: określony czas pracy i miejsce wykonywania czynności, podpisywanie listy obecności, podporządkowanie pracownika regulaminowi pracy oraz poleceniom kierownictwa co do miejsca, czasu i sposobu wykonywania pracy oraz obowiązek przestrzegania norm pracy, obowiązek wykonywania poleceń przełożonych, wykonywanie pracy zmianowej i stała dyspozycyjność, dokładne określenie miejsca i czasu realizacji powierzonego zadania oraz ich wykonywanie pod nadzorem kierownika (wyrok SN z 11.01.2008r., I PK 182/07, wyrok SN z 12.05.2011r., II UK 20/11). Na podstawie obowiązujących przepisów nie jest dopuszczalne i zgodne z prawem zatrudnianie na stanowisku pomiarowego i brygadzysty-pomiarowego geofizycznego na podstawie umowy cywilnoprawnej, np. umowy zlecenia. Ponadto oceny charakteru umowy należy dokonywać nie tylko na podstawie przyjętych przez jej strony postanowień, które mogą mieć na celu stworzenie pozoru innej umowy, lecz także na podstawie faktycznych warunków jej wykonywania (wyrok SN z 05.05.2010r., I PK 8/10).

W konsekwencji UOS dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Dnia 5 czerwca 2015 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca United Oilfield Services Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa.

Przystępujący wskazał, co następuje.

„Cena oferty złożonej przez przystępującego jest niższa o jedynie 21% od średniej wszystkich ofert, zatem nie sposób uznać jej za rażąco niską. Natomiast kryterium proporcji ceny oferty do budżetu zamawiającego zostało naruszone przez wszystkich czterech wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2014 r. sygn.. akt KIO 1174/14 przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty. Dlatego pominąć należy wszystkie szczegółowe wywody odwołującego i dowody składane na ich poparcie, a dotyczące ceny za punkt wzbudzenia. Warto zauważyć, że przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest akwizycja sejsmiczna, przetwarzanie i interpretacja danych sejsmicznych oraz rozpoznanie warunków hydrogeologicznych na obszarze koncesji nr 33/2013/P na rozpoznanie złoża soli

kamiennej w wysadzić solnym Damastawek. Nie jest nim zatem wykonanie wzbudzenia sejsmicznego 13.484 punktów, lecz kompleksowe wykonanie usługi. Cena ma zgodnie z umową charakter ryczałtowy. Podobnie, kryterium oceny ofert stanowi cena, czyli całkowity koszt prac powierzonych, a nie cena jednostkowa za wzbudzenie jednego punktu. Dlatego wypada przejść do porządku dziennego nad wielostronicowymi dywagacjami pełnomocników odwołującego, a dotyczącymi rzekomego zaniżenia ceny jednostkowej za punkt wzbudzenia w ofercie przystępującego.

Pozostała część odwołania jest o tyle interesująca, że stanowi demagogiczną próbę przedstawiania wad organizacyjnych i technicznych oferty Geofizyki Toruń S.A. jako jej zalet.

Po pierwsze, odwołujący próbuje obrócić na swoją korzyść błędy popełnione w interpretacji założeń projektu, co jest zgodne z ogólną linią odwołania. Twierdzenie Geofizyki Toruń, że przy założonych parametrach w SIWS można realnie wykonać 400 punktów na dzień, można rozumieć tylko w ten sposób, że Geofizyka Toruń mimo 40 lat doświadczenia nie jest w stanie poradzić sobie z zadaniem wykonania więcej niż 400 punktów wzbudzenia na dzień. Zespół United Oilfield Services, który składa się z byłych pracowników Geofizyki Toruń, Geofizyki Kraków i CGG oraz potrafił wypracować takie metody organizacji pracy oraz połączyć technologie stosowane w wymienionych firmach, by znacznie przekroczyć tę normę. Parametry wzbudzenia założone w metodyce wykonania prac sejsmicznych (punkt 4.1.7 załącznika nr 2 do umowy) oraz wcześniejsze doświadczenia przystępującego pokazują, że przy trybie dwuzmianowym pracy można z powodzeniem znacznie więcej niż 400 punktów wzbudzenia dziennie. Zauważyć trzeba, że interwały punktów odbioru fali sejsmicznej wynoszące 10m znacznie ułatwiają komunikację między skrzynkami RAU, gdyż z jednego miejsca można sczytać więcej skrzynek. Im mniejszy interwał między skrzynkami, tym szybsze sczytywanie danych ze względu na odległości między nadajnikiem sygnału czyli skrzynką RAU a odbiornikiem czyli urządzeniem sczytującym, jest to prosta zasada działania której nie można podważyć. Odwołujący, co bardzo możliwe, w kalkulacji swojej oferty pominął ten aspekt i dlatego założył długie czasy sczytywania danych ze skrzynek pomiarowych. Poprawki, które zostały wprowadzone przez producenta systemu UNITE, firmę SERCEL w roku 2013 i 2014 usprawniły proces sczytywania danych, poza tym producent dalej wspiera system wprowadzając wciąż nowe poprawki usprawniające prace w związku z tym nie występują zawieszania spowodowane sczytywaniem danych; argument podany przez pełnomocników odwołującego jest czczym gołostwem. Odwołujący podnosi, że z powodu długości rozstawu czynnego punktów odbiorczych wynoszącego 12.000 m, zalety systemu bezprzewodowego mogą się ujawnić w pełni. W istocie odwołujący raczy nie zauważać, że najdłuższa z linii ma prawie 22 000 m, 4 linie po około 18 000 - 19 000 m, natomiast 3 po około 12 000 m. W związku z tym jedynie na nie więcej niż 40 000 m linii wzbudzenia z łącznej długości 8 profili wynoszącej ok. 134

km rozstaw czynny będzie rzeczywiście miał 12 000 m. Natomiast na pozostałym obszarze będzie mniejszy i najmniejsza jego długość będzie wynosiła jedynie 6000 m, a w związku z tym znacznie efektywniejszym wydaje się system bezprzewodowy. Tu znów ujawnia się błąd kalkulacyjny Geofizyki Toruń, która prawdopodobnie przyjęła, że 1200 kanałów czynnych przemnożone przez interwał punktów odbioru wynoszący 10 m daje niezmienną długość rozstawu czynnego wynoszącą 12.000 m bez uwzględnienia rzeczywistej długości pracującego rozstawu aktywnego na profilach.

Po drugie, odwołujący próbuje udowodnić, że system bezprzewodowy jest gorszy od kablowego, natomiast są to równorzędne systemy produkowane przez tę samą firmę. W zasadzie nie potwierdza to żadnym dodatkowym dokumentem wystawionym przez producenta o wadliwości systemu. Odwołujący może mówić jedynie o wadach systemu bezprzewodowego, które ujawniły się w jego działalności, a wynikają prawdopodobnie z wadliwej organizacji projektów, braków w wyszkoleniu personelu obsługującego sprzęt lub innych pomyłek obciążających nie kogo innego, jak tylko Geofizykę Toruń. Prawdą jest, że sam system UNITE nie jest unikatową technologią i jest dostępny dla każdego klienta jego producenta, firmy SERCEL. Unikatową technologię stanowi system pracy wypracowany w związku z używaniem systemu bezprzewodowego na szeroką skalę, gdyż UOS wykonał wiele projektów bazując tylko i wyłącznie na UNITE z zaniechaniem korzystania w warunkach polskich ze znacznie mniej bezpiecznych dla otoczenia systemów kablowych. Dopracowane przez UOS metody pracy systemem bezprzewodowym gwarantują dobre wykonanie pomiarów i eliminują niedogodności systemu kablowego (kilometry kabla rozciągnięte nad drogami lub wzdłuż linii energetycznych). Kable mogą powodować incydenty i wypadki drogowe wskutek rozpraszania uwagi kierowców, którzy naturalnym odruchem boją się najechania na nie, a także utrudnienia dla rolników na polach. System bezprzewodowy jest znacznie bezpieczniejszy i niewidoczny dla otaczającego środowiska.

Również chybione i gołosłowne są argumenty o niskiej jakości danych z systemu bezprzewodowego. Za jakość danych odpowiada wykonawca. W związku z tym United Oilfield Services przyjął politykę realizacji projektów akwizycji danych z naciskiem na optymalizację jakości. Nie ma takiej możliwości, by dane były niekompletne lub słabsze z powodu zastosowania systemu bezprzewodowego. Z doświadczenia wynika, że firma UOS posiada bardzo dobry sprzęt i jakość zarejestrowanych danych jest znakomita, znacznie lepsza, niż nawet niedawne dane archiwalne wykonywane przez konkurencyjne firmy. Nie ma mowy o spowalnianiu pracy przez poprawienie i sprawdzenie kanałów. Na takie czynności po prostu nie ma miejsca, a trzyletnie doświadczenie pokazują, że braki w nieregistrujących kanałach zdarzają się incydentalnie i zawsze mieszczą się w granicach norm narzucanych przez Zleceniodawców.)

Tak samo chybione są argumenty o braku zalet używanych przez UOS wibratorów. W ciągu dnia do pokonania są dziesiątki objazdów (rzeki, tory, rowy melioracyjne, obszary zabudowane, pojedyncze domy, studnie itp., od których trzeba zachować bezpieczne odległości, działki, na które nie uzyskano praw wstępu), na których to objazdach większa szybkość jazdy oraz dostosowanie do użytkowania na drogach publicznych przynosi rzeczoną oszczędność w czasie. Wibrator będący pojazdem wolnobieżnym i niedopuszczonym do ruchu po drogach publicznych musi albo korzystać z pozwoleń specjalnych na poruszanie się po drogach publicznych albo być przewożony na lawecie lub po prostu łamać przepisy o ruchu drogowym. Ponadto zasadnicze znaczenie ma różnica prędkości. W toku akwizycji duża część pokonywanej drogi to przejazdy między polami, objazdy rowów, dróg, zabudowań, przejazdy wibratorów z linii na linię. Stanowi to czasem nawet 40% czasu pracy wibratora na dzień. W związku z tym twierdzenie, że wibratory jadą tylko po linii prostej i zatrzymują się co 10 m i przejazdy będą stanowiły tylko ułamek procenta pracy zostało podpowiedziane pełnomocnikom odwołującego przez kompletnego dyletanta. Teza o przejazdach wibratorów pozostaje w sprzeczności z tezą o maksymalnej wydajności na poziomie 400 punktów na dzień, gdyż zakładając, iż wibratory przejeżdżają tylko po linii prostej, to przy tych parametrach wzbudzenia powinny wykonać ponad 1100 takich punktów. Nadto stwierdzenie, jakie będą trasy przejazdów wibratorów i jak długie będą przejazdy wibratorami między poszczególnymi punktami i liniami, będzie możliwe dopiero po wytyczeniu linii w terenie. Nie ulega jednak wątpliwości, że czasy przejazdów nie będą, nawet w najkorzystniejszych warunkach, krótsze niż 2h na dzień. W związku z tym szybkość wibratorów jest kluczowa, jeżeli chodzi o wydajności dziennie. Idąc dalej twierdzenie, że wąskie opony powodują większe szkody nie znajduje pokrycia w faktach. Wibrator Thomas jest pojazdem czteroosiowym, a większość używanych przez konkurencję jedynie dwuosiowym, co oznacza znacznie niższe naciski na jedną oś w przypadku tego pierwszego. W warunkach suchego toru wąskie opony wibratorów Thomas znacznie ograniczą szkody i co za tym idzie zmniejszą koszty rekultywacji, natomiast inne wibratory szkody robią znacznie większe ze względu na szerokie opony. Gdy będzie bardziej mokro, również 4 osie minimalizują nacisk maszyny na grunt i w związku z tym nie ma przesłanek, by koleiny powstawały znacznie głębsze niż przy wibratorach z szerszymi oponami. Faktem jest natomiast, że jedynie Thomasy mogą się legalnie poruszać po drogach oraz spełniają normy nacisku na oś na drogach. Inne wibratory, by poruszać się po drogach muszą łamać przepisy i nie są pojazdami dopuszczonymi do ruchu. Nie jest prawdziwe twierdzenie, że wibratory Thomas już nie są produkowane. Produkcję tego urządzenia w kooperacji z Thomas przejęła firma SERCEL i jest on oferowany jako VIB 3246. Kompletnym nieporozumieniem jest analiza porównawcza dotycząca innych projektów sejsmicznych. Geofizyka Toruń analizuje ceny innych projektów 2D, jakie wykonał UOS, natomiast nie analizuje ich stopnia

komplikacji oraz lokalizacji. Każdy temat, choć nazywa się akwizycją danych sejsmicznych 2D lub 3D, jest znacząco odmienny i zarówno założenia techniczno-metodyczne, jak i teren prac różnią się od siebie i wymagają indywidualnych kalkulacji. Wylizanie ceny za punkt tylko na podstawie całkowitej ceny oferty jest sposobem zawodnym, gdyż często nie ma nic wspólnego z realną ceną za punkt wzbudzania. Każda bowiem firma w sposób odmienny kalkuluje swoją cenę: zachodzą między firmami różnice ze względu na poziom kosztów ogólnego zarządu (niski w UOS) wysokość plac, amortyzacji (wysoki w UOS ze względu na wykorzystywanie nowego sprzętu), etc. etc. Należy zauważyć, że już samo miejsce realizacji projektu dla Gaz-Systemu jest bardzo sprzyjające do prowadzenia akwizycji (w większości pola uprawne i czasem łąki, nie ma dużo terenów zamieszkałych wsi, miasteczek lub gęstych lasów). W skali kraju złożone interwały, tzn. odległości między punktami odbioru wynoszące 10 m oraz punktami wzbudzania 10 m nad wysadem solnym pojawiają się bardzo rzadko. Odległości między punktami odbioru są ponad dwukrotnie mniejsze niż najczęściej projektowane, natomiast między punktami wzbudzenia czterokrotnie mniejsze. To czynnik, który sprawia, że ilość pracy do wykonania przy przenoszeniu sprzętu jest znacząco mniejsza niż na wcześniejszych projektach. Tym samym gołosłowny jest argument, że poprzednie projekty były podobne. Ilość wykonanej pracy przez ludzi przy rozkładaniu sprzętu oraz tyczeniu linii, na której rozstawia się sprzęt stanowi największy koszt operacyjny przy takich badaniach. Porównywanie kosztów w stosunku do budżetów również jest dziwaczne, gdyż zamawiający przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia mógł nie być świadomy, jak drastycznie ceny zostały obniżone w ciągu ostatniego roku wskutek wojny cenowej, w której uczestniczy również Geofizyka Toruń w stosunku do lat ubiegłych. Założony budżet mógł tego nie uwzględniać. Rynek usług geofizycznych tak jak wszystkich innych związanych z poszukiwaniami złóż uległ istotnym przeobrażeniom wynikającym z spadku cen ropy naftowej i presji zamawiających na obniżenie cen usług związanych z poszukiwaniami. Ponadto ubyło w Polsce kilkunastu koncesjonariuszy, którzy generowali popyt na usługi geofizyczne w związku z poszukiwaniami niekonwencjonalnych złóż gazu ziemnego (tzw. łupków).

Jeśli cokolwiek może być porównywane, to wydajnościienne, czyli liczba wzbudzonych punktów. Odwołujący kwestionuje możliwość uzyskania wydajności powyżej 400 PW/dzień. Mój klient zgadza się z tą tezą - faktycznie dla Geofizyki Toruń uzyskanie wydajności na poziomie światowym może być nieosiągalne. W toku realizacji analogicznego projektu, którym była akwizycja danych sejsmicznych dla firmy UGS Energy S.A. dla potrzeb budowy podziemnego magazynu gazu „Marianowo”, średnia wydajność wyniosła 469 PW/dzień. Należy zauważyć, że parametry techniczne wzbudzania różnią się w obu projektach znakomicie - na niekorzyść projektu Marianowo: dłuższy był czas wzbudzania w porównaniu z wymaganiami przedmiotowego zamówienia, bo wynosił 3 x 12 s (dla Damasławka 2 x 14 s,

czyli o 22% krótsze wibrowanie). Dłuższe były odległości pomiędzy punktami wzbudzenia, bo wynoszące 40m (4 razy dłuższe przejazdy między punktami, co daje 4 razy więcej czasu na przejazd). Natomiast średni czas pracy na projekcie Marianowo realizowanym również w porze letniej wynosił blisko 13 godzin dziennie. Na projekcie Damasławek założono 19 godzin akwizycji co daje dodatkowe 46% zarejestrowanych punktów tj. 685 dziennie co przy krótszym czasie wibrowania na Damasławku (o 22%) i krótszych przejazdach (tylko 10) w pełni uprawnia do przyjęcia zakładanej wydajności, a nawet zapewnia duży bufor bezpieczeństwa w przypadku nieprzewidzianych problemów. Dlatego w praktyce przedsiębiorstwa mojego mandanta całkowicie realistyczne jest zakładanie 675 PW dziennie dla projektu Damasławek.

Na szóstej stronie odwołania znajdują się ciekawe analizy, które jasno dowodzą, że odwołujący zawyża kalkulację ceny za punkt wzbudzenia nie tylko w swoich ofertach, lecz również, gdy szacuje ten parametr w ofertach konkurencji. W obu postępowaniach (pod numerem 1 i 4) punkty wzbudzenia były znacznie rzadsze, odpowiednio co 25m (postępowanie nr 1) i 37,5m (postępowanie nr 4), a w projekcie dla Gaz-Systemu będą co 10m, czyli dużo gęściej. Dodatkowo były to projekty realizowane częściowo z użyciem dynamitu, dlatego ceny za jeden punkt wzbudzenia musiały być wyższe. W przypadku postępowania nr 1 cena za punkt wzbudzenia wynosiła 580 zł. W przypadku postępowania nr 4 cena za punkt wynosiła 443 zł. Zważywszy 24% różnicy w zakładanej przez odwołującego kalkulacji cen jednostkowych można być przekonany, że obie firmy dzieli przepaść, jeśli chodzi o podejście do polityki cenowej w przetargach publicznych. Zupełnie chybionym jest argument o rzekomym czynie nieuczciwej konkurencji, jakim jest zatrudnianie personelu na umowę zlecenia. Z punktu widzenia płacowego zatrudniając zleceniobiorców pracodawca odprowadza za nich składki procentowo zbliżone do umów o pracę. Na czym zatem miałyby polegać nieuczciwa praktyka? Jedynie osoby jednocześnie prowadzące działalność gospodarczą lub zatrudnione w innym zakładzie pracy albo studenci są traktowani inaczej i faktycznie w ich przypadku pracodawca ponosi niższe koszty stanowiące quasi-fiskalne narzuty na wynagrodzenie. Nieprawdą jest, że zatrudnianie zleceniobiorców na czas realizacji projektu prowadzi do omijania przepisów prawa pracy. Zleceniobiorcy podlegają bowiem wszystkim rygorom związanym z bezpieczeństwem i higieną pracy: szkoleniom stanowiskowym, obowiązkowi korzystania z odzieży roboczej i sprzętu ochrony osobistej, a także mają prawo do posiłków regeneracyjnych. Nie ma zatem żadnej istotnej przewagi tej formy zatrudnienia miejscowej siły roboczej na okres około jednego miesiąca w formie umowy zlecenia nad zatrudnieniem na umowę o pracę na czas wykonywania określonej pracy. Dla przedsiębiorcy oznacza to konieczność realizacji identycznych formalności i poniesienia identycznego jednostkowego kosztu pracy.”.

Izba zważyła, co następuje.

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.

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.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zobligowany był do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do oferty przystępującego, gdyż cena jego oferty zawierała cenę o 30% niższą od wartości zamówienia. Cena oferty przystępującego nie była natomiast niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, gdyż różnica ta wynosiła 21 %.

Wykonawca, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, zobowiązany jest wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jak wynika z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwracając się o udzielenie wyjaśnień, żąda przedłożenia dowodów, dotyczących okoliczności wskazywanych w treści składanych przez wykonawcę wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Brak złożenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – odrzuca taką ofertę. Jako podstawę odrzucenia oferty zamawiający zobowiązany jest wskazać przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który nakazuje odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba stwierdziła, że przystępujący w sposób zupełny i przekonujący, poparty stosownymi dowodami wyjaśnił zamawiającemu sposób skalkulowania ceny, który potwierdził, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską, a nadto przystępujący przy realizacji przedmiotowego zamówienia założył osiągnięcie zysku, kształtującego się na poziomie ok. 20 %.

W ocenie Izby, złożenie oferty przez przystępującego, z ceną w niej zaproponowaną nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, a wręcz przeciwnie stanowiło klasyczny objaw zdrowej walki konkurencyjnej na rynku. Jak słusznie bowiem podnosiły strony oraz przystępujący, z uwagi na znaczne obniżenie zainteresowania na rynku usługami związanymi z badaniami w zakresie poszukiwania „gazu łupkowego”, nastąpił znaczny deficyt na rynku usług. Dlatego też każdy z wykonawców chcący uczciwie walczyć o każde dostępne zamówienie musi w sposób racjonalny konkurować cenowo w zakresie świadczenia usług. I taki przykład walki konkurencyjnej odnajdujemy w bieżącym postępowaniu. Nie można bowiem przyjąć argumentacji odwołującego, że poziom cenowy, dotychczas obowiązujący na rynku wyznacza trend, którego nie sposób zmienić. Jest wręcz odwrotnie. Każdy racjonalnie myślący wykonawca, w przypadku deficytu usług przy znacznej liczbie firm, mogących świadczyć dane usługi, musi zweryfikować swoje dotychczasowe postępowanie i podjąć stosowne kroki dotyczące budżetowania inwestycji, tak aby móc skutecznie konkurować na rynku. Taki sposób aktywności inwestycyjnej wykazał przystępujący, który zintensyfikował swoją działalność na osiągnięcie zamierzonego celu, co znalazło swoje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w dniu 15 maja 2015 roku. Przystępujący wykazał bowiem sposób wykonania zamówienia przy udziale komunikacji bezprzewodowej, która w znacznym zakresie skraca czas realizacji zamówienia. Zaproponował również pracę dwuzmianową, wykorzystującą okres letni (praca w terenie) oraz wskazał, że zamierza realizować zamówienie przy użyciu sprzętu, który w znacznym stopniu przyspieszy pracę na kontrakcie. Wszystkie te elementy stanowią unikalną dla przystępującego formę realizacji zamówienia, która różni się od przyjętego przez odwołującego sposobu wykonania przedmiotowego zamówienia. Stąd, w ocenie Izby, różnice cenowe. Różnice znaczne, choć dopuszczalne. Nie uszła bowiem uwadze Izby okoliczność, iż cena ofertowa przystępującego jest tylko o 21% niższa w porównaniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ta właśnie różnica stanowi czyn

walki konkurencyjnej. Izba nie zgadza się również z argumentacją odwołującego odnoszącą się do braku możliwości zatrudniania pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia na zasadzie umów cywilno-prawnych. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie postawił żadnych ograniczeń, w szczególności nie skorzystał z możliwości zastosowania klauzul społecznych, dlatego też przystępujący w sposób dopuszczalny tak zorganizował proces realizacyjny, który umożliwi mu w sposób racjonalny zrealizować zamówienie.

Odnosząc się zaś do dowodu zgłoszonego przez odwołującego, tj. raportu handlowego *Plus* sporządzonego przez firmę Coface Poland Factoring Sp. z o.o., dotyczącego sytuacji finansowej przystępującego, Izba stwierdziła, że istotnie z raportu tego wynika, że spółka United Oilfield Services Sp. z o.o., odnotowała w ostatnich latach zarówno straty netto jak też straty na działalności operacyjnej, jednakże z roku na rok odnotowuje ponad 100 % przychód. W ocenie Izby powyższe świadczy o rozwoju firmy, gdyż z jednej strony wykonawca dokonuje inwestycji (w sprzęt, co potwierdził na rozprawie przystępujący – specjalistyczne wiertnice i osprzęt o wartości ponad 40 mln. USD), a z drugiej odnotowuje znaczne przychody z działalności. Wskazać również należy na fakt, iż przystępujący, nie prowadzi tylko i wyłącznie działalności związanej z przedmiotem zamówienia (działalność sejsmiczna) ale również w zakresie szczelinowania łupkowego (gaz łupkowy). Dlatego też przedstawiona analiza nie może dotyczyć tego konkretnego zamówienia, ponieważ dotyczy całościowej działalności firmy.

Izba podziela również stanowisko prezentowane przez przystępującego, przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, poparte w całości przez zamawiającego.

Reasumując stwierdzić należało, że odwołujący bezzasadnie podnosi zarzuty względem zamawiającego.

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: