Sygn. akt: KIO 178/16

WYROK
z dnia 24 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej -Barbara **Bettman**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lutego 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 lutego 2016 r.** przez wykonawcę: **JT S.A., ul. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-System S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa Punkt kontaktowy: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-System S.A. Oddział we Wrocławiu, ul. Gazowa 3, 50-513 Wrocław,** przy udziale wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. **Tesgas S.A. Dąbrowa, ul. Batorowska 9, 62-070 Dopiewo** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **JT S.A., ul. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **JT S.A., ul. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
2.2. zasądza od odwołującego: **JT S.A., ul. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-System S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa Punkt kontaktowy: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-System S.A. Oddział we Wrocławiu, ul. Gazowa 3, 50-513 Wrocław,** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

……

Sygn. akt KIO 178/16

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na realizację zamówienia pn. „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN300 MOP 5,5 MPa Legnica - Polkowice - Żary wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa dolnośląskiego i lubuskiego na odcinku Polkowice - Żary - podetap Polkowice - Gaworzyce województwo dolnośląskie" (Dz. Urz. UE 2015/S 154-284945 z 12.08.2015 r.), w dniu 10 lutego 2016 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie wykonawcy JT S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało złożone skutkiem powiadomienia w dniu 1 lutego 2016 r. o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Tesgas S.A. oraz o zakwalifikowaniu na drugiej pozycji oferty odwołującego. Ponadto, w tej dacie

zostały odwołującemu udostępnione dokumenty, jakie zostały złożone w postępowaniu.

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), dalej „ustawy Pzp" - czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu polegających na:
- ocenie ofert i wyborze oferty Tesgas S.A. jako oferty najkorzystniejszej
- zaniechania wobec Tesgas S.A. czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W związku z zaskarżonymi czynnościami odwołujący zarzucił zamawiającemu: Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-System S.A. naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie:
1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego nie zastosowanie i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Tesgas S.A., pomimo iż zaistniały ku temu ustawowe przesłanki, gdyż oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień Tesgas S.A. i zaniechanie odrzucenia jego oferty;

---

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Tesgas S.A. także z tego powodu, że złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty Tesgas S.A.
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert
- odrzucenie oferty Tesgas S.A.
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wnosił o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący powoływał się na posiadanie interesu w korzystaniu ze środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy Pzp przysługują wykonawcy (…), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. *„Istotne jest,* że *interes wykonawcy jest związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza,* że *odwołujący winien wykazać,* że *posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego"* (wyrok KIO z dnia 17.04.2012 roku; KIO 637/12). Interes odwołującego umożliwiający skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp przejawia się w tym, że jego oferta zajęła drugą pozycję w kolejności oceny i mógłby uzyskać zamówienie, gdyby zamawiający nie dokonał nieprawidłowej analizy wyjaśnień Tesgas S.A. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę i nie zaniechał odrzucenia oferty Tesgas S.A. - mimo zaistnienia ku temu przesłanek.

W ocenie odwołującego oferta Tesgas S.A. zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia Tesgas S.A. przesłane zamawiającemu są lakoniczne i niespójne z treścią wniosku i oferty tego wykonawcy, a tym samym stanowią czynność pozorną, która zgodnie z prawem jest nieważna, co uzasadnia odrzucenie oferty złożonej przez Tesgas S.A. Gdyby więc oferta Tesgas S.A. została odrzucona, jako najkorzystniejsza wybrana zostałaby oferta złożona przez odwołującego. Naruszenia i zaniechania zamawiającego mogą pozbawić odwołującego szansy na pozytywne dla niego rozstrzygnięcie postępowania poprzez wybór jego oferty - jako najkorzystniejszej - co może stanowić jego szkodę i legitymuje do złożenia odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podkreślał, iż Tesgas S.A. składając w dniu 25.08.2015 roku wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

---

wskazał w nim podmioty, przy pomocy których zamierza wykonać niniejsze zamówienie poprzez udostępnienie dla Tesgas S.A. maszyn i urządzeń niezbędnych do spełnienia

minimum wymagań sprzętowych do realizacji robót budowlanych określonych przez zamawiającego (pkt III 2.3.3 Ogłoszenia o zamówieniu).

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Tesgaz S.A wskazał, iż dźwigi boczne, koparki i spycharki gąsienicowe, sprzęt spawalniczy oraz sprzęt do odwodnień zgodnie z załącznikiem nr 5 do wniosku zamierza pozyskać od podmiotów zewnętrznych, na potwierdzenie czego przedłożył zobowiązania do udostępnienia zasobów. dowód:
- załącznik nr 5 do Wniosku „Wykaz urządzeń technicznych”
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów z firmy Zakład Robót Hydrotechnicznych S.G.
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów z firmy Grausch i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o.
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów z firmy Romgos Bis M.T.G. s.c.

Powyższe wskazuje, że Tesgas S.A. w celu spełnienia warunków dopuszczenia do udziału w przedmiotowym postępowaniu deklarował korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. Dodatkowo odwołujący podkreślał, iż w złożonej przez Tesgas S.A. dnia 28.12.2015 r. ofercie wskazano zakres czynności i robót jakie w ramach niniejszego postępowania wykonawca zamierza wykonać siłami obcymi przy udziale podwykonawców.

Odwołujący przedstawił zestawienie prac jakie wykonawca Tesgas S.A. zrealizuje przy udziale podwykonawców, według złożonej oferty:
a) roboty ziemne - ogólnobudowlane;
b) roboty technologiczno-montażowe;
c) prace odwodnieniowe;
d) prace związane z ochroną katodową;
e) prace związane z zabudową ścianek szczelnych;
f) prace przewiertowe;
g) prace hermetyczne oraz związane z odbudową urządzeń drenarskich dowód:
Formularz „oferta" - załącznik nr 2 do SIWZ, pkt. 2 str. 5

Dodatkowo Tesgas S.A. wskazał, że na zaproponowane wynagrodzenie w wysokości 10.996.200,00 zł brutto składają się następujące elementy wymagane przez zamawiającego:
a) wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy;
b) wynagrodzenie za odbudowę urządzeń drenarskich (sączki, zbieracze i kolektory do 3500 mb sieci drenarskiej);
c) wynagrodzenie za wykonanie ścianek szczelnych;
d) wynagrodzenie ryczałtowe za wycinkę drzew i krzewów w pasie montażowym.

---

dowód:
- wniosek Tesgas S.A. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 25.08.2015 roku
- oferta Tesgas S.A. z dnia 28.12.2015 roku.

Odwołujący wyjaśniał, że w związku z faktem, że cena oferty Tesgas S.A. stanowi 43% szacunkowej wartości zamówienia określonej przez zamawiającego w ramach niniejszego postępowania, Tesgas S.A. został w dniu 5 stycznia 2016 r. wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie żądanym w tym piśmie. dowód: - wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2016 r.

Na wymienione wezwanie Tesgas S.A. złożył wyjaśnienia pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. wraz ze zgodą na sprostowanie błędu pisarskiego, także z dnia 12 stycznia 2016 r. dowód:
- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 12.01.2016 r.
- sprostowanie błędu pisarskiego z dnia 12.01.2016 r.

Odwołujący podnosił, że w treści swoich wyjaśnień wykonawca Tesgas S.A. wskazywał, że "bardzo dobrze przygotował się do złożenia oferty", "dokonał geodezyjnego wytyczenia w terenie całości trasy gazociągu" oraz "dokonał wizji lokalnej", uzasadniał także, że duży wpływ na rzetelność kalkulacji ma również fakt, że pracownicy Tesgas S.A. wyceniający zadanie przewidziani są w przyszłości do jego realizacji.

Za najważniejsze odwołujący uznał, że Tesgas S.A. wskazał w treści złożonych wyjaśnień, że posiada własną maszynę przewiertową (wiertnicę Vermeer d24x40 zakupioną 30.06.2015 r. zgodnie z OT), co powoduje, że dzięki temu, ten zakres robót będzie wykonywał niższym kosztem niż przedstawiają to oferty z rynku usług przewiertowych. Ponadto podkreślił, że w strukturze Tesgas S.A. funkcjonuje Dział Przewiertów i Odwodnień,

który oprócz przewiertów zajmuje się wykonywaniem odwodnień, a wykonanie tych prac siłami własnymi pozwala na przyjęcie niższych kosztów. Złożył tym samym pisemne oświadczenie o planowanej realizacji przedmiotowych robót siłami własnymi.

W przekonaniu odwołującego wykonawca Tesgas S.A. w treści wyjaśnień dokonał zmiany złożonej oferty, a jednocześnie nie przedstawił żadnych argumentów, w jaki sposób ta zmiana wpływa na wysokość ceny, w tym także nie odniósł się do jej rażąco niskiej wysokości i nie wyjaśnił, w jaki sposób gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu umowy w zaproponowanej cenie.

Jednocześnie odwołujący zaznaczał, że w piśmie dotyczącym rażąco niskiej ceny, Tesgas S.A. nie wyjaśnił zamawiającemu elementów ceny, jakie były podane w ofercie, m.in. ceny za wykonanie zabezpieczenia i umocnienia ścian wykopów przy użyciu ścianek szczelnych oraz pozostałych elementów cenotwórczych. Tesgas S.A. powinien złożyć

---

obszerne i dokładne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny według wymogów kalkulacji ceny precyzyjnie określonych przez zamawiającego, w formularzu oferty. Przede wszystkim dlatego, że różnice cen, chociażby wykonania zabezpieczeń i umocnień zabezpieczenia wykopu wahają się w przedziale od 6 150,00 zł brutto do 1 069 546,50 zł brutto, co mogłoby mieć istotne znaczenie dla wyjaśnienia ceny oferty Tesgas S.A. a tym samym na wynik postępowania. Mimo istnienia powyższych wątpliwości, na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, zamawiający już bez dalszych wezwań, w dniu 1 lutego 2016 r. dokonał wyboru oferty Tesgas S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego w przedstawionym stanie faktycznym zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, bowiem w sposób uprzywilejowany potraktował Tesgas S.A. i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż ten wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, że treść wyjaśnień Tesgas S.A. dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 12 stycznia 2016 r. jest ogólnikowa i niedostateczna w stosunku do zakresu wyjaśnień żądanych przez zamawiającego. Tesgas S.A. w treści wyjaśnień wskazuje jedynie ogólnie, że jego dobre przygotowanie do realizacji zamówienia umożliwia mu przedstawienie ceny na skalkulowanym poziomie. Jednakże w ocenie odwołującego, wyjaśnienia te w znacznej części są *de facto* potwierdzeniem wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie, a nie wykazaniem przez wykonawcę, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zaznaczał, że w treści pisma Tesgas S.A. nie odnosi się do wyjaśnienia elementów ceny wskazanej w ofercie, a znanej wszystkim uczestnikom postępowania, tj. w zakresie:

a) wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu umowy;
b) wynagrodzenia za odbudowę urządzeń drenarskich (sączki, zbieracze i kolektory do 3500 mb sieci drenarskiej);
c) wynagrodzenia za wykonanie ścianek szczelnych;
d) wynagrodzenia ryczałtowego za wycinkę drzew i krzewów w pasie montażowym.

Według odwołującego Tesgas S.A. składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie odniósł się do treści oferty i pominął wyjaśnienie na jakiej podstawie i w oparciu o jakie okoliczności skalkulował wskazane elementy ceny, opisując w sposób bardzo ogólnikowy i lakoniczny jedynie możliwość wykonania zakresu robót objętego zamówieniem w zadeklarowanej przez siebie cenie. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2013 r. (Sygn. akt: KIO 1944/13) *"Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona.*

Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty nie mogą być ogólnikowe."

Odwołujący podnosił, że uznanie żądania wyjaśnień za domniemanie prawne oznacza przerzucenie ciężaru dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny oferty na wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego to wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż

zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Ponieważ ich celem jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie. Takie stanowisko wyraził SO w Warszawie w wyroku, z dnia 5 stycznia 2007 r. (V Ca 2214/06): *„nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny."* Zdaniem sądu „intencją" ustawodawcy było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza podnosząc w wyrokach, iż wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny - wyrok z dnia 13 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1443/08), oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat - wyrok z dnia 28 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1746/09. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 Pzp posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta. *„Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności."* (sygn. akt KIO 1287/13). Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę

wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych czy pozornych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen", (tak też: SO w Warszawie sygn. V Ca 2214/16; SO w Poznaniu sygn. X Ga 127/08). Konsekwencją złożenia takich "wyjaśnień" powinno de facto być uznanie ich za w ogóle niezłożone (tak: KIO/2498/10; KIO 2712/12 czy KIO 2031/12). W związku z powyższym przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień niepełnych lub niejasnych, lakonicznych i ogólnikowych naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę konkurencyjności.

Zdaniem odwołującego wykonawca Tesgas S.A. w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny powołał się na nowe okoliczności i składał nowe, odmienne od treści oferty, oświadczenia, do czego nie był uprawniony. Przede wszystkim wskazywał, że obniży koszty wykonywania części zakresu robót poprzez ich realizację siłami własnymi (roboty odwodnieniowe i roboty przewiertowe) ze względu na możliwość ich wykonania przy wykorzystaniu własnego Działu Przewiertów i Odwodnień. Tesgaz S.A. dodatkowo wskazał, iż obniżenie kosztów osiągnie poprzez użycie własnej maszyny przewiertowej, chociaż w treści oferty wskazywał, że ten zakres robót powierzy podwykonawcom, a co najbardziej istotne dopiero w treści wyjaśnień Tesgas S.A. powołał się na własne zasoby sprzętu (maszyny przewiertowej) chociaż we wniosku o udział w postępowaniu (z dnia 25.08.2015 r.), jak i w ofercie (z dnia 28.12.2015 r.) wskazywał, że zamierza realizować przedmiotowe roboty kompleksowo przy udziale podwykonawcy, mimo iż przedmiotową maszynę przewiertową posiada w swoich zasobach od 30.06.2015 r.

W ocenie odwołującego treść wyjaśnień Tesgas S.A. wskazująca na realizację przewiertów/przecisków i odwodnienia siłami własnymi spowodowała niejasność, gdyż wykonawca wcześniej oświadczył, iż tą część robót zrealizuje przy udziale podwykonawców, a w treści wyjaśnień wykonawca pominął ocenę wpływu tej zmiany na wysokość ceny. Jak wskazuje ugruntowany pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a muszą jedynie ograniczać się do jej wykładni. Złożenie przez wykonawcę na skutek wyjaśnień nowego oświadczenia nie można uznać za wykładnię

oferty i jest niedopuszczalne.

Jako zasługującą na szczególną uwagę odwołujący poczytał argumentację Tesgas S.A. o możliwości obniżenia kosztów wykonania prac poprzez użycie własnej maszyny przewiertowej Vermeer d24x40 pomimo, iż według odwołującego jest to maszyna przeznaczona do wykonywania przewiertów sterowanych horyzontalnych (ale nie poziomych), a nie jak zamawiający określił w przedmiocie niniejszego postępowania niezbędnych do wykonania przecisków i przewiertów poziomych z koniecznością zastosowania rury osłonowej dn 508 mm. Wykonanie tego zakresu robót (przewiertów i

przecisków) przy użyciu maszyny o innych parametrach niż wymagane przez zamawiającego, w ocenie odwołującego, zwiększy koszt wykonania przewiertów i przecisków zamiast koszty te zmniejszyć.
dowód:
- dokument OT - załącznik nr 5 z treści wyjaśnień z dnia 12 stycznia 2016
- opis techniczny wiertnicy do horyzontalnych przewiertów sterowanych (HDD) Vermeer d24x40.

Zamawiający w swoim wezwaniu do złożenia wyjaśnień zażądał przedstawienia dowodów. Według odwołującego wykonawca Tesgas S.A. w odpowiedzi na wezwanie nie złożył jednak odpowiednich dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a złożone wyjaśnienia nie pozwalają przyjąć, iż pomimo, że cena oferty odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, jest to uzasadnione obiektywnymi czynnikami pozwalającymi wykonawcy, bez strat finansowych zamówienie wykonać. A dodatkowo Tesgas S.A. dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty, która nie została wychwycona przez zamawiającego i ponadto wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie dysponowania sprzętem, który miałby być wykorzystany przez wykonawcę do wykonania części przedmiotu zamówienia, mimo że sprzęt ten nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na wymaganą przez zamawiającego technologię wykonania przecisków.

Odwołujący podtrzymał, że pomimo, iż Tesgas S.A. nie sprostał obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał błędnej oceny przedstawionych wyjaśnień Tesgas S.A. W ocenie odwołującego bowiem nie udowodnił on, że wystąpiły wyjątkowe, obiektywne okoliczności niedostępne w sposób standardowy innym wykonawcom oraz że okoliczności te mają wpływ na cenę w taki sposób, że ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować o wiele niższą cenę niż szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia niż za oferowaną przez innych wykonawców cenę. Odwołujący nie zgodził się aby korzystnymi warunkami wykonania zamówienia była możliwość udzielania zaliczek przez zamawiającego, rabaty od podwykonawców czy dostawców oraz dobre rozeznanie terenu budowy nie może być traktowane jako wyjątkowe okoliczności, bowiem te warunki są dostępne dla wszystkich doświadczonych wykonawców biorących udział w postępowaniu i rzetelnie przygotowujących swoją ofertę, a nie tylko dla Tesgas S.A.

Odwołujący przekonywał, że cena Tesgas S.A. jest ceną rażąco niską, a zatem nierealną i nie zapewniającą możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za proponowaną cenę. Mając na uwadze treść orzeczenia Sygn. akt: KIO 400/15 z dnia 16 marca 2015 r.

ceny zawarte w ofertach złożonych w tym konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych, tym wykazywał rażąco niską cenę Tesgas S.A. - biorąc pod uwagę wartości znane z przebiegu postępowania oraz wskazywane poniżej aktualne oferty podwykonawców, które zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego i jako takie zostają niniejszym zastrzeżone i nie mogą ulegać ujawnieniu.

Odnosząc się do wynagrodzenia wskazanego w ofercie Tesgas S.A. zdaniem

odwołującego analizę jego wartości, jako rażąco niskiej ceny należało przeprowadzić dwuetapowo.

W pierwszej kolejności odnosząc się do ryczałtowego wynagrodzenia łącznego i jego poszczególnych wartości elementów składowych ceny za kompleksowe wykonanie przedmiotu niniejszego postępowania wskazanych w Formularzu „oferta" tj. łączne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferowane przez Tesgas S.A wyniosło 8 940 000,00 zł netto. W tym:

a) wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy z wyłączeniem wynagrodzenia określonego w art. 10 ust. 2 lit. b,c,d projektu umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ - 8 499 500,00 zł netto

b) wynagrodzenie za odbudowę urządzeń drenarskich (...), o których mowa w art. 4 ust. 3 lit p) projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie większe niż: 157 500,00 zł netto

c) wynagrodzenie za wykonanie ścianek szczelnych, o których mowa w art. 4 ust. 3 lit jj) (...), projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie większe niż 180 000,00 zł netto

d) wynagrodzenie ryczałtowe za wycinkę drzew i krzewów w pasie montażowym o której mowa w art. 2 ust. 3 lit h) projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...), nie więcej niż 103 000,00 zł netto.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający bardzo precyzyjnie w opisie przedmiotu zamówienia określił parametry dotyczące wymogów wykonania ścianek szczelnych jako profili grodzic stalowych typ U, długość grodzic 6 m, pogrążanie grodzic-wciskanie statyczne bez modyfikacji gruntu, zakres 500 mb

dowód: wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 16 grudnia 2015 r. - odpowiedź na pytanie nr 122;

dowód: projekt umowy dla wykonawcy stanowiący załącznik do SIWZ

Odwołujący ponowił zarzuty, że określona przez Tesgas S.A. wartość robót wskazanych w pkt. c) powyżej jest rażąco niska, znacząco odbiega od średnich cen rynkowych podwykonawców kompleksowo wykonujących takie prace, bowiem uwzględniając wymogi zamawiającego według kalkulacji Tesgas S.A cena wynosi 60 zł netto/m2 wykonania ścianki szczelnej, przy czym średnie ceny rynkowe wahają się pomiędzy 230 - 290 zł netto/m2. Zaznaczał, że koszt zabezpieczenia wykopu jest szczególnie istotny ze względu na konieczność zachowania zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, gdyż ścianki szczelne zabezpieczają nie tylko ludzi pracujących w wykopie, ale także istniejący i działający gazociąg znajdujący się w bezpośredniej bliskości gazociągu budowanego w ramach zamówienia. Cena rynkowa za wykonanie zabezpieczenia wykopów jest konsekwencją konieczności zachowania precyzji prowadzonych zabezpieczeń. Na dowód powyższego przedłożył:

- oferty podmiotów wykonujących specjalistyczne roboty inżynieryjne w tym zakresie.

Odwołujący zastrzegał, że złożone jako dowód ofert podwykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp i zastrzegał zakaz ich publikacji w niniejszym postępowaniu.

Dowód: oferty podwykonawców na wykonanie zabezpieczenia wykopu.

Za potwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty Tesgas S.A., której składową jest wartość robót wskazanych w pkt. c) uznał odwołujący, że średnia wartość przedmiotowych robót oszacowana przez pozostałych oferentów wynosi 492 330,00 zł netto, a nie jak wskazał Tesgas S.A. 180 000,00 zł netto.

Dowód: tabela nr 1 średnie wartości zakresu prac proponowane przez oferentów, którzy zajęli pierwsze 3 miejsca w przetargu.

Dowód: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny podmiotów biorących udział w postępowaniu.

Za drugi element oceny rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Tesgas S.A. odwołujący przyjął dokonaną analitykę wartości robót jakie Tesgas S.A. zamierzał zgodnie ze złożonym zobowiązaniem w ofercie powierzyć do wykonywania podwykonawcom.

Przedstawił analitykę przeprowadzoną na podstawie ofert cenowych podwykonawców będących załącznikami treści wyjaśnień złożonych przez pozostałych oferentów na wezwanie zamawiającego dotyczących wyjaśnienia rażąco niskich cen, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz średnich cen wszystkich oferentów wskazanych dla zakresu robót objętych punktami a, b, c, d powyżej wskazanymi powyżej oznaczonych w tabelarycznym zestawieniu znacznikami C1, C2, C3 oraz C4.

Dowód: tabela nr 2 zestawienia zakresu robót wraz z wyceną

12

Reasumując przeprowadzoną analizę, odwołujący wskazał, iż uwzględniając średnie ceny wykonawstwa robót wskazanych przez Tesgas S.A do planowanej realizacji przy udziale podwykonawców oraz zakupu podstawowych materiałów, jakie obliczono na postawie ofert złożonych przez pozostałych oferentów, które przedłożono na wezwanie zamawiającego dotyczących wyjaśnienia rażąco niskich cen, wskazują iż zakres tych robót stanowi wartość: 4 523 308,75 zł netto
Dowód: oferty podwykonawców w zakresie wynajmu sprzętu

Łączna wartość robót objętych pkt. b, c, d określona jako średnia rynkowa z wszystkich złożonych ofert z wyłączeniem cen z oferty Tesgas S.A. wynosi: 870 687,17 zł netto. Dodatkowo wartość najmu/dzierżawy sprzętu bez obsługi i paliwa (dźwigi, koparki, sprzęt spawalniczy), jaki według złożonego oświadczenia Tesgas S.A. pozyskiwać będzie od podmiotów trzecich oszacowany na podstawie ofert rynkowych oraz długoletniego doświadczenia odwołującego dotyczącego procesu produkcji i realizacji tożsamych zamówień związanych z budową gazociągów, (…) wynosi nie mniej niż 2 224 000,00 zł netto, co oznacza zdaniem odwołującego, że środki finansowe zaplanowane przez Tesgas S.A na realizację robót objętych niniejszym postępowaniem po pomniejszeniu ich o powyżej wskazane wartości stanowią kwotę 1 322 004,08 zł netto (obliczoną jako 8 940 000,00 - (4 523 308,75 + 870 687,17 + 2 224 000,00). Kwota 1.322.004,08 zł netto miała by pozwolić wykonawcy na zrealizowanie pozostałego niezbędnego zakresu robót tj.:
- roboty technologiczno-montażowe
- rozwózka rur i łuków
- gięcie łuków
- rozwózka i montaż obciążników
- montaż kompensatorów
- spawanie liniowe
- spawanie montażowe
- układka gazociągu
- izolacja spoin
- oznakowanie trasy gazociągu
- przerzuty sprzętu
- drogi dojazdowe
- odbudowa dróg lokalnych
- opłaty administracyjne
- roboty ogólnobudowlane
- roboty obiektowe, kubaturowe ZZU i śluzy

13

- pozostałe roboty ziemne uwzględniające użycie innego sprzętu niż wymieniony powyżej
- organizacja placu budowy
- koszty utrzymania zaplecza budowy
- koszty wynagrodzeń oraz innych elementów związanych z obecnością pracowników produkcyjnych oraz nadzoru na terenie budowy
- skalkulowany zysk.

Biorąc pod uwagę zakres jaki Tesgas S.A. miałby wykonać za cenę 1 322 004,08 zł netto, odwołujący wskazywał że nawet gdyby ten zakres robót miałby być wykonywany samodzielnie przez Tesgas S.A., a dodatkowo podana cena miałaby zawierać jakikolwiek zysk to wykonanie w tej cenie tak obszernego zakresu robót jest niemożliwe, a podana cena jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych dla określonych przez zamawiającego robót budowlanych i nie daje gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, że złożenie oferty z rażąco niską ceną zaproponowaną przez Tesgas S.A. stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4[3] ustawy Pzp także z tego powodu oferta powinna ulec odrzuceniu. Przywołał kolejny wyrok KIO z dnia 20.05.2015 r., sygn. akt: KIO 920/15. Podtrzymał, że cena zaproponowana przez

Tesgas S.A. stanowi utrudnienie dostępu do rynku dla innych przedsiębiorców, a sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w branży gazowej.

Reasumując, odwołujący podsumował, że działania i zaniechania zamawiającego, jako gospodarza postępowania były niezgodne z treścią przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający powinien z większą atencją badać nie tylko wnioski i oferty wykonawców, ale także ich wyjaśnienia. Zwracać szczególną uwagę na zabezpieczenie interesu publicznego poprzez eliminowanie z postępowań przetargowych podmiotów proponujących rażąco niskie ceny. Formalne udzielenie odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia ceny przy równoczesnym nie odniesieniu się w treści wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych, jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień. Takie działanie wykonawcy powinno być zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiekolwiek wyjaśnienie oferowanych cen, czy też ceny oferty. Złożenie lakonicznych oświadczeń o prawidłowości kalkulacji ceny powinno uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, a w takiej sytuacji zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. (KIO 730/10), w którym czytamy m.in. *„W konsekwencji, oferta wykonawcy który nie złożył*

wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień". Tym samym, odwołujący ponowił zarzuty, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, a zatem w celu usunięcia naruszenia należy nakazać zamawiającemu unieważnienie czynność oceny i wyboru oferty Tesgas S.A. oraz nakazać dokonanie ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego doręczone dnia 11 lutego 2016 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w kopii przesłane stronom, złożył dnia 12 lutego 2016 r. wykonawca Tesgas S.A. Dąbrowa, ul. Batorowska 9, 62-070 Dopiewo, który wnosił o oddalenie odwołania i podał, że jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego polega na utrzymaniu w mocy czynności wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Tesgas S.A., uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane, skoro odwołujący kwestionuje wybór oferty tego wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przestawionej do protokołu rozprawy podtrzymał stanowisko zawarte w powiadomieniu o wyniku przetargu i wnosił o oddalenie odwołania. Przedstawił powody uwzględnienia wyjaśnień wykonawcy Tesgas S.A.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty przystępującego Tesgas S.A. Ponadto, dopuściła dowód z wezwania o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz udzielonych odpowiedzi przez wykonawcę Tesgas S.A. oraz odwołującego.

Dowody z dokumentów wnioskowane przez odwołującego, załączone do odwołania:

8. Dokument OT maszyny Vermeer d24x40 - okoliczność bezsporna;
9. Opis techniczny wiertnicy do horyzontalnych przewiertów sterowanych (HDD) Vermeer d24x40; dowód nic nie wnosił do sprawy w zakresie wyjaśnienia charakteru ceny wybranej oferty;
10. tabela nr 1 średnie wartości zakresu prac proponowane przez oferentów, którzy zajęli pierwsze 3 miejsca w przetargu;
11. tabela nr 2 zestawienia zakresu robót wraz z wyceną;

12. oferty podwykonawców na wykonanie zabezpieczenia wykopu - odnosiły się do cen proponowanych odwołującemu;

13. oferty podwykonawców w zakresie wynajmu sprzętu - odnosiły się do cen proponowanych odwołującemu.

Wnioskowane dowody poz. 10,11,12 i 13 były nieprzydatne, gdyż przedmiotem oceny w ramach postępowania odwoławczego nie była cena oferty odwołującego, czy ceny ofert innych wykonawców uczestniczących w przetargu i oferowanych im cen przez podwykonawców, ale cena zaoferowana przez wykonawcę Tesgas S.A.

Dowody z dokumentów wnioskowane przez odwołującego na rozprawie:

Dowody nr 1 i 2 na okoliczność technologii dokonywania przewiertów - dowód nic nie wnosił do sprawy w zakresie wyjaśnienia charakteru ceny wybranej oferty;

Dowód nr 3 stanowiący opinię techniczną wystawioną przez biuro handlowe RUDA Sp. z o.o. sp. k., że wiertnica Vermer D24/40 służy do innego rodzaju przewiertów - dowód nic nie wnosił do sprawy w zakresie wyjaśnienia charakteru ceny wybranej oferty;

Dowód nr 4 obejmujący odpisy stron katalogowych firmy Grausch&Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o. wraz z odpowiedzią na pytanie o możliwość wynajmu, że „dźwigów bocznych na wynajem nie mamy i na ten moment nie jesteśmy w stanie dostarczyć ich w tak krótkim czasie i na tak krótki termin wynajmu" - nie podważał realności zobowiązania podmiotu do udostępnienia tego zasobu wykonawcy Tesgas S.A. w oferowanej cenie.

Dowód nr 5 i 6, że wykonawca Tesgas S.A. nie dysponuje pełnym zestawem urządzeń do prowadzenie robót spawalniczych tzw. czołówek spawalniczych, w skład których musiałby wchodzić również generator prądu i środki transportowe, nie podważył oświadczenia w załączniku do wniosku opisującego potencjał techniczny firmy Tesgas S.A., gdzie wskazano na zestawy spawalnicze oznaczonej marki.

Dowód nr 7 stanowiący ceny proponowane przez Tesgas S.A. w innych przetargach wraz z udziałem procentowym do budżetu zamawiającego i do średniej cen innych ofert składanych w tamtych postępowaniach - nie był przydatny, warunki poszczególnych postępowań przetargowych są zróżnicowane, a zatem i ceny są zróżnicowane.

Dowody z dokumentów wnioskowane przez przystępującego Tesgas S.A. na rozprawie, tj.:

dowód nr 1 stanowiący ofertę podwykonawcy zewnętrznego za roboty przewiertowe,

dowód nr 2 dotyczący kalkulacji za wykonanie własne robót przewiertowych

dowód nr 3 dotyczący oferty podwykonawcy za roboty związane z wciśnięciem ścian szczelnych

- odnosiły się do dodatkowego potwierdzenia realności kalkulacji cenowych danych pozycji w przedstawionej tabeli.

Izba dopuściła również dowód z wyciągu z wyjaśnień odwołującego w związku z wezwaniem go do wyjaśnienia ceny oferty, wraz z załączoną tabelą kosztową.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego wynika następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 MOP 5,5 MPa Legnica - Polkowice - Żary wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa dolnośląskiego i lubuskiego na odcinku Polkowice - Żary - podetap Polkowice - Gaworzyce województwo dolnośląskie".

Zamówienie polega na budowie gazociągu wysokiego ciśnienia MOP5,5MPa (techniczne przystosowanie do ciśnienia MOP 8,4MPa) z rur stalowych DN 300 ze stali L415ME o grubości ścianki 5,6mrn i 8,8mm. Odcinek gazociągu o długości ok. 28km przebiegać będzie przez następujące gminy: Polkowice, Jerzmanowa, Radwanice, Gaworzyce, Zakres zamówienia obejmuje również wykonanie ZZU (4 szt.) oraz śluzę nadania tłoka. Po wybudowaniu i próbach gazociąg będzie włączony do systemu przesyłowego. Roboty stanowiące przedmiot zamówienia będą realizowane w rejonie czynnych gazociągów oraz na terenie działających obiektów gazowniczych.

W ramach dostaw inwestorskich Zamawiający dostarcza:

- rury o średnicy DN300 i grubości ścianki 5,6mm i 8,8mm:
- armaturę o średnicy DN50 i powyżej,
- kompensatory DN 300.

Szczegółowy wykaz dostaw inwestorskich zostanie określony na etapie przekazania

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).
Przedmiotowe zadanie jest ujęte w ustawie z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu (Dz. U. Nr 84, poz.700 wraz z późn. zm.; dalej jako „ustawa o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego") w brzmieniu nadanym ww. ustawie przez ustawę z dnia 30 maja 2014 r. o zmianie ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu oraz ustawy o gospodarce nieruchomościami; dalej jako „ustawa nowelizująca").
O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy między innymi:

17

---

3. Dysponują lub będą dysponować następującymi urządzeniami technicznymi w celu realizacji zamówienia:
- dźwigiem bocznym (udźwig min.10 t) -co najmniej 6 szt,
- koparkami gąsienicowymi o pojemności łyżki min. 1 m3 - co najmniej 3 szt.,
- spycharkami gąsienicowymi o mocy co najmniej 100 KM (koni mechanicznych) - co najmniej 5 szt.,
- sprzętem spawalniczym do wykonywania spoin doczołowych rur gazociągu umożliwiającym jednoczesną pracę co najmniej 3 czołówkom spawalniczym,
- sprzętem do odwadniania wykopów liniowych (w tym igłofiltry) o długości odwadniania liniowego min. 600 m.
Zamawiający wyjaśnia, że w wykazie sprzętu, którym miał dysponować wykonawca nie wymagał podania (dysponowania) żadnymi maszynami do wykonania przejść podziemnych.
Sposób obliczenia ceny wskazuje rozdział XV SIWZ ORAZ art. 10 wzoru umowy WYNAGRODZENIA I WARUNKI PŁATNOŚCI Definicje: Wynagrodzenie - kwota wymieniona w umowie jako pełne i wyłączne wynagrodzenie należne wykonawcy za kompletne wykonanie inwestycji zgodnie z postanowieniami umowy. Wynagrodzenie za ukończenie inwestycji i za realizację robót, do których wykonania których wykonawca jest zobowiązany, jest ostatecznie ustalonym wynagrodzeniem. Wynagrodzenie zawiera wszystkie elementy zawarte w umowie, a także pokrywa wszystkie żądania wynikające bezpośrednio i pośrednio z tego dokumentu z zastrzeżeniem art. 10 ust. 22.
1. Strony ustalają, że łączne wynagrodzenie za należycie wykonaną inwestycję nie będzie przekraczać kwoty:…
2. Na wynagrodzenie składają się następujące elementy:
a) wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy z wyłączeniem wynagrodzenia określonego w art. 10 ust. 2 lit. b,c,d projektu umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ
b) wynagrodzenie za odbudowę urządzeń drenarskich (...), o których mowa w art. 4 ust. 3 lit p) projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
c) wynagrodzenie za wykonanie ścianek szczelnych, o których mowa w art. 4 ust. 3 lit jj) (...), projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- przy czym wynagrodzenie to płatne będzie na podstawie obmiarów rzeczywiście wykonanych prac (litera b i c)

18

---

d) wynagrodzenie ryczałtowe za wycinkę drzew i krzewów w pasie montażowym o której mowa w art. 2 ust. 3 lit h) projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...).
Załącznik Nr 1 do umowy zawiera opis techniczny, obejmujący prace do wyceny w ramach ceny ryczałtowej.
W ramach wyjaśnień do SIWZ zamawiający kilkakrotnie wyjaśniał, (między innymi na pytanie nr 79), że udostępniony wykonawcom w ramach dokumentacji technicznej przedmiar robót jest dokumentem pomocniczym. Podstawowymi dokumentami opisującymi zakres robót są projekt wykonawczy, SIWZ, szczegółowe specyfikacje techniczne, umowa wraz z załącznikami.
W odpowiedzi na pytanie 188 do SIWZ zamawiający podał, ze sposób realizacji robót

budowlanych organizuje sobie wykonawca.
Kryteria oceny ofert:
- cena - waga 97
- jakość - waga 3
Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia wynosi brutto - 25 830 000,00 zł. Zamawiający potwierdził, że oszacował zamówienie przed wszczęciem postępowania przetargowego, które nastąpiło w sierpniu ubiegłego roku, w myśl wskazań rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) na podstawie kosztorysu inwestorskiego w oparciu o przedmiar będący częścią dokumentacji projektowej tego zamówienia z tym, że zamawiający zaznaczał, iż wyceniając wartości szacunkowe zamówień bierze od uwagę maksymalne ceny dla zamówień tego rodzaju podawane w branżowych publikatorach np. Sekocenbudu.
Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1.02.2016 r. wynika, że oferty złożyli:
1. PGNIG Technologie S.A. z siedzibą w Krośnie (38-400) przy ul. Naftowej 8 - cena brutto - 21 948 120,00 zł.
2. Tesgas S.A. Dąbrowa, ul. Batorowska 9, 62-070 Dopiewo - cena brutto - 10 996 200,00 zł.
3. JT S.A. z siedzibą w Warszawie (03-224) przy ul. Kasprzaka 25- cena brutto - 13 956 810,00 zł. Oferta TESGAZ jest o ok 21% tańsza od ceny oferty odwołującego.
4. ZRUG Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (6-016) przy ul. Gdyńskiej 45- cena brutto - 17 195 400,00 zł.
5. ZRUG Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu (41-807) przy ul. Magazynowej 6- cena brutto - 16 603 642,00 zł.

---

6. Konsorcjum firm w składzie: Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku (80 - 338) przy ul. Opackiej 12 oraz PBG oil and gas Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie (62 -081 Wysogotowo) przy ul. Skórzewskiej 35- cena brutto - 21 684 821,00 zł.
7. Konsorcjum firm w składzie: PORR Polska INFRASTRUCTURE S.A. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie (02 - 672) przy ul. Domaniewskiej 50A oraz Denys MV z siedzibą (Królestwo Belgii) - cena brutto - 39 654 856,00 zł.
8. Konsorcjum firm w składzie: TORPOL S.A. (lider konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu (61-052) przy ul. Mogileńskiej 10G, „Gazobudowa - Poznań" Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (61-512) przy ul. Pamiątkowej 2 oraz Energy System Toruń Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100) przy ul. Polnej 65 - cena brutto - 14 746 921,00 zł .
9. Konsorcjum firm w składzie: IDS - BUD S.A. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie (00-844) przy ul. Grzybowskiej 87 oraz OT Industries - KVV Kivitelezo Zartkoruen (eng. OT INDUSTRIES - KVV CONTRACTOR CO. LTD.) z siedzibą (Węgry) - cena brutto - 23 105 142,00 zł.
10. Konsorcjum firm w składzie: Budimex S.A. (lider) z siedzibą w Warszawie (01 - 040) przy ul. Stawki 40 oraz AB Kauno dujotiekio statyba z siedzibą (Republika Litewska) - cena brutto - 15 045 061,00 zł.
11. A. H.L. B.V. z siedzibą w (Holandi) - cena brutto - 25 215 000,00 zł. [wykonawca wykluczony].
Wykonawca Tesgas S.A. w dokumentach wniosku załącznik nr 5 zawarł oświadczenie, że dysponuje lub będzie dysponować następującymi urządzeniami technicznymi w celu realizacji zamówienia:
- dźwigiem bocznym (udźwig min.10 t) -co najmniej 6 szt,
- koparkami gąsienicowymi o pojemności łyżki min. 1 m3 - co najmniej 3 szt.,
- spycharkami gąsienicowymi o mocy co najmniej 100 KM (koni mechanicznych) - co najmniej 5 szt.,
- sprzętem spawalniczym do wykonywania spoin doczołowych rur gazociągu umożliwiającym jednoczesną pracę co najmniej 3 czołówkom spawalniczym,
- sprzętem do odwadniania wykopów liniowych (w tym igłofiltry) o długości odwadniania liniowego min. 600 m.
W wymienionym wykazie zamawiający nie wymagał umieszczenia sprzętu przewiertowego. Ww sprzęt w całości wykonawca miał pozyskać od podmiotów trzecich na zasadzie udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Wykonawca przedłożył zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia ww. sprzętu według załącznika nr 7 do wniosku.

20

Wykonawca Tesgas S.A. w dokumentach oferty zgodnie z wzorem formularza oferty zawarł oświadczenie, jaki zakres prac zamierza powierzyć podwykonawcom, tj.
a) roboty ziemne, ogólnobudowlane,
b) roboty technologiczno montażowe,
c) prace odwodnieniowe,
d) prace związane z ochroną katodową,
e) prace związane z zabudową ścianek szczelnych,
f) prace przewiertowe,
g) prace hermetyczne,
h) prace związane z odbudową urządzeń drenarskich,
W formularzu oferty przystępujący podał nazwy podwykonawców: 1.Zakład Robót Hydrotechnicznych S.G., firmę Grausch i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o.; firmę Romgos Bis M.T.G. s.c. tzn. firmy które będą udostępniały sprzęt i przynajmniej w części wykonywały roboty przy pomocy tego udostępnionego sprzętu.
Ceny zaoferowane - oferta Tesgas S.A.; oferta odwołującego:
Łączne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferowane przez Tesgas S.A wyniosło 8 940 000,00 zł netto; (10 996 200,00 zł brutto) – (oferta odwołującego -13 956 810,00 zł brutto). W tym:
a) wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy z wyłączeniem wynagrodzenia określonego w art. 10 ust. 2 lit. b,c,d projektu umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ - 8 499 500,00 zł netto; (10 454 385,00 zł brutto)
Ceny zaoferowane - oferta odwołującego - 12 957 435,00 zł brutto
b) wynagrodzenie za odbudowę urządzeń drenarskich (...), o których mowa w art. 4 ust. 3 lit p) projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie większe niż C2: 157 500,00 zł netto; (193 725 zł brutto), przy czym wynagrodzenie to płatne będzie na podstawie obmiarów rzeczywiście wykonanych prac za odbudowę urządzeń drenarskich, o których mowa powyżej w wysokości niezależnej od warunków geologicznych, zgodnie z ceną jednostkową za jeden metr bieżący naprawianego urządzenia drenarskiego wyliczoną poprzez podzielenie wynagrodzenia C2 przez 3 500,00 mb sieci drenarskiej zgodnie z wzorem
C jednostkowe =C2/3 500,00 zł mb
C jednostkowe = 55,35 zł brutto.
Ceny zaoferowane - oferta odwołującego - 322 875, 00 zł brutto
C jednostkowe =C2/ 3 500,00 zł mb
C jednostkowe = 92,25 zł brutto.

21

---

c) wynagrodzenie za wykonanie ścianek szczelnych, o których mowa w art. 4 ust. 3 lit jj) (...), projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dotyczy to ścianek szczelnych, wykonywanych dla komór przewiertowych, dla których wynagrodzenie jest ujęte w art. 10 ust. 2 lit. a - nie większe niż 180 000,00 zł netto (221 400,00 zł brutto);
C jednostkowe = C3/ 500,00 zł mb
C jednostkowe = 442,80 zł brutto.
Ceny zaoferowane - oferta odwołującego- C3 467400,00 zł brutto
C jednostkowe =C3/ 500,00 zł mb
C jednostkowe = 934,80 zł brutto.
d) wynagrodzenie ryczałtowe za wycinkę drzew i krzewów w pasie montażowym o której mowa w art. 2 ust. 3 lit h) projektu umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...), nie więcej niż 103 000,00 zł netto (126 690,00 zł brutto) przystępujący.
Ceny zaoferowane - oferta odwołującego - C4 - 209 100,00 zł brutto.
Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2016 r. wezwał wykonawcę Tesgas S.A. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień: „cena o 30% niższa od wartości zamówienia [25

830 000,00 zł.] to cena poniżej 18 081 000,00 zł. brutto. Wykonawca, tj. TESGAS S. A. zaoferował wykonanie zamówienia za cenę, która jest niższa od wartości 18 081 000.00 zł brutto. W związku z tym, 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, póz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 1 57, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) następujących elementów cenotwórczych:
a) kosztów robót przygotowawczych,
b) kosztów zakupu materiałów,
c) kosztów montażu gazociągu (spawanie, badania nieniszczące, wykop, odwodnienie, układka, zasypanie),
d) kosztów spawania (cena jednostkowa) ,
e) kosztów badań nieniszczących (cena jednostkowa),

f) kosztów montażu obiektów (ZZU i śluza),
g) kosztów przewiertów poziomych i przecisków,
h) kosztów próby ciśnieniowej,
i) kosztów obsługi geodezyjnej i geotechnicznej,
j) kosztów pozostałych robót (odbudowa urządzeń melioracyjnych, rekultywacja, opłaty itp.
k) zakładanego przez Wykonawcę procentowego poziomu zysku,
1) kosztów wpięć do czynnych gazociągów.
Zamawiający jednocześnie informuje, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy."
Zamawiający ujawnił, iż wzywał jeszcze 6 innych wykonawców do złożenia wyjaśnień, w tym odwołującego.
W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 12.01.2016 r. wykonawca Tesgas S.A. podał, *jak niżej:*
„I. Oszczędności metody wykonania zamówienia.
Wykonawca bardzo dobrze przygotował się do złożenia oferty, rozpoznał przedmiot zamówienia w stopniu znacznie bardziej zaawansowanym niż zapoznanie się z dokumentacją przetargową. Na podstawie projektu Wykonawca dokonał [orientacyjnego] geodezyjnego wytyczenia w terenie całości trasy gazociągu oraz zapoznał się z przebiegiem trasy zaprojektowanego gazociągu w terenie poprzez dokonanie wizji lokalnej całej trasy przebiegu gazociągu.
Dowód:
- dokumentacja fotograficzna z przebiegiem trasy na nośniku elektronicznym (załącznik nr 1),
- kopia faktury z firmy GLOB-GEO s.c. na wykonanie wytyczenia trasy w całości trasy (załącznik nr 2).
Powyżej opisane działania umożliwiły Wykonawcy kompleksowe rozpoznanie przedmiotu zamówienia, co pozwoliło na bardzo precyzyjną kalkulacje kosztów, szczegółowe zaplanowanie prac, w tym sposobu wykonania (samodzielnie czy też przez podwykonawców, zaplanowanie źródeł dostawy. Przede wszystkim rozpoznanie terenu umożliwiło precyzyjne szacowanie ryzyka, a w zasadzie ograniczenie ryzyka kontraktowego do minimalnego poziomu. Takie przygotowanie do złożenia oferty a tym samym, do przygotowania kalkulacji ceny skutkuje oszczędnościami na etapie wykonania przedmiotu umowy.
1.2. Wykonawca posiada rozległe doświadczenia w zakresie budowy gazociągów, w związku z czym był w stanie wypracować oszczędności w wykonaniu zamówienia, co uważa za

wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy. Bogate doświadczenie w zakresie budowy gazociągów pozwala bowiem na precyzyjne wyliczenie kosztów realizacji zadania, zakup materiałów z bardzo korzystnymi cenami oraz współpracę ze sprawdzonymi kontrahentami. W konsekwencji powyższego Wykonawca jest w stanie uzyskać bardzo dobre oferty na dostawę materiałów, gdyż dysponuje znacznymi rabatami w stosunku do cen katalogowych. Dzięki zdobytemu doświadczeniu w branży Wykonawca ma stałych kontrahentów - podwykonawców, którzy dzięki długoletniej współpracy przy wielu zamówieniach oferują Wykonawcy korzystne ceny za wykonywanie robót.
Wykonawca posiada doświadczenie w realizacji prac objętych postępowaniem przetargowym, a w ciągu ostatnich 2 lat zrealizował z sukcesem kilka zadań o bardzo zbliżonym zakresie m. inn.:
„Budowa gazociągu DN300 Jadachy-Sandomierz 19 km-roboty budowlane", „Rozwój gazyfikacji w wybranych miejscowościach gminy Strzelin i Wiązów w powiecie strzelińskim, min. budowa gazociągu DN200 MOP 8,4 MPa o łącznej długości 21,5km."
Dowód:
- referencje „Budowa gazociągu DN300 Jadachy- Sandomierz 19km - roboty budowlane", (załącznik nr 3)
- referencje „Rozwój gazyfikacji w wybranych miejscowościach gminy Strzelin i Wiązów w powiecie strzelińskim, min. budowa gazociągu DN200 MOP 8,4 MPa o łącznej długości 21,5 km" (załącznik nr 4).
Wyżej opisane doświadczenie, jako okoliczność dostępna Wykonawcy, jest kolejną przesłanką, która pozwala na duży stopień dokładności przy kalkulacji kosztów oraz ograniczenie niektórych kosztów do minimum, dzięki samodzielnemu wykonaniu robót lub w robót poszczególnych optymalnie dobranym zleceniom zakresie podwykonawczych. Nabyte doświadczenia, pozwalają też Wykonawcy przyjąć, że sporządzona kalkulacja znajdzie odzwierciedlenie w kalkulacji powykonawczej. Wszystkie powyższe okoliczności pozwalają Wykonawcy na stworzenie, na etapie składania oferty, kalkulacji realnej (sposób kalkulacji potwierdzony przy realizacji poprzednich zadań), a nie opartej wyłącznie na prognozach. To natomiast skutkuje dokładnym oszacowaniem ryzyka przy realizacji inwestycji, co w konsekwencji ogranicza kalkulowanie nadwyżki kosztów np. na pokrycie kar umownych.
Duży wpływ na rzetelność kalkulacji ma również fakt, że pracownicy wyceniający zadanie oraz w przyszłości przewidziani do jego realizacji są pracownikami z długoletnim stażem w branży gazowniczej jak i wieloletnimi pracownikami Wykonawcy (posiadają umowy o pracę na czas nieokreślony). Są to pracownicy, którzy faktycznie nabywali doświadczenie opisane powyżej i wykorzystują je w dalszej pracy. Ma to wpływ zarówno na kalkulację ceny ofertowej jak i na późniejsze wykonanie.

1.3. Wykonawca posiada własną maszynę przewiertową, dzięki czemu roboty przewiertowe wykonywane będą niższym kosztem niż przedstawiają to oferty z rynku usług przewiertowych. W strukturach organizacyjnych Wykonawcy funkcjonuje Dział Przewiertów i Odwodnień, który zajmuje się wykonywaniem przewiertów i odwodnień. Wykonanie tych prac własnymi siłami, pozwala na przyjęcie niższych kosztów,
Dowód:
- dokument OT - maszyna przewiertowa, (załącznik nr 5),
- schemat organizacyjny Tesgas S.A. (załącznik nr 6).
1.4. Wykonawca jest spółką publiczną notowaną od ponad 5 lat na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie. Posiada zasoby finansowe pozwalające na dokonywanie przedpłaty na zakupy materiałowe, zakupy usług technicznych i technologicznych w zamian za uzyskanie niższych cen w stosunku do konkurencji w zakresie budowy gazociągu.
Sytuacja finansowa została przedstawiona w dokumencie pod nazwą: „Skrócone śródroczne *jednostkowe sprawozdanie finansowe za okres od 1 stycznia 2015r. do 30 czerwca 2015r."*
Konsekwencją powyższego jest możliwość uzyskiwania dodatkowych rabatów z tytułu dokonywanych przedpłat za dostawy, oraz z uwagi na zaufanie, jakim Wykonawca jest obdarzony przez kontrahentów, dzięki terminowym rozliczeniom.
Dowód:
- „Skrócone śródroczne *jednostkowe sprawozdanie finansowe za okres od 1 stycznia 2015r. do 30 czerwca 2015r" (załącznik nr 7).*
Wykonawca skalkulował koszty realizacji zadania, uwzględniając koszty materiału,

robocizny, sprzętu i koszty ogólne budowy oraz należyty zysk. Szczegółowa kalkulacja realizacji zamówienia została przedstawiona w Tabeli nr 1, stanowi załącznik do niniejszego pisma. Sporządzona kalkulacja ustala koszty realizacji na poziomie 8. 940.000,00 zł netto i w ocenie Wykonawcy bazującego na swoim wieloletnim doświadczeniu przyjęte pozycje kosztowe i kwoty zapewniają kompleksową realizację zadania w sposób prawidłowy i z zapewnieniem zysku.
Cena ofertowa została oparta na ofertach przedsiębiorców branżowych oraz na własnej kalkulacji bazującej na wieloletnim doświadczeniu w prowadzeniu prac budowy gazociągów. Wykonawca jest doświadczonym przedsiębiorcą, od wielu lat działającym w tej branży, mającym stałych kontrahentów [dostawców, usługodawców], korzystającym z rabatów ze względu na długą współpracę, szeroki zakres tej współpracy, terminowe płatności a nawet przedpłaty. Wykonawca zyskał zaufanie kontrahentów z uwagi na terminowość w płatnościach oraz rzetelną współpracę. Ponadto jest kontrahentem wiarygodnym finansowo. Decyzja podejmowane przez Wykonawcę są podejmowane w oparciu o rachunek ekonomiczny, a wszelkie oferty i oferowane ceny są przygotowywane z zachowaniem najwyższej staranności i dbałości o zwiększanie dochodów przedsiębiorstwa. Gwarantujemy
25

---

więc, że oferowane ceny są wynikiem szczegółowej analizy i zapewniają Wykonawcy uzyskanie odpowiednich wyników przy ich równoczesnej atrakcyjności dla odbiorcy.
W załączeniu do niniejszego pisma, przedkładamy Tabelę nr 1 wraz załącznikami, która przedstawia kalkulację ceny ofertowej uwzględniając koszty robót przygotowawczych, koszty zakupów materiałów, koszty montażu gazociągu, koszty spawania, koszty badań nieniszczących, koszty montażu obiektów, koszty przewiertów poziomych i przecisków, koszty próby ciśnieniowej, koszty obsługi geodezyjnej i geotechnicznej, koszty pozostałych robót, poziom zysku, koszty wpięć do czynnych gazociągów. (…)
Reasumując wskazuję, że złożone wyjaśnienia są szczegółowe, konkretne i odnoszące się do tego konkretnego zamówienia, a ponadto potwierdzone wiarygodnymi dowodami.
Tym samym cena przedstawiona w ofercie Wykonawcy spełnia wszystkie wymagania, tj. uwzględnia wszystkie niezbędne koszty i godziwy zysk i w żadnym *wypadku nie może być traktowana jako rażąco niska."*
W załącznikach została przedstawiona:
- dokumentacja fotograficzna z przebiegiem trasy na nośniku elektronicznym (załącznik nr 1),
- kopia faktury z firmy GLOB-GEO s.c. na wykonanie wytyczenie trasy w całości trasy (załącznik nr 2),
- referencje „Budowa gazociągu DN300 Jadachy-Sandomierz 19km - roboty budowlane", (załącznik nr 3),
- referencje „Rozwój gazyfikacji w wybranych miejscowościach gminy Strzelin i Wiązów w powiecie strzelińskim, min. budowa gazociągu DN200 MOP 8,4MPa o łącznej długości 21,5km" (załącznik nr 4),
- dokument OT - maszyn przewiertowa, (załącznik nr 5),
- schemat organizacyjny Tesgas S.A. (załącznik nr 6),
- „Skrócone śródroczne jednostkowe sprawozdanie finansowe za okres od 1 stycznia 2015r. do 30 czerwca 2015r" (załącznik nr 7),
- Tabela nr 1 wraz z załącznikami (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA), przedstawia zestawienie i wyszczególnienie poszczególnych elementów kosztowych w ramach wskazanych przez zamawiającego do wyjaśnienia pozycji kosztów:
a) kosztów robót przygotowawczych,
b) kosztów zakupu materiałów,
c) kosztów montażu gazociągu (spawanie, badania nieniszczące, wykop, odwodnienie, układka, zasypanie),
d) kosztów spawania (cena jednostkowa),
e) kosztów badań nieniszczących (cena jednostkowa),
f) kosztów montażu obiektów (ZZU i śluza),

26

---

g) kosztów przewiertów poziomych i przecisków,
h) kosztów próby ciśnieniowej,

i) kosztów obsługi geodezyjnej i geotechnicznej,
j) kosztów pozostałych robót (odbudowa urządzeń melioracyjnych, rekultywacja, opłaty itp.
k) zakładanego przez Wykonawcę procentowego poziomu zysku,
l) kosztów wpięć do czynnych gazociągów.
Wyżej wymienione pozycje ogólne zostały rozwinięte w zakresie cen elementów kosztowych składających się na koszt danej pozycji oznaczonej literowo - z podsumowaniem na cenę netto oferty 8 940 000,00 zł i cenę brutto 10 996 000,00 zł.
Wezwany wykonawca Tesgas S.A. w załącznikach do tabelarycznego zestawienia pozycji kosztów składających się na cenę oferty przedstawił:
1. załącznik nr 1 zestawienie materiałowe w układzie kosztorysowym z wyszczególnieniem ilości, ceny jednostkowej i wartości z kolejnymi załącznikami Nr 1a,1b,1c,1d z ofertami cenowymi dostawców materiałów,
2. oferty podwykonawców na zakresy zamówienia, w tym kosztów badań nieniszczących (zał. 2), ochrony katodowej, wykonania prac hermetycznych, prac ogólnobudowlanych, prac ziemnych.
Wyjaśnienia złożone przez odwołującego mają zbliżony zakres. Tabela kalkulacji cenowej odwołującego jest mniej dokładna, niż przystępującego Tesgas S.A.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro wykazywał że w wyniku przeprowadzenia zaskarżonych czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy o realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że wśród jedenastu złożonych ofert, najkorzystniejszą okazała się oferta wykonawcy Tesgas S.A. - cena brutto - 10 996 200,00 zł, na drugim miejscu znalazła się oferta odwołującego JT S.A. - cena brutto - 13 956 810,00 zł, a na trzecim oferta konsorcjum firm w składzie: TORPOL S.A.; „Gazobudowa - Poznań" Sp. z o.o. oraz Energy System Toruń Sp. z o.o. - cena brutto - 14 746 921,00 zł.

Istotnie, dało się zauważyć znaczne rozwarstwienie cenowe ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, gdzie najdroższa oferta opiewał na cenę brutto - 39 654

856,00 zł, a także zachodziła znacząca rozbieżność cen najtańszych ofert z wartością szacunkową zamówienia przyjętą przez zamawiającego na poziomie - 25 830 000,00 zł brutto. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 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 późn. zm.);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mają charakteru wyczerpującego, stanowią natomiast istotną wskazówkę interpretacyjną, a ponadto nie muszą występować łącznie. Postępowanie dowodowe wykazało, że sześciu wykonawców złożyło ofertę z ceną odbiegającą, tj. niższą o 30% od wartości szacunkowej zamówienia i zostali oni wezwani do złożenia wyjaśnień. Sama zatem rozbieżność między wartością szacunkową zamówienia a ceną ofert stwarzała podstawy do żądania wyjaśnień, a wykonawcy nie kwestionowali zasadności wezwania i się do niego dostosowali.

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów

i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje ustalenie wartości zamówienia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, o ile przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Zamawiający w tym postępowaniu przetargowym ujawnił, że oszacowanie przeprowadził w sierpniu 2015 r. Dla postępowania pn. „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 MOP 5,5MPa Legnica - Polkowice - Żary wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa dolnośląskiego i lubuskiego na odcinku Polkowice -

Żary podetap Polkowice - Gaworzyce województwo dolnośląskie łączną wartość określił na poziomie 25 830 000,00 zł brutto, (21 000 000, 00 zł netto). Szacunkową wartość zamówienia ustalono w oparciu o kosztorys inwestorski, będący częścią dokumentacji przetargowej (przedmiar), gdzie za normatywne podstawy wyceny przyjęto rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia 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).

Wobec powyższego, szacunki zamawiającego nie mogły stanowić jedynej miarodajnej podstawy do porównania oferty wykonawcy Tesgas S.A. i zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny za realizację zamówienia oraz badania, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny. Szacunki zamawiającego nie odnoszą się do konkretnych indywidualnych możliwości każdego z wykonawców, ale zawierają koszty uśrednione kalkulowane na takim poziomie, aby zabezpieczyć finansowanie dla danego zamówienia w całym okresie realizacji, przy nieznajomości faktu - jakie oferty cenowe wpłyną w danym postępowaniu. Przy tym zamawiający przyznał, że przyjmował najwyższe wskaźniki cenowe według opracowań branżowych Sekocenbudu.

Zamawiający wzywając sześciu wykonawców, których oferty przedstawiały najniższe ceny do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny powołał się na okoliczność, że ceny całkowite w tych ofertach są niższe o ponad 30% w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, a więc wskazywał na arytmetyczną rozbieżność tych cen z kwotą wartości szacunkowej zamówienia.

Arytmetyczna rozbieżność ceny oferty z kwotą wartości szacunkowej zamówienia stwarza jedynie podstawy do żądania wyjaśnień, natomiast nie może automatycznie przesądzać o uznaniu ceny badanej oferty za rażąco niską. Dopiero negatywny wynik badania przez zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi realność przedstawianych kalkulacji - daje ewentualne podstawy do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp.

Należy przy tym wskazać, że ustawa Pzp wymaga, aby wyjaśnienia wykonawcy odnośnie braku zaoferowania ceny rażąco niskiej były przekonywujące (udowodnione), a ocena w tym zakresie należy do zamawiającego, i w niniejszej sprawie wypadła ona pomyślnie dla wszystkich oferentów składających wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający badał czy przedstawiona argumentacja oraz załączone dowody pozwalają

na uznanie ceny za realną. Zweryfikował prawidłowość wyceny zastosowanej przez skarżonego oferenta Tesgas S.A., w tym brał pod uwagę, że:

1) wyjaśnienia Tesgas S.A. odnoszą się do wszystkich wyspecyfikowanych w wezwaniu elementów, co do których zamawiający żądał wyjaśnień (szczegółowej kalkulacji),
2) przedstawione wyjaśnienia mają charakter wyczerpujący, biorąc pod uwagę samą treść wyjaśnień załączników do wyjaśnień, które nie zostały utajnione oraz części utajnionej, w której zawarte są oferty materiałowe i oferty za podwykonawstwo, a przede wszystkim szczegółowa kalkulacja przedstawionej ceny,
3) charakter i zakres tych wyjaśnień jest zbliżony u obydwu wykonawców tzn. Tesgas S.A. i wyjaśnień odwołującego,

4) zamawiający żądał wskazania robót powierzanych podwykonawcom w formularzu oferty. Nie było natomiast konieczne, aby wykonawca dokładnie opisał zakresy prac zlecanych podwykonawcom. Dopuszczalne było, iż z danego zakresu prac np. odwodnieniowych, czy przewiertowych - część tych prac wykonywał będzie wykonawca samodzielnie, a część powierzy podwykonawcom. Zamawiający uznawał wyjaśnienia, iż oznaczony zakres robót będzie wykonywany siłami własnymi - tak jak wskazał to Tesgas S.A. w odniesieniu do przewiertów, (do których posiada odpowiednią maszynę) oraz do odwodnień, że cena była kalkulowana z uwzględnieniem takich okoliczności, iż tylko część z danego elementu robót będzie realizowana przez podwykonawców,
5) zamawiający uwzględnił, że różnica miedzy ceną oferty odwołującego a przystępującego wynosząca nieco ponad 20% mieści się w pojęciu normalnej konkurencji rynkowej, nawet gdy różnice cenowe miedzy wszystkimi złożonymi ofertami są znaczące, ale przy takim poziomie - jak między ofertą odwołującego a przystępującego - nie pozwalały na wyprowadzenie wniosków o rażąco niskiej cenie oferty Tesgas S.A.
6) zamawiający uwzględnił, że dla wykonywania przejść (przewiertów) są stosowane różne metody i różny sprzęt, dlatego też nie było obowiązku aby w wykazie potencjału technicznego sprzętu - wskazywać konkretne maszyny do wykonywania przejść. Co do typu, rodzaju urządzeń, jakiego wykonawca ma użyć, zamawiający wymagał użycia takiego sprzętu, który ma zapewnić efekt końcowy - prawidłowe wykonanie danego odcinka.

Należało zważyć, iż warunki zamówienia nie narzucały z góry wzoru kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający przekazał wykonawcom przedmiar, jaki został opracowany w ramach dokumentacji projektowej dla danego postępowania, ale nie wymagał złożenia kosztorysu ofertowego według tego przedmiaru. Pozostawiało to wykonawcom możliwość

skalkulowania cen za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia w przyjętym układzie, przy zastosowaniu własnych założeń cenowych, w oparciu o oferty dostawców materiałów i oferty podwykonawców robót, z którymi współpracują. Wykonawcy posiadają pełną wiedzę w zakresie sposobu kalkulowania własnej ceny ofertowej i swoich możliwości w tym zakresie.

Z kolei konsekwencje w postaci odrzucenia oferty, można zastosować jedynie wówczas, gdy istnieją prawne i faktyczne podstawy do uznania, że cena jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia bądź są niewystarczające, bądź można z nich w sposób jednoznaczny i nieodparty wyprowadzić takie wnioski. Trafny pozostaje pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 24 czerwca 2010 roku (KIO/UZP 1135/10, KIO/UZP 1136/10) że: *„Biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Zamawiający winien wykazać przy użyciu dostępnych* środków *dowodowych w sposób bezsprzeczny,* że *w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską".* Ciężar dowodowy, że złożone wyjaśnienia wraz z przedstawionymi dowodami, nie pozwalają na usunięcie wątpliwość co do możliwości wykonania danego zamówienia za zaoferowaną cenę - nadal obciąża zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zasadnie uznał, że wyjaśnienia złożone przez Tesgas S.A. wraz z dowodami - były przekonywujące, a jednocześnie brak było podstaw, aby wykazać w sposób obiektywny, że cena danego oferenta była rażąco niska, w szczególności spekulacyjna, oparta na nierzetelnych kalkulacjach, co mogłoby stwarzać zagrożenie należytego wywiązania się przez wykonawcę z umowy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, XIX Ga 3/07). Poza tym należało także podkreślić, że przepisy ustawy Pzp wymagają dla odrzucenia oferty, aby cena była nie tylko niska, ale rażąco niska. Wykonawca udzielający wyjaśnień, przedstawiając szczegółowe kalkulacje wyceny oferty, potwierdził że brał pod uwagę cały zakres zamówienia i dokonał rzetelnej kalkulacji ceny oraz przedstawił stosowne wyjaśnienia (merytorycznie i dowodowo zbliżone do wyjaśnień złożonych przez odwołującego).

Zdaniem Izby kalkulacje przedłożone przez przystępującego Tesgas S.A. charakteryzowały się nawet większym stopniem dokładności i szczegółowości, niż przedstawił to odwołujący. Obejmowały zestawienie materiałowe w układzie kosztorysowym z wyszczególnieniem ilości, ceny jednostkowej i wartości wraz z kolejnymi załącznikami Nr 1a,1b,1c,1d, tj. z ofertami cenowymi dostawców materiałów, ofertami podwykonawców na

zakresy zamówienia, w tym kosztów badań nieniszczących, ochrony katodowej, wykonania prac hermetycznych, prac ogólnobudowlanych, prac ziemnych.

31

Odwołujący powoływał się na niemożność wykonania za cenę ofertową wykonawcy Tesgas S.A. pewnych elementów tego zamówienia, czego jednak obiektywnie nie udowodnił. Izba nie uwzględniła dowodów przedstawionych przez odwołującego:
a) tabeli nr 2 zestawienia zakresu robót wraz z wyceną, którą według własnych założeń odwołujący uznawał za właściwą,
b) oferty podwykonawców na wykonanie zabezpieczenia wykopu,
c) oferty podwykonawców w zakresie wynajmu sprzętu
- dowody te dotyczą wybiórczych elementów przedmiotu zamówienia, ewentualnie dostępnych odwołującemu - ofert podwykonawców robót, a nie dotyczą możliwości wykonawcy Tesgas S.A., o czym świadczy załączona do odwołania tabela nr 1 średnie wartości zakresu prac proponowane przez oferentów, którzy zajęli pierwsze 3 miejsca w przetargu.

Przedmiotem zaskarżonej oceny nie była oferta odwołującego, czy też wykonawcy sklasyfikowanego na trzeciej pozycji i ich możliwości nawiązania współpracy handlowej z dostawcami materiałów, czy podwykonawcami robót, ale wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy Tesgas S.A. wraz z przedłożonymi dowodami. Izba uznała również, że okoliczności przywoływane przez Tesgas S.A., takie że:

1) starannie przygotował się do złożenia oferty, rozpoznał przedmiot zamówienia w stopniu znacznie bardziej zaawansowanym niż zapoznanie się z dokumentacją przetargową i na podstawie projektu dokonał [orientacyjnego] geodezyjnego wytyczenia w terenie całości trasy gazociągu, potwierdzone fakturą za ww. wytycznie,
2) posiada rozległe doświadczenia w zakresie budowy gazociągów, w związku z czym był w stanie wypracować oszczędności w wykonaniu zamówienia, co uważa za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla niego, między innymi od indywidualnie potwierdzone referencjami zamawiającego za zbliżony zakres prac,
3) posiada własną maszynę przewiertową, dzięki czemu roboty przewiertowe wykonywane będą niższym kosztem niż przedstawiają to oferty z rynku usług przewiertowych, potwierdzone dowodem OT (środka trwałego na stanie aktywów wykonawcy) - maszyny Vermeer d24x40a,
4) posiada zasoby finansowe pozwalające na dokonywanie przedpłat na zakupy materiałowe, zakupy usług technicznych i technologicznych w zamian za uzyskanie niższych cen w stosunku do konkurencji w zakresie budowy gazociągu, potwierdzone dowodem - „Skrócone śródroczne jednostkowe sprawozdanie finansowe za okres od 1 stycznia 2015r. do 30 czerwca 2015r,"

32

- miały istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty.

Wykonawca Tesgas S.A. składając wyjaśnienia dostosował się w pełni do żądań zamawiającego, w tym przedłożył Tabelę nr 1 przedstawiającą szczegółowe rozbicie cenowe zaoferowanej ceny w układzie elementów żądanych przez zamawiającego, wraz załącznikami (ofertami podwykonawców i dostawców materiałów i usług), która przedstawia kalkulację ceny ofertowej uwzględniając koszty robót przygotowawczych, koszty zakupów materiałów, koszty montażu gazociągu, koszty spawania, koszty badań nieniszczących, koszty montażu obiektów, koszty przewiertów poziomych i przecisków, koszty próby ciśnieniowej, koszty obsługi geodezyjnej i geotechnicznej, koszty pozostałych robót, poziom zysku, koszty wpięć do czynnych gazociągów, a więc obejmującą całkowitą kalkulację cenową.

Sposób wynagrodzenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu został określony jako ryczałtowy, za wyjątkiem: wynagrodzenia za odbudowę urządzeń drenarskich (...), o których mowa w art. 4 ust. 3 lit p) projektu umowy oraz wynagrodzenia za wykonanie ścianek szczelnych, o których mowa w art. 4 ust. 3 lit jj. projektu umowy, które będą rozliczane z wykonawcą robót w oparciu o podane w ofercie ceny jednostkowej z uwzględnieniem

rzeczywistej ilości wykonanych prac.

Przystępujący dodatkowo na rozprawie przedłożył dowody potwierdzające treść złożonych wyjaśnień - dotyczące ofert jego podwykonawców, obrazujące realność kalkulacji cenowej złożonej oferty w zakresie cen za wykonanie ścianek szczelnych oraz kosztów przewiertów poziomych i przecisków, w tym wykonywanych we własnym zakresie.

Nie można pomijać, że ceny za elementy przedmiotu zamówienia, a zatem i całkowite poszczególnych oferentów różnią się znacznie i właśnie w tym tkwi siła konkurencyjna poszczególnych wykonawców, że potrafią uzyskiwać najbardziej korzystne ceny dla rozwiązań wymaganych przez zamawiającego. Istotne znaczenie dla ustalanych cen ma organizacja, rozłożenie kosztów ogólnych, posiadane rezerwy finansowe, materiałowe, zaplecza, nawiązane kontakty handlowe, doświadczenie przy realizacji poprzednich kontraktów. Odwołujący w swoich kalkulacjach cenowych i założeniach, pomija wszystkie indywidualne cechy i możliwości skarżonego wykonawcy, jego specyfikę i organizację pracy. Nie ulega wątpliwości, że każdy z wykonawców odmiennie rozkładał również kwestie związane z zyskiem, za poszczególne elementy zamówienia. Pominięcie indywidualnych możliwości i właściwości wykonawcy Tesgas S.A. również w sposób negatywny obciąża rzetelność kalkulacji i celność argumentacji przedstawionej przez odwołującego.

Abstrahując od faktu, iż wyjaśnienia i dowody w przedmiotowej sprawie po stronie przystępującego Tesgas S.A. były satysfakcjonujące, jednoznaczne i weryfikowalne, należy

dodać iż oceniając wyjaśnienia, zamawiający nie może rozstrzygać ewentualnych wątpliwości na niekorzyść wykonawcy udzielającego wyjaśnień, o ile nie jest w stanie podważyć (obiektywnie) wyjaśnień wykonawcy, gdyż byłoby to przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji nie było uzasadnienia (faktycznego/prawnego) dla odrzucenia skarżonej oferty. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał, jaki byłby minimalny poziom kosztów dla możliwości wykonania tego zamówienia. Kalkulował cenę w oparciu o wiadome mu oferty rynkowe materiałów i za podwykonawstwo. Natomiast każdy wykonawca wyliczał swoją cenę indywidualnie na podstawie ofert rynkowych materiałów i podwykonawstwa, jakie mógł pozyskać od firm, z którymi współpracuje.

Zupełnie za nietrafione Izba uznała wywody odwołującego, że wykonawca Tesgas S.A. nie dysponował sprzętem, który wskazał w załączniku nr 5 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący nie udowodnił żeby przystępujący nie dysponował sprzętem w odniesieniu, do którego osoby reprezentujące firmę Grausch&Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o. złożyły oświadczenie o udostępnieniu tego zasobu pod niniejsze konkretne zamówienie. Nawet, gdy odwołujący wystąpił do tej firmy o warunki cenowe i umożliwienie wynajmu tego sprzętu i otrzymał odpowiedź odmowną, nie świadczy to, że dany sprzęt nie jest zarezerwowany na potrzeby tego zamówienia dla przystępującego, a ponadto zarzut taki należało uznać za spóźniony, ponieważ dotyczył *de facto* wykazania spełnienia warunków podmiotowych i nieprawidłowego powołania się na zasoby podmiotu trzeciego. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący Tesgas S.A. nie będzie dysponował tym sprzętem, a zwłaszcza po cenie skalkulowanej w ofercie, biorąc pod uwagę zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy Grausch&Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o. To samo odnosi się do rzekomego braku końcówek spawalniczych i agregatów prądotwórczych, gdyż jeżeli odwołujący uznawał, że konkurent nie dysponuje odpowiednim rodzajem sprzętu - to mógł w odpowiednim terminie wnosić odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Tesgas S.A. Z samego wykazu załącznika nr 5 do wniosku Tesgas S.A. pozycja nr 4 wynika, iż jest przedstawiany sprzęt spawalniczy do wykonywania spoin czołowych - dla czołówki spawalniczej, a w kolumnie „jednostka miary” jest określenie - komplety czołówek spawalniczych, gdzie zostały wskazane cztery komplety o konkretnej nazwie, i była to ilość wystarczająca według wymagań ogłoszenia o zamówieniu. Spełnienie przez Tesgas S.A. warunków udziału w postępowaniu zostało zweryfikowane przed etapem zakwalifikowania do złożenia ofert i nie było kwestionowane odwołaniem we właściwym czasie.

Skutkiem złożonych wyjaśnień przez Tesgas S.A. nie doszło do zmiany treści oferty tego wykonawcy, a tym bardziej nie doszło do zmiany sposobu wykazania spełnienia

warunku udziału w postępowaniu. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zabrania zmiany treści złożonej oferty, nawet nie był przez odwołującego podnoszony w petitum odwołania.

Z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie same wytyczne zawiera art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W nawiązaniu do zakresu żądanych wyjaśnień szczegółowych, mających udowodnić realność zaoferowanej ceny i możliwość należytego wykonania zamówienia - należy przyjąć, iż w ramach tej oceny, zamawiający ma obowiązek uwzględnić cenę całkowitą oferty - odnoszącą się do przedmiotu zamówienia. Czynności zamawiającego oceny wyjaśnień wykonawcy Tesgas S.A. wraz z przedłożonymi dowodami, Izba uznała za przeprowadzone w sposób poprawny, dostosowany do wytycznych ustawowych.

Stawiany zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę Tesgas S.A., sprowadzał się do zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wykonania tych robót, a więc ceny rażąco niskiej (dumpingowej), nie generującej zysku. Skoro zarzut ten nie znalazł potwierdzenia, w konsekwencji nie podlegał uwzględnieniu zarzut czynu nieuczciwej konkurencji oparty o dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503), który mówi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Nie zasługiwał też na uwzględnienie zarzut odwołującego, że poprzez złożone wyjaśnienia wykonawca Tesgas S.A. popadł w sprzeczność, gdyż wskazał na obniżenie kosztów za roboty przewiertowe, ze względu na możliwość ich wykonania przy wykorzystaniu własnego sprzętu (maszyny Vermeer d24x40a) i przez pracowników Działu Przewiertów i Odwodnień. W treści oferty wykonawca Tesgas S.A. oświadczył, że zakres robót - prace przewiertowe powierzy podwykonawcom. Zamawiający w dyspozycjach SIWZ ograniczył się jedynie do przytoczenia przepisu art. 36 b ust.1 ustawy Pzp, mówiącego o możliwości żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy. Wymóg ten nie miał charakteru ściśle skonkretyzowanego, np. z oznaczeniem pozycji robót z kosztorysu ofertowego.

Zdaniem Izby, prace przewiertowe mogą mieć różny charakter, wymagający zastosowania zróżnicowanych metod i różniącego się specjalistycznego sprzętu, dostosowanego np. do średnic układanych gazociągów. Dlatego też nie zachodzi sprzeczność z deklarowanym sposobem wykonania zamówienia, jeżeli wykonawca pewne elementy robót przewiertowych, dla których posiada specjalistyczny sprzęt wykona siłami własnymi, a nie przy pomocy podwykonawców, nawet jeżeli w treści formularza oferty deklarował, że bliżej niesprecyzowany zakres robót w tym obszarze powierzy podwykonawcom. Wyjaśnienia wykonawcy Tesgas S. A. nie doprowadziły zatem do sprzeczności, ani do niedozwolonej zmiany treści złożonej oferty. Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ (pytanie 188) podał, że *„sposób realizacji robót budowlanych organizuje sobie wykonawca.”*

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

2) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego nie zastosowanie i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Tesgas S.A. pomimo iż zaistniały ku temu ustawowe przesłanki, gdyż oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień Tesgas S.A. i zaniechanie odrzucenia jego oferty,

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Tesgas S.A. także z tego powodu, że stanowi złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji,

- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Z powyższych przyczyn nie doszło też do naruszenia przez zamawiającego zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego statuowanych art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania

---

odwoławczego i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów reprezentacji przez pełnomocnika, na podstawie przedłożonej faktury.

Przewodniczący: ……..……..…..