

Sygn. akt: KIO 2345/19

WYROK
z dnia 2 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez wykonawcę **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie. Mpsz. J. Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Keller Polska Sp. z o.o., ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do wyjaśnień z dnia 10 października 2019r, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5A, 40-301 Katowice** na rzecz **Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie. Mrsz. J. Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odcinek 4 - prawy wał rzeki Wisły od ujścia Skawinki do stopnia Kościuszko”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12.07.2019r. 2019/S 133-325827.

W dniu 18.11.2019r. Odwołujący - ETP S.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez Keller Polska Sp. z o.o.;
2. nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Keller do pisma Keller z dnia 10 października 2019 roku będącego odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a Pzp;
3. niezasadnym uznaniu, że oferta Keller nie zawiera rażąco niskiej ceny;
4. niezasadnym uznaniu, że oferta Keller jest zgodna z treścią SIWZ;
5. niezasadnym uznaniu, że Keller wykazała spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
6. zaniechaniu odrzucenia oferty Keller;
7. dokonaniu wyboru oferty Keller jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę Keller wyjaśnień z dnia 10 października 2019 roku w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Keller, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
3. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 16 maja 2019 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) poprzez ocenę, że spełnione zostały przesłanki uznania załączników złożonych przez wykonawcę Keller przy piśmie z dnia 10 października 2019 roku w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, za zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienie wyboru oferty Keller jako najkorzystniejszej,
3. odrzucenie oferty Keller jako zawierającej rażąco niską cenę lub jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty Keller,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

oraz

6. odtajnienie załączników złożonych przez wykonawcę Keller przy piśmie z dnia 10 października 2019 roku w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym lub ich treści;
8. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z ewentualną fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że cena oferty, przedstawiona w kosztorysie ofertowym jest ceną rażąco niską. Oferta Keller jest o 35,21% niższa od wartości szacunkowej plus Vat. Wykonawca Keller, na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nieprzekonywujące, że cena oferty została obliczona rzetelnie. Nie przedstawił żadnej analizy, w jakim stopniu każda z przywołanych okoliczności umożliwia mu obniżenie ceny za realizację zamówienia i jakiego rzędu oszczędności osiąga on z tytułu wskazanych okoliczności. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Keller z dnia 10 października 2019 roku nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, są one bowiem lakoniczne, zdawkowe, nie uzasadniają tak istotnej różnicy pomiędzy ofertą Keller a szacunkową wartością zamówienia, jaka zaistniała i w istocie nie dowodzą, że oferta Keller ma charakter rynkowy. Zamawiający zobligowany był do jej odrzucenia jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odnosząc się do argumentacji Keller, że nie należy odnosić się oddzielnie do pozycji kosztorysu, Odwołujący zauważył, że taka argumentacja jest niezasadna. zgodnie z art. 16 ust. 3 wzoru umowy, Zamawiający wskazuje, iż odbiory będą dokonywane na podstawie kosztorysu powykonawczego uwzględniającego faktycznie zrealizowany zakres robót objęty odbiorem. Nadto art. 17 określający wynagrodzenie wprost wskazuje, iż Zamawiający zapłaci wynagrodzenie kosztorysowe określone w formularzu oferty wykonawcy, a ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym pozostają niezmiennie przez cały okres realizacji inwestycji. A zatem ceny jednostkowe zakwestionowanych przez Zamawiającego zakresów,

a nie cena globalna podana w ofercie, w ostatecznym rozrachunku, decydują o tym czy przedmiot umowy zostanie w ogóle wykonany, a także, jakie wynagrodzenie osiągnie wykonawca, co oznacza, że dla oceny rażąco niskiej ceny istotne znaczenia ma także kalkulacja cen w poszczególnych zakresach.

Wskazywanie, że oferta została skalkulowana na podstawie ofert podwykonawców również nie potwierdza, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Wykonawca Keller wskazał w formularzu ofertowym, iż zamierza powierzyć 93% zakresu robót podwykonawcom (roboty ziemne, przygotowawcze, rozbiórkowe, wykończeniowe i wycinka zieleni - 69%; wykonanie elementów żelbetonowych -8% oraz roboty budowlane w zakresie dróg -16%). Tym samym, łączny koszt podwykonawców opiewał będzie na kwotę 14.577.067,14 zł netto, a zatem z oferty wykonawcy Keller pozostaje kwota 1.097.198,30 zł netto (15.674.265,74 zł netto - 14.577.067,14 zł netto). Dodatkowo uwzględniając wskazaną przez wykonawcę Keller marżę narzuconą na oferty podwykonawców w wysokości 10%, tj. w kwocie 1.457.706,71 zł, suma marży oraz kwoty, która pozostaje na realizację zadania po odjęciu kwot podwykonawczych, wynosi 2.554.905,32 zł netto. Zdaniem Odwołującego, kwota ta nie pozwala na pokrycie pozostałych kosztów, które musi ponieść wykonawca celem prawidłowej realizacji zamówienia, w tym koszty pośrednie, pozostałe koszty wynikające z SIWZ oraz koszty ogólne, które wykonawca jest zobowiązany ponieść. Z wyliczeń Odwołującego, koszty jakie powinien ponieść jeszcze wykonawca w trakcie realizacji zadania, przy przyjęciu średnich i najniższych wynagrodzeń pracowników którzy zgodnie z wymaganiami SIWZ muszą zostać zatrudnieni i obsługiwać inwestycję, a także przy uwzględnieniu 28 m-cy realizacji zadania oraz najniższych kosztów obsługi terenu budowy i zaplecza, kosztów utrzymania pojazdów np. osób pracujących zgodnie z SIWZ oraz minimalne koszty biura, a także najniższy koszt zatrudnienia jednego ochroniarza na etacie zgodnie z przepisami, jak również wymogu Zamawiającego do zatrudnienia przez cały okres realizacji inwestycji obsługi nadzoru przyrodniczego (Keller powołuje się na ofertę, ale nie znamy kwoty, przyjęliśmy nasze informacje), a także pozostałych wymogów nadzorów, obowiązkowych kosztów OC, OC kontraktowego, gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także zysku wysokość 10%, wynosić powinny minimum 4.207.684,83 zł netto, co Odwołujący potwierdził w załączonej do odwołania tabeli. Z uwagi na ceny jednostkowe przedstawione w ofercie, które są na poziomie znacznie odbiegającym od cen rynkowych, nierealnych do osiągnięcia celu, należy uznać iż Keller nie mógł ująć wszystkich niezbędnych elementów określonych i wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący załączył tabelaryczne zestawienie kosztów, jakie należy ponieść w trakcie realizacji zadania.

Odwołujący wskazał, iż wiele pozycji kosztorysowych w ofercie Keller nie daje gwarancji prawidłowej realizacji zadania, gdyż zaoferowane przez Keller ceny jednostkowe, są cenami nierealnymi. Zauważyć należy, iż niektóre pozycje kosztorysowe z oferty Keller stanowią mniej niż 20% ceny wynikającej z kosztorysu inwestorskiego, co ostatecznie skutkuje tym, iż całkowita cena zaoferowana przez Keller stanowi jedynie 65% wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego. Dla przykładu wskazał następujące pozycje kosztorysu:

- poz. 1.4.2; 1.5.2; 1.6.2; 2.4.4; - Rozebranie ścian betonowych o grubości do 40 cm wraz ze schodami i umocnieniami, załadowaniem gruzu koparko - ładowarką na samochody samowładowcze oraz wywiezieniem z terenu rozbiórki wraz z opłatami za składowanie gruzu na wysypisku; w tym zakresie cena jednostkowa wykonawcy Keller wynosi 115,50 zł, a cena z kosztorysu ofertowego 606,68 zł;

- poz. 2.2.10 - Formowanie i zagęszczanie nasypów zapór ziemnych z ziemi dostarczonej samochodami, średnia wysokość zapory do 10 m, kategoria gruntu III-IV, formowanie obwałowania za pomocą gruntu na nasyp (nasyp Etap II międzywale) + 5% na przejazdy; w tym zakresie cena jednostkowa wykonawcy Keller wynosi 13,75 zł, a cena z kosztorysu ofertowego 73,32 zł, co przy uwzględnieniu ilości tego zakresu, powoduje różnicę w cenie na poziomie ponad 1,6 mln zł;

- poz. 2.2.11 - Formowanie i zagęszczanie nasypów zapór ziemnych z ziemi dostarczonej samochodami, średnia wysokość zapory do 10 m, kategoria gruntu I-II - nasyp Etap III od strony zawala - grunt niespoisty + 5% na przejazdy; w tym zakresie cena jednostkowa wykonawcy Keller wynosi 13,75 zł, a cena z kosztorysu ofertowego 77,50 zł, co czyni różnicę w cenie na poziomie ponad 700 tys. zł.

Do odwołania załączył tabelaryczne porównanie wartości cen jednostkowych oferty Keller do cen jednostkowych kosztorysu inwestorskiego. Zwrócił uwagę, że w porównaniu do pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu, oferta Keller znacznie odbiega od średniej ceny złożonych ofert, zarówno w zakresie ceny całkowitej, gdzie stanowi ona 75 % średniej ceny ze złożonych ofert, jak i w zakresie poszczególnych pozycji, gdzie wartość oferty Keller wynosi odpowiednio w powoływanych powyżej pozycjach: 32%, 27% i 27% średniej ceny ze złożonych ofert. W odniesieniu do oferty Odwołującego, która spośród ofert podlegających ocenie, znajduje się na drugim miejscu, cena zaoferowana przez wykonawcę Keller stanowi 81% ceny całkowitej zaoferowanej przez Odwołującego. Natomiast w zakresie poszczególnych pozycji, oferta wykonawcy Keller stanowi odpowiednio w powoływanych powyżej pozycjach: 21%, 41% i 41% ceny Odwołującego. Załączył tabelaryczne zestawienie wartości cen jednostkowych oferty Keller do cen jednostkowych wynikających ze złożonych ofert podlegających ocenie oraz tabelaryczne porównanie wartości cen jednostkowych oferty Keller do cen jednostkowych wynikających z oferty złożonej przez Odwołującego. Podniósł, że

w zakresie pozycji co do których Zamawiający powziął wątpliwość co do zaoferowanej ceny Keller, Odwołujący nie znalazł na rynku oferty, która pozwalałaby na zrealizowanie tego zakresu za cenę oferowaną przez wykonawcę Keller. Pozyskana z rynku oferta firmy WAŚPOL, na którą powołuje się także Keller w swoich wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny, odbiega od ceny Keller o 2 mln zł przy porównaniu kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych, a kolejne oferty o 2,5 mln i ponad 6 mln zł. Załączył tabelaryczne porównanie wartości cen jednostkowych oferty Keller do cen jednostkowych wynikających z ofert pozyskanych z rynku wraz z ofertami WAŚPOL, WEST, PBWI Kraków.

Odwołujący podkreślił, że pozycje, które zostały zaniżone przez wykonawcę Keller są kluczowe do prawidłowej realizacji zadania inwestycyjnego. Wskazał w odwołaniu na znaczenie tych pozycji dla prawidłowego wykonania zamówienia oraz to, że przyjęte ceny nie gwarantują należytego wykonania tych istotnych części zamówienia. Keller nie ma doświadczenia przy realizacji jako generalny wykonawca takich obiektów jak wały przeciwpowodziowe. Błędy przy wycenie robót hydrotechnicznych są ewidentne i powodują, że wykonanie zadania w zamierzony terminie oraz zabezpieczenia przed ewentualnymi skutkami powodzi mieszkańców Krakowa, należy uznać za niemożliwe.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający niezasadnie uznał, że Keller wykazał spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do załączników do pisma z dnia 10.10.2019r.

Wskazał, że oferta Keller nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z punkt 26 ust. 4 SIWZ, do kosztorysu ofertowego musi zostać dołączone zestawienie cen robocizny, materiałów oraz sprzętu przewidzianego do realizacji zamówienia, a także wykaz składników cenotwórczych. Wymóg ten Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie w dniu 6 września 2019 roku, wyraźnie podkreślając, iż wykonawca jest zobligowany do złożenia ww. zestawienia w załączeniu do kosztorysu ofertowego, a zatem iż powinno być ono złożone wraz z ofertą. Wykonawca Keller nie załączył zestawienia o treści wymaganej przez Zamawiającego, gdyż nie zawiera ono szczegółowego zestawienia, a także nie wskazuje konkretnych składników cenotwórczych. Mając na uwadze ustalone wynagrodzenie kosztorysowe, zdaniem Odwołującego załączone kosztorysy ofertowe wraz z zestawieniem stawek i narzutów, mają w tym przypadku dla Zamawiającego istotne znaczenie. Służyć mają bowiem do rozliczenia umowy i ewentualnej zmiany wynagrodzenia, o której mowa w art. 31 ust. 6 wzoru umowy. Ostateczne wynagrodzenie wykonawcy zostanie ustalone kosztorysem powykonawczym zgodnie z przyjętymi cenami jednostkowymi i czynnikami cenotwórczymi wyszczególnionymi w kosztorysie ofertowym oraz rzeczywiście wykonanymi i odebranymi ilościami robót udokumentowanych i potwierdzonych przez inżyniera ilościami w książce obmiarów. Brak dookreślenia jakie czynniki zostały użyte przez wykonawcę uniemożliwia jasne odczytanie przez Zamawiającego jakimi cenami posługuje się wykonawca. Niezgodność ma

charakter nieusuwalny, bowiem zestawienie materiałów i sprzętu nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań określonych w art. 25 ust. 1 Pzp. Niedopuszczalne jest zatem wezwanie do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp czy też wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Keller Polska Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania. W złożonym w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą pisemnym stanowisku, Przystępujący podkreślił, że oferta Keller nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazał, że kalkulując cenę oferty opierał się na kalkulacjach cenowych swoich partnerów biznesowych (podwykonawców), które załączył jako dowody do złożonych wyjaśnień. Wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu pozycje stanowiły ok. 1% przedmiotu zamówienia. Przedstawił tabelę obrazującą fakt udowodnienia rzetelnej kalkulacji ceny dla wszystkich pozycji kosztorysu, niebędących istotnymi częściami zamówienia, do których Zamawiający odwołał się w piśmie z dnia 4.10.2019r. Podkreślił, że zarzut ogólnikowości wyjaśnień nie znajduje żadnego uzasadnienia i nie został sprecyzowany. Przystępujący uzyskał od podwykonawcy WAŚPOI Sp.j. W.W. ofertę korzystniejszą od tej, którą dysponuje i powołał jako dowód Odwołujący. Relacje biznesowe, wieloletnia współpraca przy innych inwestycjach i wzajemne zaufanie pozwalają na uzyskanie szczególnie dogodnych warunków współpracy od dostawców materiałów budowlanych oraz wykonawców robót i usług. Złożone wyjaśnienia odnosiły się do wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu, każda z pozycji została udowodniona przez wskazane ceny z oferty podwykonawcy i złożenie kopii tej oferty. Wykazał skąd pochodzą dane, w oparciu o które przygotował kosztorys ofertowy. Nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że pozycje wymienione w odwołaniu są kluczowe dla zamówienia. Wartość tych pozycji, na których występuje rozbieżność ponad 30% do wartości szacunkowej zamówienia nie przekracza najczęściej kilku tysięcy złotych przy projekcie o wartości niemal 30 mln zł. Poz. 2.2.10, 2.2.11 oraz 1.2.8,1.2.10, 1.2.12.,1.2, 13, 2.2.8, 3.2.8, 3.2.10 są wartościowo istotniejsze, jednak ich wycena wynika z modyfikacji SIWZ dokonanej w toku postępowania 23.08.2019r., w której Zamawiający dopuścił możliwość eksploatacji złoża rezerw ziemnych zlokalizowanego bezpośrednio przy miejscu realizacji robót budowlanych, a nie jak pierwotnie – pod drugiej stronie Wisły i na innym jej odcinku. Zmiana ta pozwoliła na oszczędności ok. 719 tys. zł, co Przystępujący pokazał w tabeli, zestawiając ceny ofert WAŚPol z dnia 13.08.2019 złożonej ETP oraz oferty tego samego wykonawcy, złożonej Odwołującemu 24.08.2019r. Tabelaryczne zestawienie kosztów, jakie należy ponieść, przedstawione przez Odwołującego jest wyliczeniem własnym i nie stanowi żadnego materiału wiążącego. Jest to próba kalkulacji ceny oferty Odwołującego. Odnośnie kosztów pośrednich i kosztów personalnych Przystępujący wskazał, że ma siedzibę w Krakowie i nie będzie ponosił

kosztów utrzymania biura. Zamawiający, formułując wymagania dotyczące dostępności osób, nie oczekuje, aby zajmowały się one wyłącznie tym przedmiotem zamówienia. Przystępujący nie widzi potrzeby kalkulowania całego etatu, mając na uwadze to, że realizuje w Małopolsce szereg inwestycji i zatrudnia na stałe inżynierów i kierowników robót. Bazując na własnym doświadczeniu oraz dokumentacji projektowej roboty budowlane zamierza wykonać w ciągu 22-24 miesięcy i taki przedział czasowy skalkulował w ofercie. Podkreślił, że Zamawiający nie wymagał zatrudnienia na umowę o pracę osób wskazanych w załączniku nr 1 do odwołania, nie formułował żadnych wymagań co do ilości etatów, jakie należy przyjąć do kalkulacji kosztów zatrudnienia tych osób.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zestawienia materiałów, Przystępujący stwierdził, że Zamawiający nie formułował żadnych szczegółowych oczekiwań co do tego dokumentu. W pkt 16 opisu sposobu przygotowania oferty nie wskazał na konieczność złożenia tego załącznika. Dokument ten miał znaczenie jedynie pomocnicze i wątpliwym jest, aby zaistniała podstawa do odrzucenia oferty nawet w sytuacji, gdyby wykonawca nie złożył wykazu.

Przystępujący podtrzymał, że informacje złożone wraz z wyjaśnieniami, w tym oferty od podwykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wskazując iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 3 odwołania tj. uznaje, że nie zostały spełnione przesłanki objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień Keller z dnia 10.10.2019r., w pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie. W uzasadnieniu wskazał, że wartość kosztorysu inwestorskiego została zawyżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, co wynika także z modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 20.08.2019r. dotyczącej eksploatacji złóż. Wyjaśnienia Keller odnoszą się zarówno do całkowitej ceny oferty jak i pozycji kosztorysu w sposób zbiorczy i kompleksowy, wskazując na: metodę kalkulacji zaoferowanej ceny, uwarunkowania co do przyjętego sposobu kalkulacji, warunki podwykonawstwa, dysponowanie zasobami własnymi i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość kosztów oferty np. kontakty handlowe. Keller załączył oferty podwykonawców, które zawierają konkretne stawki kosztorysowe, w tym również stawki odnoszące się do pozycji kosztorysowych wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Odwołujący w sposób błędny utożsamiał zakres robót, które zamierzał zlecić podwykonawcom Keller z ich wartością. Zakres robót odnosi się do przedmiotu prac a wartość jest ich ceną. Podobnie, jak Przystępujący Keller zwrócił uwagę, iż oferta WAŚPOL przedstawiona dla ETP nie może być adekwatna, bo nie uwzględniała ona istotnej zmiany SIWZ dokonanej dnia 23 sierpnia 2019r. związanej z obniżeniem kosztów pozyskania i transportu ziemi do formowania nasypów. Odwołujący w żaden sposób nie uwiarygodnił stawek, które przyjął w kalkulacji, nie pokazał metody ani podstaw dokonanych wyliczeń, przyjęte przez Odwołującego stawki są zawyżone,

co można zweryfikować na podstawie postępowań prowadzonych w bieżącym roku przez Zamawiającego. Zamawiający przywołał w treści pisma te postępowania. Wątpliwości budzi także sposób kalkulacji obsługi geodezyjnej, która wg Odwołującego winna kosztować 352 473 netto. Najistotniejsze elementy nadzoru zostały wskazane w kosztorysie ofertowym w poz. 1.2.1, 2.2.1, 3.2.1 i wycenione na kwotę 64 185 netto. Nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kalkulacji, wedle której działania pomocnicze czy też tylko potencjalne (sporządzenie dokumentacji, odtworzenie punktów osnowy geodezyjnej w przypadku ich zniszczenia) miałyby zostać wycenione 4,5 krotnie wyżej niż zasadnicza praca geodety. Te błędy, niekonsekwencja i brak uzasadnienia czynią, zdaniem Zamawiającego, sporządzoną kalkulację niewiarygodną i pozbawioną wartości dowodowej. Zamawiający stwierdził także, że w kosztorysie ETP ujęto szereg pozycji jednostkowych niższych niż w ofercie Keller, a w 33 pozycjach stawki nie przekraczają nawet połowy stawek wartości Kellera.

Zauważył, że badania dotyczy całościowej oferty, nie jest możliwe rozważanie rażąco niskiej ceny w stosunku do istotnej części składowej, gdyż za części istotne mogą być uznane tylko te, których wartość znacząco wpływa na cenę. W kwestii istotności Zamawiający zauważył, że przywołane przez Odwołującego pozycje to pozycje o wartości od 0,01% do 0,89% wartości całej inwestycji. Nie można zatem uznać ich za istotne. Dlatego bardziej wymiernym punktem odniesienia do badania cen jednostkowych jest średnia arytmetyczna cen jednostkowych. Przy uwzględnieniu oferty, która została odrzucona złożonej przez konsorcjum AGC Bytom sp. z o.o. oraz Zakładu Usług Wodno-Melioracyjnych i Rekultywacji Sp.j. M. S., A. G., oferta Keller jest niższa od średniej o 22 a nie jak wskazuje Odwołujący o 25%.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem dotyczącym niezgodności oferty z treścią SIWZ, wskazując, że załączone przez Keller zestawienie cen jest prawidłowe i zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego wartości. Zestawienie, jakiego wymagał Zamawiający miało jedynie charakter dodatkowy, informacyjny dla Zamawiającego i jako takie nie stanowi treści oferty. Zestawienie nie było wymienione w rozdz. 16 SIWZ jako dokument niezbędny do złożenia przez wykonawców wraz z ofertą. Zamawiający nie zawarł żadnych wytycznych w zakresie sporządzenia Zestawienia cen, ani nie załączył do SIWZ formularza – wzoru dla przygotowania zestawienia cen. Wobec braku regulacji prawnych Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w konstruowaniu zestawienia cen, które winno odnosić się jedynie do wskazanych elementów tj. robocizna, sprzęt, materiały, składniki cenotwórcze. Ponadto, Zamawiający podkreślił, że Zestawienie cen nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia ostatecznego wynagrodzenia umownego, co sugeruje ETP w odwołaniu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła,

co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 4.06.2019r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 24 919 520,91zł. Do upływu terminu składania ofert, wpłynęło 6 ofert:

1. ETP S.A z ceną 23 863 116,32zł,
2. Keller Polska Sp. z o.o. z ceną 19 279 346zł,
3. Budimex S.A. z ceną 33 330 178,05zł
4. Konsorcjum: Soletanche Polska sp. z o.o. (lider) z ceną 26 455 456,59zł,
5. Transpol Lider Sp. z o.o. Sp.k. z ceną 25 589 495,39zł,
6. Konsorcjum AGC Bytom Sp. z o.o. (lider) z ceną 20 000 000zł.

W dniu 4.10.2019r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp zwrócił się do Keller o wyjaśnienia, wskazując, że zaoficerowana cena jest o 35,21% niższa od wartości szacunkowej +Vat, co wypełnia ustawową przesłankę wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał w piśmie na konkretne pozycje kosztorysowe, które zostały wycenione niżej niż w kosztorysie inwestorskim. Wezwał wykonawcę Keller do wyjaśnienia i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego.

W odpowiedzi z dnia 10.10.2019r. Keller potwierdził, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, została skalkulowana w sposób rzetelny, z uwzględnieniem realiów rynkowych oraz dostępnych dla Keller Polska cen realizacji usług oraz materiałów budowlanych. Wskazał, że wymienione przez Zamawiającego pozycje w kosztorysie nie stanowią nawet 1% wartości całej inwestycji. Cena oferty Keller uwzględnia 10% marżę. Wskazał, że Keller jest jedną z największych firm specjalizujących się w robotach geotechnicznych w Europie, posiada doświadczenie w realizacji prac polegających na stabilizacji i wzmacnianiu gruntu. Do wyjaśnień wykonawca Keller załączył oferty podwykonawców, którzy będą realizować zamówienie. Wskazał, że oferty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być ujawnione przez Zamawiającego.

W toku rozprawy strony podtrzymały swoje pisemne stanowiska. Zamawiający, uwzględniając zarzut dotyczący niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ofert podwykonawców, przekazał Odwołującemu w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą oferty

podwykonawców. Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego tego zarzutu odwołania i braku zgłoszenia sprzeciwu Izba na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w tej części.

W pozostałym zakresie Izba rozpoznała zarzuty odwołania i uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Wartość szacunkowa zamówienia publicznego, ustalona w dniu 4.06.2019r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego, była znacznie zawyżona i nie uwzględniała ona, mającej istotny wpływ na koszty, modyfikacji SIWZ dokonanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 20.08.2019r. dotyczącej możliwości eksploatacji złóż ziemnych z najbliższej położonego miejsca wykonywania prac. Już tylko z tych względów należy uznać, że wartość szacunkowa zamówienia nie może stanowić w tym postępowaniu realnego punktu odniesienia do zaoferowanych przez wykonawców cen i stawek. Zauważenia także wymaga rozpiętość cenowa pomiędzy cenami poszczególnych ofert od ok. 20 mln do 33 mln zł. Jednocześnie należy zauważyć, że większość ofert opiewa na kwoty ok. 20 - 26 mln zł, jedynie jedna oferta jest znacznie zawyżona i wynosi ponad 33 mln zł. Oznacza to, że średnia arytmetyczna wszystkich ofert nie jest także miarodajnym odniesieniem do oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Izba odniosła się do wyjaśnień złożonych przez Keller Polska sp. z o.o. (dalej Keller) i uznała, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty są rzetelne, spójne i logiczne i gwarantują realizację zamówienia za zaoferowaną cenę. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące elementów, składających się na cenę oferty zostały złożone w sposób rzetelny, są poparte dowodami w postaci ofert podwykonawców, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia i każda z kwestionowanych przez Odwołującego pozycji kosztorysowych została przez wykonawcę wyjaśniona. Wyliczenie kalkulacji ceny oferty zostało poparte dowodami w postaci konkretnych, szczegółowych ofert podwykonawców, z którymi wykonawca od lat współpracuje, w tym ofertą wykonawcy WAŚPOL z dnia 24 sierpnia 2019r. Twierdzenia Odwołującego o nierealności ceny oferty zmierzały do podważenia przyjętych stawek w ofertach samych podwykonawców, jednak twierdzenia te nie zostały w żadnym sposobie wykazane. Odwołujący nie wykazał w toku rozprawy, że kwestionowane przez niego stawki w poz. 2.2.10 i 2.2.11, przyjęte w ofercie Keller są nierealne i nie gwarantują rzetelnego wykonania zamówienia.

Dowodem na zaniżenie cen w ofercie Keller nie mogą być oferty innych podwykonawców złożone samemu Odwołującemu. Oferty te pochodzą bowiem od podmiotów dostępnych Odwołującemu i zostały przedstawione temu wykonawcy, a zatem mogą one nie uwzględniać

korzystnych rabatów, zniżek, które udzielone zostały wykonawcy Keller. Powoływana oferta WAŚPOL z dnia 13 sierpnia 2019r., złożona Odwołującemu w toku przygotowania oferty, nie może być miarodajnym wyznacznikiem cen rynkowych pozycji kosztorysowych dotyczących formowania i zagęszczania nasypów z tego względu, że została ona przygotowana przed zmianą SIWZ z dnia 20 sierpnia 2019r. dotyczącą możliwości eksploatacji złóż ziemnych i nie uwzględnia ona korzystnych z punktu widzenia kosztów rozwiązań dotyczących eksploatacji złóż w bezpośrednim sąsiedztwie prac. Z kolei oferta złożona Odwołującemu przez Przedsiębiorstwo Budowlane West Sp. z o.o. nie może także skutecznie podważyć stawek przyjętych w ofercie wykonawcy WAŚPOL, złożonej dla Keller w tym postępowaniu. Stawki przyjęte w tej ofercie, nie uwzględniają bowiem upustów, rabatów, wynikających z wieloletniej współpracy, jaka łączy WAŚPOL z wykonawcą Keller. W toku rozprawy, Odwołujący potwierdził, że wykonawca WAŚPOL jest podmiotem rzetelnym, działającym na rynku w tej branży i współpracującym przy realizacji szeregu inwestycji o podobnym poziomie trudności również z samym Odwołującym. Okoliczność ta stanowi dodatkowe potwierdzenie realności dokonanej kalkulacji przez ten podmiot. Zdaniem Izby wieloletnie kontakty handlowe, biznesowe między tymi podmiotami oraz wiarygodność WAŚPOL na rynku, która została potwierdzona przez Odwołującego, pozwalają uznać, że wykonawca Keller skalkulował cenę w sposób rzetelny. Dodatkowo, istotne znaczenie dla kosztów oferty ma wskazywana przez Zamawiającego i Przystępującego modyfikacja SIWZ, która dzięki umożliwieniu wykorzystania zasobów zmiennych w najbliższym sąsiedztwie prac pozwala na oszczędności - jak twierdzi Odwołujący - rzędu ponad 700tys zł.

Izba oddaliła złożony przez Odwołującego jako dowód wykaz sprzętu WAŚPOL, wskazując na brak wartości dowodowej wydruku pochodzącego ze strony internetowej, która może nie zawierać aktualnych danych. Twierdzenie Odwołującego, iż wykonawca Keller w związku z brakiem niezbędnego do realizacji zamówienia sprzętu (16 pojazdów samowładowczych 15-20t.) będzie musiał korzystać z najmu tego sprzętu od dalszych podwykonawców pozostało gołosłowne. Za nieprzydatny do rozpoznania sprawy Izba uznała także dowód w postaci oferty BSS Sp. j. na odbiór odpadów z inwestycji w rejonie Skawiny. Jest to oferta złożona Odwołującemu, pokazuje ona stawki zaoferowane wyłącznie temu wykonawcy i nie stanowi dowodu na okoliczność zaniżenia stawek przyjętych przez Keller.

Niezasadnym jest stanowisko Odwołującego co do zaniżenia w ofercie Keller kosztów pośrednich i kosztów zatrudnienia personelu. Odwołujący swoje twierdzenia opiera na błędnym założeniu, że Zamawiający wymagał „stałego” tzn. przez cały okres trwania inwestycji, na umowę o pracę zatrudnienia personelu do obsługi archeologicznej, geodezyjnej

czy sprawującego nadzór przyrodniczy oraz saperów. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że sformułowanie „stały nadzór” nie oznacza konieczności zatrudnienia tego personelu przez cały okres trwania kontraktu na umowę o pracę. Sam charakter świadczonych przez ten personel usług uzasadnia ich obecność jedynie w sytuacji istnienia takich potrzeb, na czas realizacji zleconych obowiązków, co z kolei umożliwia zatrudnienie tych osób w oparciu o umowy cywilnoprawne.

Izba nie podzieliła także zarzutu dotyczącego niezgodności treści Zestawienia cen R+M+S, przedstawionego przez Keller z wymaganiami Zamawiającego. Wymóg co do złożenia tego dokumentu został sformułowany w pkt 26 ust. 4 SIWZ, gdzie podano, że do kosztorysu ofertowego należy dołączyć zestawienie cen robocizny, materiałów oraz sprzętu przewidzianego do realizacji zamówienia, a także wykaz składników cenotwórczych. W przedstawionym Zestawieniu Cen wykonawca podał: składniki cenotwórcze: stawka roboczogodziny, koszty zakupu, koszty pośrednie oraz zysk a także wskazał, że cena robocizny, materiałów i sprzętu – na podstawie SEKOCENBUD.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że nie podał on w SIWZ żadnych wytycznych co do poziomu szczegółowości informacji, jakie mają być zawarte w dokumencie Zestawienie Cen. Przyjąć należy, że wykonawcy mieli pewną swobodę w sporządzeniu Zestawienia RMS. Stąd należy uznać, że dokument złożony przez Keller, choć zawiera on informacje dość ogólne odsyłające do Sekocenbud, jest prawidłowy, nie można bowiem stwierdzić jego niezgodności z treścią SIWZ, która to niezgodność musi mieć charakter obiektywny i wynikać wprost z treści SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972).

Przewodniczący