

Sygn. akt: KIO 2227/16

WYROK
z dnia 15 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 12 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2016 r. przez wykonawcę **AARSLEFF Sp. z o.o., Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wnoszącego odwołanie wykonawcę - **AARSLEFF Sp. z o.o., Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego - **AARSLEFF Sp. z o.o., Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - **AARSLEFF Sp. z o.o., Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] na realizację zadania o nazwie: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla kontraktu 1.3 w ramach projektu pociągów 5.1-7 „modernizacja unii kolejowej e 30/c-e 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III”- FAZA II, CZĘŚĆ III”. Odwołujący - AARSLEFF Sp. z o.o. z Warszawy zarzucił naruszenie w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na wybór oferty wykonawcy Skanska S.A. i zaniechanie odrzucenia tej oferty art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp, albowiem, jego zdaniem, zaskarżona oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz, której cena jest rażąco niska i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Wskazał także na naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 86 ust. 4 z uwagi na „utajnienie wyjaśnień SKANSKIEJ S.A. w zakresie dotyczącym ceny, mimo, iż informacje te nie podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ponadto SKANSKA S.A. nie wykazała w sposób wymagany Ustawą zasadności utajnienia wyjaśnień, oraz poprzez częściowe wyłączenie jawności uzasadnienia dla uznania ich za chronioną tajemnicą przedsiębiorstwa, zawartego w wyjaśnieniach złożonych przez SKANSKA S.A.” Podniósł również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazując na zaniechanie wezwania SKANSKA S.A. do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji cen jednostkowych oferty, w szczególności ceny jednostkowej dla kolumn DSM, kolumn żwirowych i gwoździ gruntowych, a w konsekwencji oraz art. 90 ust. 3 tej ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu nie udzielenia wyjaśnień odnośnie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy z uwagi na wybór tego wykonawcy w sytuacji gdy wybrana powinna zostać oferta Odwołującego, która po odrzuceniu oferty złożonej przez SKANSKA S.A. jest ofertą najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert przyjętych w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji z dnia 15.11.2016 r. o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty SKANSKA S.A. dla części III Zamówienia publicznego; nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty SKANSKA S.A. w zakresie wyjaśnień z

dnia 25.10.2016 r. w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie sposobu kalkulacji cen jednostkowych oferty, w szczególności ceny jednostkowej dla kolumn DSM, kolumn żwirowych i gwoździ gruntowych lub - nakazanie przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert w zakresie części III Zamówienia publicznego, odrzucenie oferty SKANSKA S.A. dotyczącej części III Zamówienia publicznego, nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej pod względem kryteriów oceny ofert przyjętych w niniejszym postępowaniu {w zakresie części III). Wniósł także o dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu i powołanie biegłego na podstawie art. 190 ust. 4 Pzp z zakresu geotechniki i fundamentowania w celu zbadania uwzględnienia wszystkich niezbędnych elementów kalkulacyjnych w ofercie SKANSKA S.A. dla wykonania pali DSM oraz zgodności opisanych w utajnionych wyjaśnieniach z dnia 25.10.2016 r. rozwiązań z wymogami opisu przedmiotu zamówienia {SIWZ i PFU). Wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Wskazał, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty SKANSKA S.A. i odrzuceniu oferty tego wykonawcy dojdzie do powtórnego badania ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych w niniejszym postępowaniu (część III).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał w szczególności:

Pismem z dnia 13 października 2016 roku Zamawiający wezwał SKANSKA do złożenia wyjaśnień w sprawie kalkulacji ceny ofertowej z uwagi na powstanie podejrzenia zastosowania ceny rażąco niskiej. W dniu 25 października 2016 roku SKANSKA złożyła wyjaśnienia dokonując jednocześnie zastrzeżenia zasadniczej ich części jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 15.11.2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (część III), którą okazała się oferta firmy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „SKANSKA” lub „Wykonawca”). Zgodnie z informacją przekazaną w dniu otwarcia ofert 10.10.2016 r. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (część III) kwotę 20.818.072,46 zł (dwadzieścia milionów osiemset osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt dwa złote 46/100). Oferta SKANSKA została

wyceniona na kwotę 8.963.844,05 zł (osiem milionów dziewięćset sześćdziesiąt trzy tysiące osiemset czterdzieści cztery złote 05/100). Oferta Odwołującego, która została sklasyfikowana na drugim miejscu, została wyceniona na kwotę 15.246.417,69 zł (piętnaście milionów dwieście czterdzieści sześć tysięcy czterysta siedemnaście złotych 69/100), Podniósł także, że „W postępowaniu przyjęto trzy kryteria wyboru oferty: całkowita cena brutto - waga: 60%, zatrudnienie pracowników w oparciu o umowę o pracę - waga: 30%, okres gwarancji - waga: 10%. Oferta SKANSKA i Odwołującego otrzymały taką samą maksymalną punktację za okres gwarancji i zatrudnienie pracowników w oparciu o umowę o pracę. W praktyce zatem jedynym kryterium decydującym o wyborze była cena. W związku z ogromną dysproporcją pomiędzy ceną SKANSKA a ceną zaproponowaną przez Odwołującego, jak również podejrzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny, pismem z dnia 16.11.2016 r. (nr 05/47/2016-MPO - w aktach postępowania) Odwołujący poprosił o potwierdzenie, że w cenie ofertowej SKANSKA wykona wszystkie elementy przewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i Programie Funkcjonalno - Użytkowym (dalej „PFU”), ewentualnie o przekazanie informacji z jakiej technologii zamierza skorzystać ten wykonawca przy realizacji zamówienia. Pismem z dnia 21.11.2016 r. (nr 06/47/2016-MPO - w aktach postępowania) Odwołujący wniósł o odtajnienie wyjaśnień SKANSKIEJ z dnia 25.10.2016 r. w zakresie elementów mających wpływ na cenę ofertową, jednocześnie przedstawiając wyliczenia i dowody na potwierdzenie stanowiska, iż cena zaproponowana przez SKANSKĄ jest rażąco niska. Pismem z dnia 22.11.2016 r. (IREZA3f-216-08-33/POiiŚ 5.1-7/16 - w aktach postępowania) Zamawiający odpowiedział na pismo Odwołującego z dnia 16.11.2016 r. nr 05/47/2016-MPO stwierdzając, iż udzielenie odpowiedzi na pytanie (tj. dotyczące zastosowanej technologii) stanowiłoby naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa SKANSKA. W piśmie z dnia 23.11.2016 r. (IREZA3f-216-08-37/POiiŚ 5.1- 7/16 - w aktach postępowania) Zamawiający uznał, iż oferta SKANSKA nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie jest niezgodna z SIWZ, a wyjaśnienia tego wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny zostały skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa”. W dalszej części – wskazując na podnoszone w odwołaniu zarzuty do oferty Skanska – stwierdził, że decyzja o wyborze oferty SKANSKA powinna być unieważniona jako, że SKANSKA złożyła ofertę z rażąco niska cena, ewentualnie niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, albo popełniła nieusuwalny błąd przy kalkulacji ceny

ofertowej. Jednocześnie decyzja Zamawiającego o utajnieniu części uzasadnienia i załączników do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz następnie odmowa udzielenia jakiegokolwiek informacji na temat technologii zastosowanej przez zwycięskiego wykonawcę w sposób oczywisty uniemożliwiła innym wykonawcom zweryfikowanie rzetelności oferty SKANSKA i jej zgodności z SIWZ. a tym samym uniemożliwiła obronę ich słusznym interesów i uzyskanie zamówienia. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”. (art. 8 ust. 3 Pzp). Z kolei zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp „Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach”. Zamawiający nie może utajnić informacji dotyczących ceny, jeżeli informacje te odnosiłyby się do obiektywnie neutralnych ciągów cyfr i liczb składających się na cenę ofertową. Zastrzeżenie mogłoby dotyczyć wyłącznie przyporządkowania określonych cyfr i liczb do autorskich rozwiązań wykonawcy, unikalnych koncepcji organizacyjnych itd. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby dotyczyć wyłącznie takich sytuacji, w których te autorskie koncepcje byłyby opisane (tak aby mogło to narazić wykonawcę na utratę przewagi rynkowej i ryzyko kopiowania tych rozwiązań przez konkurencyjnych wykonawców) i do tych rozwiązań/koncepcji przyporządkowana byłaby określona cena. W takiej sytuacji faktycznie interes wykonawcy w zachowaniu w tajemnicy danej informacji mógłby zostać zagrożony. Jego interes nie doznałby uszczerbku natomiast, gdyby ujawniono ceny za poszczególne elementy rozliczeniowe, które z góry były znane, gdyż wprost wynikały z SIWZ i PFU (Zamawiający nakazywał wycenę zgodnie z opisem zastosowanym w SIWZ - o czym niżej). Powyższą kwestią zajmowała się już wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. Jako reprezentatywne orzeczenie można przytoczyć wyrok z dnia 4 lutego (KIO 98/15; KIO 146/15), zgodnie z którym: „1. Przepis art. 86 ust 4 p.z.p. w zakresie "informacji dotyczącej ceny" należy interpretować jak najszerszej - w sytuacji, gdy tylko jest to możliwe - do granicy nieprzekraczającej jednak uprawnionego

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Określenie "informacje dotyczące ceny" nie odnosi się wyłącznie do podanej ceny całkowitej oferty. Jego zdaniem, samo ujawnienie ciągu liczb - stanowiących wycenę infrastruktury - bez ich rzeczowego przyporządkowania - nie niesie za sobą żadnych informacji do wykorzystania. Ponadto, opis oferowanego systemu informatycznego w jakiegokolwiek postaci, który zawiera autorska koncepcie jego wytworzenia może podlegać z woli wykonawcy wyłączeniu jawności, gdyż stanowi informacje techniczne, technologiczne, które mają dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, bowiem poniósł on określone koszty prac i może się spodziewać osiągnięcia z nich profitów, jeżeli uzyska zamówienia, do których wynik tych prac będzie mógł zastosować". Podobnie w wyroku KIO 108/15 z dnia 3 lutego 2015 r. Reasumując stwierdził, że utajnieniu mógł podlegać wyłącznie ten fragment wyjaśnień SKANSKA, który odnosił się do jej autorskich rozwiązań organizacyjnych, które zresztą zostały wymienione w wyjaśnieniach SKANSKA z dnia 25.10.2016 r. na stronach 6-7. Procedury związane z wewnętrznym Uniwersytetem SKANSKA (załącznik nr 11), procedura Oceny Ryzyka Operacyjnego, System Ewidencji Ofert SKANSKA (załącznik nr 13), Forum Oceny Dostawców i Podwykonawców (załącznik nr 10), Zakładowego Zbiorowego Układu Pracy (załącznik nr 12 - choć w tym przypadku utajnienie powinno nastąpić w konsekwencji zastosowania ustawy o ochronie danych osobowych), Systemową Klasyfikację Dokumentów Wewnątrz Spółki (załącznik nr 14) niewątpliwie są dokumentami podlegającymi utajnieniu, gdyż zawierają ogólne informacje na temat rozwiązań organizacyjnych, związanych z podnoszeniem umiejętności pracowników, kontaktami z kontrahentami, siatką dostawców i podwykonawców. Odwołujący nie neguje, że tego typu informacje, jako unikatowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie miałby nic przeciwko utajnieniu tych danych, i uważa, że takie utajnienie nie wpłynęłoby w żaden sposób na zasadę konkurencyjności w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że wskazał w jego wniosku z dnia 21.11.2016 r., iż nie chodzi o podawanie schematów organizacyjnych SKANSKA S.A., ani nawet nazw ewentualnych podwykonawców. Żądanie ujawnienia informacji dotyczyło skonkretyzowanego fragmentu oferty, tj. w szczególności sposobu kalkulacji ceny wytworzenia kolumn DSM, stanowiącym ok. 76% ceny ofertowej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, iż co prawda w kontekście rażąco niskiej ceny badaniu podlega co do zasady cała cena, ale nie jest wykluczone badanie tylko jednego z jej elementów, jeżeli cena tego

elementu w zasadniczy sposób odbiega od cen rynkowych. Co więcej, KIO uznało, iż badanie takiego jednego elementu ceny jest uzasadnione, nawet w takiej sytuacji, gdy cena globalna wykonawcy nie jest niższa niż 30% wysokości kosztorysu inwestorskiego. Zwraca się uwagę, iż badanie cen jednostkowych jest szczególnie uzasadnione w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, czyli takiego jakie obowiązuje w niniejszym postępowaniu. Jako przykład wskazał na stanowisko z wyroku (KIO 1604/15), podnosząc m.in., że cena globalna jest sumą cen jednostkowych, zatem jest od nich ściśle zależna, zwłaszcza przy rozliczeniu kosztorysowym - i nie można jej rozpatrywać nie odnosząc się do cen jednostkowych. Podobnie nie można przeprowadzić wyjaśnień dotyczących kosztorysu nie odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Ponadto udzielając wyjaśnień wykonawca powinien powołać się na konkretne okoliczności, które powinny być poparte dowodami oraz, że oferta nie jest zobowiązaniem, którego treść ma znaczenie jedynie na moment upływu terminu składania ofert, lecz takim, z którego wykonawca będzie się musiał wywiązać w całym okresie realizacji umowy, powinna więc to w swojej treści uwzględniać. W ocenie Odwołującego powyższy wyrok KIO powinien być dla Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wyraźną wskazówką, w jaki sposób powinno nastąpić badanie oferty SKANSKA w kontekście rażąco niskiej ceny. Odwołujący w swoim wniosku o odtajnienie wyjaśnień jednoznacznie wzywał o wskazanie sposobu kalkulacji kolumn DSM, kolumn żwirowych i gwoździ gruntowych, ze szczególnym uwzględnieniem kosztu wytworzenia kolumn DSM, który to koszt decyduje o wysokości całkowitej ceny ofertowej. Zwłaszcza, że kolumny DSM miały zostać wycenione zgodnie z parametrami ściśle podanymi w SIWZ i PFU, co dodatkowo zostało potwierdzone w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 20.09.2016 r. (odpowiedź na pytanie 55), gdzie potwierdzono, iż „do wyceny oferty należy przyjąć rozwiązania opisane w SIWZ”. A skoro takie było wyraźne żądanie Zamawiającego (wyjaśnienia do SIWZ stanowią jego integralną część i są ostateczną jego interpretacją) to wykonawcy dla potrzeb wyceny oferty obowiązani byli stosować rozwiązania znane, dostępne na rynku i dokładnie opisane w SIWZ i PFU. A jeśli tak to ujawnienie danych dotyczących kalkulacji ceny tych elementów nie mogło stanowić dla wykonawcy żadnego ryzyka związanego z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał także na wyrok KIO 879/16 podnosząc m.in., że „Oferowane produkty w otwartej procedurze przetargowej są jawne. Nie można mówić o poniesieniu przez Wykonawcę szkody,

skoro informacje staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy". Zdaniem Odwołującego, „W niniejszym postępowaniu typ i parametry kolumn DSM, kolumn żwirowych KSS i gwoździ gruntowych są znane od samego początku, a technologia ich wykonania winna być taka sama w przypadku wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Nieznany i budzący ogromne wątpliwości jest tylko sposób wyceny kosztu ich wytworzenia przez SKANSKA. Pamiętać przy tym należy, iż Zamawiający wyłączył możliwość składania ofert wariantowych (Rozd. 5, Tom I ID W) ora2 nakazywał wycenę zgodnie z parametrami zawartymi w SIWZ i PFU. Natomiast jeżeli SKANSKA chce wykonać ten element w innej technologii, i zastosowała wycenę de facto odnoszącą się do tej innej technologii, to jawnie naruszyła SIWZ, a jej oferta jest niezgodna z SIWZ i powinna być odrzucona. Zarzut ten został precyzyjnie opisany w piśmie z dnia 21.11.2016 r. w pkt. 2. Przypomnieć zatem należy, iż w innym przetargu (dotyczącym odcinka Ropczyce - Sędziszów Małopolski), w analogicznej sytuacji ten sam Zamawiający - PKP PLK odrzucił ofertę firmy TRAKGA PRKil S.A., w oparciu o wyrok KIO 2858/15 z dnia 15.01.2016, w związku z wyceną przez tego wykonawcę innej technologii niż przewidziana w PFU i ujęta w Rozbiciu Ceny Ofertowej. Decyzja o odrzuceniu została załączona do pisma z dnia 21.11.2016 r. i znajduje się w dokumentach postępowania. Ponadto zważyć należy, iż ukrywanie technologii, w jakiej ma zostać wykonane zamówienie tak, aby ujawnić ją dopiero na etapie realizacji spotkało się z negatywną oceną ze strony KIO. Izba twierdzi, że w takiej sytuacji brak jest jakichkolwiek podstaw do utajnienia faktu wyceny i stosowania innej niż przewidziana w SIWZ technologii: „Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy." Reasumując Odwołujący oświadczył, iż cena zaproponowana za sporny element przez SKANSKĄ jest całkowicie niewiarygodna i oderwana od wartości rynkowych, a sposób jej kalkulacji nie może zostać uznany za

stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. Podniósł także, że „SKANSKA, we wcześniejszych przetargach na wykonanie wzmocnień podtorza wyceniała wykonanie kolumn DSM o nawet mniejszej średnicy (800mm) stosując wielokrotnie większe ceny jednostkowe: - w przetargu dotyczącym szlaku Biadoliny-Bogumiłowice SKANSKA wyceniła DSM 0800mm za 369,95 zł/m (Załącznik nr 12); - w przetargu dotyczącym szlaku Bochnia - Brzesko - Okocim SKANSKA wyceniła DSM 0800mm za 816,10 zł/mb (Załącznik nr 13)”. Ponadto wskazał, że „na etapie składania ofert SKANSKA nie dokonała zastrzeżenia jakiegokolwiek części swojej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a zabiegu takiego dokonała dopiero na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kadry w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Podkreślić bowiem należy, że wyeliminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybienia na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę”. Zauważył również, że „Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ, To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy i wyboru nowego wykonawcy w trybie przetargowym. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień. Dlatego też tak istotne jest, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się do generalnych stwierdzeń, nie mających żadnego przełożenia na realia konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca

obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p.). Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności technicznych, ekonomicznych czy też prawnych założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. To bowiem, iż wykonawca dysponuje daną technologią czy też posiada wiedzę o korzyściach związanych z zastosowaniem danych rozwiązań technologicznych nie przekłada się automatycznie na obniżenie ceny w każdym postępowaniu przetargowym. Wykonawca winien bowiem w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającego, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące uwarunkowania zawarte w SIWZ jest możliwe zastosowanie takich rozwiązań, co przekładać się będzie na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. W realiach niniejszego postępowania sposób kalkulacji ceny wykonania kolumn DSM budzi poważne wątpliwości i winien zostać szczegółowo wykazany i udowodniony przez SKANSKA. Z drugiej zaś strony, elementy kalkulacyjne nie mogą zostać uznane za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jako że wymogu technologiczne w tym zakresie były wspólne dla wszystkich wykonawców”. Odnosząc się do treści wyjaśnień SKANSKA z dnia 25.10.2016 r. podniósł, że „wykonawca ten utajnił nie tylko same wyjaśnienia (tj, załączniki do pisma), ale również część uzasadnienia do wniosku o utajnienie wyjaśnień, czyli Załącznik A. Utajnienie uzasadnienia do wniosku o utajnienie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa jest niedopuszczalne. Konkurencyjni wykonawcy nie mogą nawet poznać motywów kierujących wykonawcą, uzasadniających utajnienie konkretnych informacji dotyczących oferty oraz nie wiedzą, dlaczego akurat te dane SKANSKA traktuje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwłaszcza w kontekście faktu, iż część uzasadnienia, dotycząca autorskich rozwiązań SKANSKA (załączniki wymienione wyżej w odwołaniu) jest jawna i zdaniem Odwołującego skutecznie wyjaśnia wolę utajnienia procedur korporacyjnych i organizacyjnych. Tym niemniej Odwołujący wskazuje, iż brak jest jakiegokolwiek pisemnego uzasadnienia dla utajnienia sposobu kalkulacji ceny. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do utajnienia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny”. Także wskazał na orzecznictwo [m.in. wyrok KIO: 1011/16, 561/15 i 1730/15 oraz Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. sygn. akt I Ca 131/15], w których omawiano zastrzeżone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa nawiązując do przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, podkreślając, że (...) dla wykazania zasadności zastrzeżenia często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (...). W konkluzji w szczególności stwierdził, że SKANSKA nie przedstawiła uzasadnienia do wniosku o utajnienie kalkulacji ceny i elementów na nią się składających. Za takie uzasadnienie nie można uznać ogólnikowych stwierdzeń i deklaracji. Odnosząc się do innych okoliczności podanych w wyjaśnieniach tego wykonawcy zwrócić należy uwagę na zamówienia publiczne wykonywane przez SKANSKA, przytoczone na okoliczność uprzedniego składania ofert z bardzo niską ceną. Zdaniem Odwołującego nie sposób wiarygodnie porównać stanów faktycznych przedmiotowego postępowania do tych, które wymieniła SKANSKA. Zwrócił uwagę, że przedstawione w wyjaśnieniach inwestycje były inwestycjami drogowymi lub mostowymi, w wykonywaniu których SKANSKA się specjalizuje. Z natury rzeczy ma zatem możliwości organizacyjno - finansowe, polegające m.in. na posiadaniu odpowiedniego sprzętu i personelu niezbędnego do realizacji zamówień tego typu. W swoich wyjaśnieniach SKANSKA podkreśliła zresztą, iż specjalizuje się w wykonywaniu robót drogowych, mostowych i kubaturowych. Niniejsze zamówienie jest zamówieniem innego typu. W gronie wykonawców składających oferty w postępowaniu tylko SKANSKA nie specjalizuje się w robotach związanych z montażem kolumn DSM, W wykonywaniu swojego zamówienia wykonawca ten będzie musiał polegać na podwykonawcach, o czym zresztą świadczy treść oferty SKANSKA (udział podwykonawców określono na 40%). W takich warunkach ewentualna przewaga SKANSKA jako dużego gracza w branży traci znaczenie. Kluczowe roboty będą wykonywali podwykonawcy. W ocenie Odwołującego fakt ten dodatkowo stawia pod znakiem zapytania realność wykonania zamówienia w takiej cenie. Podwykonawcy nie będą korzystali z korzyści przysługującej dużemu wykonawcy, mogącemu uzyskać dogodne rabaty na materiały, sprzęt itp. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, iż wszystkie inwestycje przedstawione przez SKANSKA były realizowane, lub rozpoczęły swoją realizację, w latach 2012-2014, a przecież nie jest tajemnicą, iż zmiany do ustawy Pzp, jakie zostały implementowane w latach 2015 - 2016, zostały wprowadzone również m.in. w celu ochrony podwykonawców ponoszących negatywne skutki składania zaniżonych ofert przez wykonawców robót drogowych i mostowych. W tym świetle posługiwanie się takimi

porównaniami przez SKANSKĄ jest kontrowersyjne i nie będzie miało zastosowania w tym postępowaniu”.

W dalszej części uzasadnienia zarzutów tego odwołania podał, że w piśmie z dnia 21.11.2016 r. Odwołujący przedstawił realny sposób kalkulacji kosztów składających się na wytworzenie kolumn DSM, podnosząc, że jego wyliczenia odnoszą się do rozwiązań przewidzianych w SIWZ i PFU, stanowiących podstawę wyceny oferty wykonawców. Te wyliczenia przedstawiają się następująco:

Kolumny DSM o średnicy 1000mm, (przyjęto L=7,8m, wydajność ok 15 mb/h):

- mobilizacja i przerzuty sprzętu $40.000 \text{ zł} \times 7,8\text{m} / 52534\text{m} = 5,94 \text{ zł}$
- cement $0,30 \text{ t/m}^3 \times 3,14 \times 0,5\text{m} \times 0,5\text{m} \times 7,8\text{m} \times 210 \text{ zł/t} = 385,75 \text{ zł}$
- woda $0,383 \text{ m}^3 \text{ wody/m}^3 \text{ kolumny} \times 3,14 \times 0,5\text{m} \times 0,5\text{m} \times 7,8\text{m} \times 26 \text{ zł/m}^3 \times 31 = 60,97 \text{ zł}$
- badania laboratoryjne $60.0004) \times 7,80 / 52534 = 8,91\text{zł}$
- sprzęt - palownica $7,8 \text{ m} / 15 \text{ m/h} \times 550,00 \text{ zł/h} = 286,00 \text{ zł}$
- paliwo do palownicy $7,8 \text{ m} / 15 \text{ m/h} \times 50 \text{ l/h} \times 4,3 \text{ zł/l} = 111,80\text{zł}$
- praca węzła roboczego(mieszalnik + silosy) $7,8 \text{ m} / 15 \text{ m/h} \times 150\text{zł/h} = 78,00\text{zł}$
- robocizna 4 osoby $\times 7,8\text{m}/15\text{m/h} \times 50\text{zł/h} = 104.00\text{zł}$

Razem koszt wykonania 1 kolumny: 1041,37 zł

1) Koszt mobilizacji i przerzutów sprzętu dla całego zakresu określono na 40.000 zł.

Kwota ta obejmuje:

- transport i rozładunek sprzętu z bazy sprzętu na plac budowy 2 palownice $\times 7.000\text{zł} = 14.000 \text{ zł}$
- przerzuty sprzętu w trakcie realizacji pomiędzy poszczególnymi odcinkami robót,
- załadunek i transport sprzętu po zakończeniu prac z budowy do bazy sprzętu,
- transport i przerzuty węzłów roboczych (silosy + mieszalnik)

40.000 zł

Ciężki sprzęt do wykonywania kolumn DSM wymaga transportu zestawami niskopodwoziowymi, W załączeniu oferty z firm przewozowych METRANS Z. O., Usługi Transportowe Robert Irga, TRANS-SERWIS na transport i przerzuty sprzętu (Załączniki nr 4, 5, i 6). Należy zwrócić uwagę, że odległość pomiędzy bazą sprzętu a

placem budowy nie ma znaczącego wpływu na koszt mobilizacji / demobilizacji sprzętu.

2) W załączeniu przedstawiamy ofertę z firmy Lafarge na dostawę cementu (Załącznik nr 7).

Zużycie cementu przyjęto na podstawie wytycznych zawartych w opracowaniu „Projektowanie i wykonawstwo posadowienia wiaduktów autostradowych na podłożu wzmocnionym metodą wgłębnego mieszania gruntu (DSM)” (prof. dr hab. inż. M. T. - V Ogólnopolska Konferencja Mostowców, 2008) - w załączeniu (Załącznik nr 8).

3) Zgodnie o informację uzyskaną w Tarnowskich Wodociągach Sp. z o.o. nie ma możliwości poboru wody bezpośrednio z hydrantu na wskazanym terenie inwestycji, lub w pobliżu.

Przy zamówieniu dostawy w Tarnowskich Wodociągach Sp. z o.o. koszt wody wynosi:

- koszt wody z ujęcia: 4,00 zł/m³

- transport wody beczkowozami: 200 zł za kurs 6m³ = 33.33 zł/m³

Razem 37,33 zł/m³

Do kalkulacji przyjęto wynajem beczkowozu o poj. 6m³ za cenę 1056zł/ dzień pracy beczkowozu i przy założeniu 8 kursów dziennie, co daje:

- koszt wody z ujęcia: 4,00 zł/m³

- transport wody beczkowozami: 1056 zł / (8 x 6m³) = 22.00 zł/m³

Razem 26,00 zł/m³

4) Zgodnie z obowiązującymi standardami dla wykonywania kolumn DSM przyjęto pobieranie każdego dnia roboczego kompletu próbek dla każdej z 2 wiertnic. Koszt badania laboratoryjnego 1 kompletu wynosi 200zł, co daje kwotę dla całego zakresu: 150 dni x 2 kpi x 200 zł = 60.000 zł

5) stawka pracy sprzętu obliczona przy założeniu dzierżawy palownicy. Miesięczny koszt dzierżawy palownicy do wykonywania kolumn DSM o średnicy i długościach przewidzianych dokumentacją (np. Bauer BG24H) wynosi ok. 25.000 EUR przy założeniu 200 godz. pracy maszyny w miesiącu, co daje: 25.000 EUR x 4,4 zł/EUR : 200 h = 550,00 zł/h

Należy tutaj zauważyć, że z uwagi na duży zakres robót do wykonania w krótkim terminie zamawiający wymagał dysponowania min. 2-ma palownicami, których wg

naszej wiedzy firma SKANSKA S.A. nie posiada i byłaby tak czy inaczej zmuszona do wynajmu takiego sprzętu lub podzlecenia tych robót podwykonawcy. Przekazujemy w załączeniu kopię faktury za miesięczny wynajem maszyny Bauer BG24H (z uwagi na tajemnicę handlową ukryto nazwę wynajmującego) gdzie miesięczny koszt najmu wynosi (bez opłat dodatkowych) 25.200 EUR (Załącznik nr 9).

Nawet, jeśli by przyjąć, że palownica stanowi własność wykonawcy i jest w 100% zamortyzowana, to i tak należy w wycenie ująć koszt utrzymania tego sprzętu (w tym serwis, przeglądy techniczne, naprawy, części zamienne, ubezpieczenie) na poziomie 100-150 zł/h.

6) stawka obejmuje utrzymanie sprzętu oraz zużycie paliwa dla pomp mieszalników (ok. 10 l paliwa na godz.)

7) Do wykonywania kolumn DSM potrzebny jest zespół składający się z 4 osób: operator palownicy, pomocnik operatora, operator mieszalnika, brygadzysta/kierownik robót). Pracownicy muszą posiadać wysokie kwalifikacje, a co za tym idzie ich wynagrodzenie jest odpowiednio wysokie. Z całą pewnością nie może to być najniższe wynagrodzenie wynikające z aktualnie obowiązujących przepisów.

Przyjęta do kalkulacji stawka 50zł/h obejmuje wynagrodzenie pracowników jak również koszty dodatkowe z nim związane takie jak koszty pośrednie pracodawcy, odzież ochronną, posiłki regeneracyjne.

Geomaterac (pole o wym. 1,78 m x 1,78 m):

-dostawa kruszywa $51,70 \text{ zł/t} \times 2,0 \text{ t/m}^3 \times 1,78 \text{ m} \times 1,78 \text{ m} \times 0,35 \text{ m} = 114,66 \text{ zł}$

- dostawa georusztu $6,51 \text{ zł/m}^2 \times 1,78 \text{ m} \times 1,78 \text{ m} = 20,63 \text{ zł}$

- dostawa geowłókniny $3,97 \text{ zł/m}^2 \times 1,78 \text{ m} \times 1,78 \text{ m} = 12,58 \text{ zł}$

-robocizna $25 \text{ zł/m}^3 \times 1,78 \text{ m} \times 1,78 \text{ m} \times 0,35 \text{ m} = 27,72 \text{ zł}$

Razem koszt wykonania geomateraca: 175,59 zł

W załączeniu oferta na dostawę kruszywa z firmy EUROVIA (Załącznik nr 10) oraz geosyntetyków z firmy INORA (Załącznik nr 11).

1) Roboty wykonywane będą z udziałem podwykonawcy. Stawka obejmuje ścinanie głowic kolumn, rozładunek kruszywa z wagonów i transport na tymczasowe składowisko, wykonanie geomateraca (transport kruszywa ze składowiska tymczasowego, rozłożenie georusztu, formowanie geomateraca z zagęszczeniem)

Łącznie koszty bezpośrednie wykonania 1 kolumny DSM wraz z warstwą transmisyjną wynoszą więc $1041,37 + 175,59 = 1216,96$ zł, co daje koszt jednostkowy $1216,96 / 7,8 = 156$ zł/mb. Do tej wartości należy jeszcze doliczyć koszty ogólne oraz godziwy zysk - przyjmując łącznie ok. 10% narzutu, minimalna cena ofertowa kolumn DSM z warstwą transmisyjną nie powinna być niższa niż ok. 172 zł/mb, podczas gdy cena jednostkowa zaoferowana przez SKANSKA za wykonanie kolumn DSM wraz z warstwą transmisyjną wynosi 104,85 zł/mb. Stanowi ona 51% średniej cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. Należy w tym miejscu zauważyć, że wszyscy pozostali wykonawcy to firmy, które są uznanymi i specjalistycznymi wykonawcami robót geotechnicznych, w tym kolumn DSM.

Przedstawił także porównanie cen jednostkowych z ofert wykonawców [Skanska, Aarsleff, Keller IMB Podbesk. i Sanel] dla podstawowych – jego zdaniem - elementów będących przedmiotem zamówienia: Kolumny DSM 0 1000mm + warstwa transmisyjna; Kolumny żwirowe 0 600- 800mm + warstwa transmisyjna; gwoździe gruntowe.

Zdaniem Odwołującego powyższe wyliczenia pokazują, że (...) cena jednostkowa za wykonanie kolumn DSM zaproponowana przez SKANSKA jest niewiarygodna i nierynkowa. Zwłaszcza w kontekście faktu, iż wykonawca ten nie specjalizuje się w wykonywaniu robót tego typu i będzie musiał posiłkować się podwykonawstwem. Podwykonawcy z kolei nie mają takich możliwości organizacyjno – finansowych, aby uzyskiwać znaczące rabaty na materiały i urządzenia. Odwołujący sam jest znaczącym wykonawcą robót z użyciem kolumn DSM i korzysta z rabatów na materiały, urządzenia, itp. W tym kontekście Odwołujący oświadcza, iż nie ma możliwości wykonania kolumn DSM za taką cenę, jaka została zaproponowana przez SKANSKĄ. Odwołujący jednocześnie informuje, iż nawet jeżeli z wyjaśnień SKANSKA będzie wynikać, iż jakiś podwykonawca oferuje wykonanie tego elementu za kwotę wskazaną w ofercie SKANSKA, to oferta tego podwykonawcy również powinna być sprawdzona w oparciu o miarodajne współczynniki, podane przez Odwołującego powyżej. W innym wypadku rzetelna ocena ceny tego elementu będzie fikcyjna. SKANSKA jest podmiotem na tyle dużym, że może wymuszać od swoich kontrahentów wykonywanie robót poniżej cen rynkowych (zwłaszcza w świetle bardzo ciężkiej sytuacji w branży budowlanej), oraz ma takie możliwości finansowe, że może przez dłuższy czas stosować ceny dumpingowe bez uszczerbku dla swojej bieżącej wypłacalności. Dzieje się tak w

sytuacjach, gdy duży podmiot wchodzi do innego sektora branży i zamierza natychmiast wyrobić sobie pozycję, zdobyć doświadczenie i osłabić obecną już w tym sektorze konkurencję. Co do zasady nie można wykluczać zdrowej konkurencji na rynku, ale nie może to się odbywać kosztem wykonawców, którzy rzetelnie kalkulują swoje oferty i kosztem jakości realizowanych zamówień”. Odwołujący wniósł o bardzo szczegółowe sprawdzenie ewentualnych ofert podwykonawczych pod kątem informacji i parametrów cenowych przedstawionych przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu.

W podsumowaniu stwierdził, że całokształt przedstawionego materiału dowodowego dowodzi, że SKANSKA nie spełniła warunków udziału w postępowaniu, gdyż oferta albo nie jest zgodna z SIWZ (jeśli wykonawca ten wycenił inną technologię niż przewidziana w SIWZ). albo jego oferta jest rażąco niska. Ponadto, Zamawiający bezprawnie utajnił wyjaśnienia tego wykonawcy, w zakresie który nie podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, czym uniemożliwił innym wykonawcom skorzystanie z ustawowych praw oraz w sposób niedopuszczalny uchylił się od obowiązku odrzucenia tej oferty. Z ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, iż zastrzeżenie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny należy uznać za skuteczne i uzasadnione, a w świetle przedstawionych dowodów i akt postępowania przetargowego brak jest przesłanek wystarczających do stwierdzenia, iż oferta SKANSKA podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność z SIWZ. Odwołujący wnosi o powołanie biegłego, który uzyskując dostęp do informacji poufnych z wyłączeniem wykonawców, zbada zgodność zaoferowanych przez SKANSKA rozwiązań z wymogami Zamawiającego zawartymi w SIWZ i PFU oraz kompletność elementów kalkulacyjnych w kontekście wymogów technologicznych przy wykonywaniu pali DSM.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

Uzasadnienie odwołania nie odnosi się stricte do treści Wyjaśnień, [które zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa] ale bazuje na danych i kalkulacjach przedstawionych przez Odwołującego. Odnosząc się do

poszczególnych argumentów poczynionych w odwołaniu niniejszym omówił w szczególności następujące okoliczności:

1) Odwołujący wskazuje, że „cena zaproponowana za sporny element [kolumny DSM, kolumny żwirowe KKS oraz gwoździ gruntowe - przyp. wł. jest ceną całkowicie niewiarygodną i oderwaną od wartości rynkowych, a sposób jej kalkulacji nie może zostać uznany za stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. Co jest tym bardziej podejrzane, że (...) SKANSKA we wcześniejszych przetargach na wykonanie wzmocnień podtorza wyceniała wykonanie kolumn DSM o nawet mniejszej średnicy stosując wielokrotnie większe ceny.” (vide: strona 8 odwołania). Zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Odwołującego. W zakresie argumentu, że zaoferowana przez SKANSKA cena jest oderwana od „wartości rynkowych”. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedkłada dowody, które nie potwierdzają sformułowanej przez niego argumentacji. Jako załączniki do odwołania zostały załączone oferty handlowe kontrahentów Odwołującego oraz rozstrzygnięcia postępowań, w których w zakres przedmiotu zamówienia wchodziło wykonanie ww. kolumn. Wskazania wymaga, iż fakt, że kontrahenci Odwołującego zaoferowali zrealizowanie zamówienia za określone kwoty (które następnie zostały przyjęte przez niego do kalkulacji ceny oferty) nie oznacza, że pozostali wykonawcy opierali się na identycznych danych, założeniach i nawiązali kontakty handlowe z tymi samymi firmami. Wskazał, że dokonane przez poszczególnych wykonawców kalkulacje cenowe mające swoje odzwierciedlenie w złożonych RCO wskazują, iż każdy z wykonawców przyjął zupełnie inną metodę kalkulacji za poszczególne elementy zamówienia. Przedstawił dane z ofert [Skanska, IBM, Keller, Aarsleff i Sanel], co do cen za wykonanie: kolumn DSM, kolumn żwirowych i gwoździowania, które to dane prowadzą do wniosku, że (..) nie ma możliwości określenia średniej, rynkowej kwoty za realizację danych elementów zamówienia, gdyż kwoty oferowane przez wykonawców odbiegają od siebie nawet o 100%”. Te dane pokazują (...) również, iż każdy z wykonawców przyjął odmienną metodę kalkulacji, przerzucając koszty związane całością prac do poszczególnych pozycji. Przykładowo SANEL zaoferował wykonanie kolumn żwirowych za kwotę 469 059,00 zł (najwyższa wartość ze wszystkich ofert) przy jednoczesnym wykonaniu gwoździowania za 1 761 000,00 zł (druga najniższa wartość ze wszystkich złożonych ofert). Natomiast KELLER zaoferował wykonanie kolumn żwirowych za 159 183,60 zł (druga najniższa wartość ze wszystkich złożonych ofert) przy wykonaniu gwoździowania za 2 342 130,00 zł

(jedna z najwyższych wartości ze wszystkich złożonych ofert). Powyższe niezbitcie dowodzi, iż w niniejszym postępowaniu - ze względu na specyfikę oraz charakter zamówienia - każdy z wykonawców przyjął odmienną metodę kalkulacji, opierając się na innych założeniach. Jako potwierdzenie, że SKANSKA zaoferowała wykonanie zamówienia za cenę odpowiadającą realiom rynkowym wskazał na ceny [dotyczące wykonania kolumn DSM i kolumn żwirowych oraz gwoździowania] z innych postępowań [Przebudowa linii kolejowej nr 133 Obiekt 14-stacja Kraków Mydlniki od km 62,400 do 65,400; Przebudowa linii kolejowej nr 133 Obiekt 14-stacja Kraków Mydlniki od km 62,400 do 65,400; Przebudowa linii kolejowej nr 133 Obiekt 14-stacja Kraków Mydlniki od km 62,400 do 65,400] prowadzonych przez Zamawiającego stwierdzając, że inni wykonawcy dokonywali kalkulacji wykonania ww. kolumn oraz gwoździ za ceny zbliżone do tych, które zaproponowała SKANSKA. Także, jego zdaniem, formułowana przez Odwołującego argumentacja, zmierzająca do wykazania, iż SKANSKA w sposób nieprawidłowy dokonała kalkulacji cenowej poszczególnych elementów zamówienia jest niezasadna.

2) Odwołujący wskazał, że „wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust 1 Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych twierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. (...) W realiach niniejszego postępowania sposób kalkulacji ceny wykonania kolumn DSM budzi poważne wątpliwości i winien zostać szczegółowo wykazany i udowodniony przez SKANSKA. Z drugiej zaś strony elementy kalkulacyjne nie mogą zostać uznane za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jako że wymogu technologiczne w tym zakresie były wspólne dla wszystkich wykonawców.” Ponownie zwrócił uwagę, że Odwołujący z uwagi na utajnienie Wyjaśnień opiera jedynie na przypuszczeniach oraz domysłach, stwierdzając, że (...) treść Wyjaśnień czyni zadość treści wezwania, jak również jednoznacznie wykazuje, że zaoferowana przez SKANSKA cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej”. Odnosząc się do treści Wyjaśnień [w uwadze podając, że dotyczy to wyjaśnień SKANSKA zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa] stwierdził, że (...) są one rzeczowe oraz konkretne, o czym świadczą poniższe okoliczności:

- SKANSKA jako jedyny wykonawca dokonała na etapie postępowania wizji lokalnej placu budowy, w związku należy założyć, iż posiadała szerszy zakres wiedzy o specyfikę zamówienia aniżeli pozostali wykonawcy, co przyczyniło się na możliwość zaoferowania niższej ceny,

- SKANSKA szczegółowo opisała koszty: robocizny, sprzętu, materiałów, transportu, posiadanych zasobów oraz kosztów podwykonawstwa wraz ze wskazaniem czynników wpływających na zmniejszenie kosztów oraz procentowego wskazania jak opisane czynniki wpłynęły na zniwelowanie wysokości wykonania robót,
- SKANSKA złożyła szczegółowe kosztorysy składające się na poszczególne pozycje RCO - tabela nr 3 (strona 9) obejmuje koszt kolumn DSM, których wysokość kwestionuje Odwołujący. W ocenie Zamawiającego przeprowadzona kalkulacja została wykonana w sposób szczegółowy, a wartości przyjęte w kalkulacji odpowiadają treści złożonych dowodów oraz cenom rynkowym,
- SKANSKA do złożonych wyjaśnień złożyła oferty handlowe kontrahentów oraz podwykonawców, jak również wydruki komputerowe potwierdzające zasadność przyjętych do wyliczeń danych,
- W ocenie Zamawiającego z uwagi na treść wyjaśnień oraz ilość oraz charakter złożonych dowodów należało uznać, że wobec SKANSKA nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty z powodu istnienia ceny rażąco niskiej”.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA jako ofert której treść nie odpowiada SIWZ Odwołujący na stronie 8 odwołania wskazał, że: „w niniejszym postępowaniu typ i parametry kolumn DSM i kolumn żwirowych KSS i gwoździ gruntowych są znane od samego początku, a technologia ich wykonania ich wykonania winna być taka sama w przypadku wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (...). Natomiast jeżeli SKANSKA chce wykonać ten element w innej technologii i zastosowała wycenę de facto odnoszącą się do innej technologii i jawnie naruszyła SIWZ i powinna zostać odrzucona.”

Zamawiający nie zgadzając się z argumentacją Odwołującego wskazał, że „W PFU w pkt 2.1.1 (strona 15 PFU) Zamawiający wprost dopuścił możliwość zastosowania innej, równoważnej metody wykonania zamówienia: „W przypadku zaproponowania przez Wykonawcę rozwiązań zamiennych, równoważnych z rozwiązaniem ujętym w powyższym projekcie wykonawczym Wykonawca musi uzyskać na to pozytywną opinię Inżyniera, a także uzyskać akceptację Zamawiającego. (...) W przypadku rozwiązań zamiennych polegających na zastosowaniu innych kolumn/pali/gwoździ niż, te które są wskazane z projekcie wykonawczym stanowiącym podstawę wyceny ofertowej ich wartość i ilość nie mogą spowodować wzrostu wartości umowy. (...)” W pkt 2.2.4 PFU (strona 21 PFU) wskazano, że: „Dopuszcza się możliwość

zastosowania przez Wykonawcę rozwiązań i materiałów zamiennych (równoważnych) w odniesieniu do rozwiązań przyjętych w dokumentacji budowlanej, które nie spowodują konieczności zmiany pozwoleń na budowę."

Z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez SKANSKA Zamawiający nie odniesie się do kwestii zaoferowanych przez ww. wykonawcę rozwiązań wskazując jedynie, iż odpowiadają one wymaganiom określonym w SIWZ. Zamawiający pragnie wskazać, iż nawet jeżeli SKANSKA - jak wskazuje to Odwołujący - przyjęła do kalkulacji inną metodę wykonania zamówienia / inne materiały (równoważne) to w kontekście brzmienia ww. fragmentu PFU to nie ma podstawy do uznania, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ. Zamawiający w ramach niniejszego postępowania pozostawił wykonawcom swobodę i dowolność w doborze środków oraz metod wykonania zamówienia, co mieściło się w dyspozycji art. 29 Pzp. Reasumując stwierdził, że Odwołujący nie wskazał żadnych innych argumentów mogących świadczyć o tym, że oferta SKANSKA jest niezgodna z SIWZ.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp opartego na twierdzeniu zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA jako oferty zawierającej błędy w obliczaniu ceny, Zamawiający stwierdził, że (...) Odwołujący w żadnym miejscu uzasadnienia odwołania nie wskazał uzasadnienia ww. zarzutu. Wskazał, że zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania zasadności stawianych zarzutów. Przepis art. 190 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze stanowi, że: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.” W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie dochował ciężącego na nim obowiązku udowodnienia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz, że Zamawiający nie dopatrył się w stosunku do oferty SKANSKA błędu w obliczaniu ceny. Powołał się na orzecznictwo [m.in. KIO 1516/12, 1994/12, 1528/10] podnosząc, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego oraz, że błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wówczas, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to błąd, którego poprawienie, z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałoby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy. Pozostałe nieścisłości w określeniu ceny będą nadawały się do

poprawienia - z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, czy jako oczywiste omyłki pisarskie. Reasumując stwierdził, że SKANSKA dokonała kalkulacji oraz wypełniła RCO zgodnie z wytycznymi Zamawiającego przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności określonych w SIWZ.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp podniósł m.in., że w ocenie Odwołującego wyjaśnienia w jakim odnoszą się do kalkulacji wytworzenia kolumn DSM powinny zostać odtajnione, gdyż odnoszą się do ceny czyli elementu oferty, który w świetle art. 86 ust. 4 Pzp jest jawny. Zdaniem Zamawiającego, (...) SKANSKA w sposób skuteczny zastrzegła tajemnicą przedsiębiorstwa całość złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Z uwagi na charakter dokumentu oraz jego strukturę (informacje dotyczące elementów kalkulacji pokrywają się ze sobą, a poszczególne fragmenty dokumentu wzajemnie się uzupełniają) odtajnienie fragmentu wyjaśnień niweczyłoby by sens utajnienia wyjaśnień, bowiem umożliwiłoby konkurentom powzięcie informacji, które mają dla SKANSKA znaczenie biznesowe”. Wskazał ponadto, że w zakresie żądania Odwołującego SKANSKA przedłożyła informacje na temat metody kalkulacji oraz oferty handlowe kontrahentów świadczące o prawidłowości danych przyjętych do wyliczeń. Całość informacji w zestawieniu z danymi z RCO stanowi niejako know-how wykonawcy w zakresie metod wykonania zamówienia, doboru parterów oraz środków umożliwiających obniżenie kosztów realizacji inwestycji. Wskazał na opisany w wyjaśnieniach [także z uwagą, że w tej części treść wyjaśnień SKANSKA zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa] na wykorzystywane mechanizmy wyceny realizacji inwestycji, informacje na temat stosowanego systemu ochrony danych, doświadczenie zdobyte w ramach innych inwestycji, nie tylko realizowanych w ramach publicznej procedury, stwierdzając, że w ocenie Zamawiającego „utajnione przez SKANSKA informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Na potwierdzenie zasadności stanowiska powołał się na orzecznictwo [m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 marca 2016 r. ii GSK 2499/14; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07 oraz KIO/UZP 6/10 i wyrok SO w K. z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07]. Dodatkowo stwierdził, że Odwołujący na stronie 11-13 przedstawił własną kalkulację wyceny wykonania kolumn DSM przestawiając jednocześnie dowody na poprawność przyjętych danych. Zamawiający-w tym miejscu wskazuje, iż jak zostało wskazane w niniejszej odpowiedzi na odwołanie każdy z wykonawców biorących udział w

niniejszym postępowaniu przyjął inną metodę kalkulacji oferty. Na ceny ofert wpłynęły przyjęte założenia, wyliczenia kosztów materiałów i robocizny, koszty podwykonawców, możliwość otrzymania upustów i rabatów od kontrahentów oraz inne okoliczności wpływające na możliwość zmniejszenia ceny oferty, (o czym świadczy fakt, że ceny za poszczególne elementy zamówienia w RCO przez wykonawców różnią się od siebie znacząco). Wskazania wymaga, iż materiały oraz koszty robocizny przyjęte do wyceny nie mają cen sztywnych, w związku z tym każdy z wykonawców do kalkulacji miał możliwość przyjęcia innych stawek. To z kolei przełożyło się na wysokość oferowanych cen. W ocenie Zamawiającego zaprezentowana kalkulacja pozostaje bez wpływu na okoliczności niniejszej sprawy i nie powinna stanowić w żaden sposób podstawy orzekania przez Izbę.

Odnosząc się do wniosku o powołanie biegłego z zakresu geotechniki i fundamentowania w celu zbadania uwzględnienia wszystkich niezbędnych elementów kalkulacyjnych w ofercie Skanska S.A. dla wykonania pali DSM oraz zgodności opisanych w utajnionych wyjaśnieniach z dnia 25.10.2016 r. rozwiązań z wymogami OPZ stwierdził, że w jego ocenie w świetle wszystkich okoliczności sprawy opisanych w ramach niniejszej odpowiedzi na odwołanie powołanie biegłego wydaje się bezcelowe, niezasadne i wniósł o oddalenie wniosku dowodowego.

Zwrócił ponadto uwagę, że Odwołujący w treści odwołania (strona 14) formułuje tezę, iż SKANSKA zamierza wykonać zamówienie - poprzez wymuszenie określonych działań na swoich kontrahentach - poniżej kosztów jego wykonania (stosując tzw. ceny dumpingowe), które to okoliczności stanowią o czynie nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i stanowiłyby przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - jednakże odwołujący nie postawił takiego zarzutu w odwołaniu. W ocenie Zamawiającego powyższej przytoczone stanowisko Odwołujące – nie poparte żadnymi dowodami - nosi znamiona pomówienia i ma na celu zdyskredytowanie SKANSKA. 4. Na stronie 14 odwołania zostało wskazane, że: „SKANSKA nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż jej oferta albo nie jest zgodna z zapisami SIWZ (jeśli wykonawca ten wycenił inną technologię niż przewidziana w SIWZ) albo jego oferta jest rażąco niska”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Skanska S.A. z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art.192 ust.2 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE, a zatem w niniejszej sprawie mają przepisy – ustawy Prawo zamówień publicznych po ich zmianie ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020).

Rozpoznając, w pierwszej kolejności, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 86 ust. 4 z uwagi na zastrzeżenie przez wykonawcę Skanska S.A. [w zakresie dotyczącym ceny] wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie [pismo z dnia 13.10.2016 r.] wykonawca udzielił [pismo z dnia 26.10.2016 r.] takich wyjaśnień, które składają się z dwóch części. Pierwsza z nich na stronach od 1 do 7 to ogólne wskazanie, w tym na orzecznictwo, że cena oferowana nie jest rażąco niska wraz z podaniem przyczyn z powodu których druga część wyjaśnień – załącznik A do tego pisma objęto ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ten załącznik składa się także z dwóch części. Pierwsza z nich [str od 1 do 12] prezentuje okoliczności odnoszące się do kalkulacji podanych w formularzu cen w załączniku A1, a druga obejmuje powołane w omawianych kalkulacjach załączniki - oferty przedsiębiorstw – dostawców materiałów i firm wykonawczych oraz kosztorysy. Analiza wyjaśnień od strony 1 do 7 pokazała, że nie powinny one w tej części korzystać z ochrony, jaką przyznaje ustawa Pzp w art. 8 ust. 3. Ich treść bowiem ma ogólny charakter, a zamieszczona na stronie 7 tabela zawiera zestawienie cen pochodzących ze złożonych w tym postępowaniu ofert. Może tylko jedna wartość wskazana na str 3 w akapicie 2, odnosząca się do stawki godzinowej członka brygady roboczej ma zindywidualizowany charakter, ale tylko z tego powodu objęcie zastrzeżeniem poufności wszystkich danych od strony 1 do 7 nie było zasadne. W pozostałym zakresie dane zasługiwały na ochronę. Przedstawione kalkulacje i ich omówienie szczegółowo odnosi się do pozycji z Formularza ofertowego A1, a podane wartości zostały potwierdzone ofertami firm,

które uczestniczyć będą pośrednio – w szerokim tego słowa znaczeniu - w procesie realizacji zamówienia. Tym samym takim informacjom nie można odmówić waloru wartości gospodarczej.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 90 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp Izba stwierdza, że podnosząc zarzut w takim zakresie Odwołujący wskazał na „na zaniechanie wezwania SKANSKA S.A. do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji cen jednostkowych oferty, w szczególności ceny jednostkowej dla kolumn DSM, kolumn żwirowych i gwoździ gruntowych, a w konsekwencji art. 90 ust. 3 tej ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu nie udzielenia wyjaśnień odnośnie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową. Pierwszy z przepisów wymaga, w sytuacji: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości (...) skierowania wezwania do wykonawcy o złożenie wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei ust.3 art. 90 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ich ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z ustaleń, powołanych powyżej w związku z rozpoznawanym zarzutem naruszenia art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp - do wykonawcy Skanska, w związku z oferowaną ceną, Zamawiający w piśmie z dnia 13.10.2016 r. skierował wezwanie, w którym m.in. podano, że zostało ono wystosowane zgodnie z art. 90 ust.1 ustawy Pzp oraz, że cena całkowita jest niższa niż 30 % wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a ustalonej na podstawie art. 35 ust.1 i 2 ustawy Pzp. W wezwaniu wskazano w jakim w szczególności zakresie wyjaśnienia mają być udzielone, a także o przedłożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny. To wezwanie oparto na treści art. 90 ust.1 Pzp – w jego treści przytoczono jego treść. Wykonawca w odpowiedzi przedłożył szczegółowe wyjaśnienia. Jak wskazano w załączniku A, którego treść została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa, [od str 8 do 12], zaprezentowano kalkulację dla każdej pozycji cenowej z formularza ofertowego A1, w tym co do spornych kolumn DSM, kolumn żwirowych i gwoździ gruntowych, załączając także oferty handlowe. Wobec tych ustaleń podnoszony zarzut naruszenia art. 90 ust.1 i 3 ustawy Pzp, z uwagi na treść wyjaśnień, a także charakter złożonych dowodów, nie zasługuje na uwzględnienie.

Także nie zasługują na uwzględnienie zarzuty w zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp. W tym przypadku, co do zarzutu rażąco niskiej ceny [art. 89 ust.1 pkt 4] Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę SKANSKA cena nie jest oderwana od „wartości rynkowych”. Nie można bowiem za dowód – oczywisty i bezsporny – uznać ofert handlowych kontrahentów Odwołującego oraz treści ofert złożonych w postępowaniach, w których w zakres przedmiotu zamówienia wchodziło wykonanie m.in. spornych kolumn. Fakt, że kontrahenci Odwołującego zaoferowali zrealizowanie zamówienia za określone kwoty, (które następnie zostały przyjęte przez niego do kalkulacji ceny oferty) nie oznacza, że pozostali wykonawcy opierali się na identycznych danych, założeniach i nawiązali kontakty handlowe z tymi samymi firmami. Wykonawca Skanska składając wyjaśnienia przedłożył oferty handlowe jego kontrahentów na poparcie każdej z pozycji wskazanej w formularzu ofertowym. Ponadto Zamawiający na rozprawie przedstawiał dane z innych postępowań, z których wynikało, że wykonawcy – dla podobnych zamówień - dokonywali kalkulacji wykonania kolumn oraz gwoździ za ceny zbliżone do tych, które zaproponowała SKANSKA.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznając jego niezasadność nie może potwierdzić, że wykonawca Skanska dla kolumn DSM i kolumn żwirowych KSS i gwoździ gruntowych zastosował inną technologię ich wykonania niż przewidziana w specyfikacji – także, co do ich typu i parametrów. Ponadto – za Zamawiającym - wskazuje, że „W PFU w pkt 2.1.1 (strona 15 PFU) Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania innej, równoważnej metody wykonania zamówienia: „W przypadku zaproponowania przez Wykonawcę rozwiązań zamiennych, równoważnych z rozwiązaniem ujętym w powyższym projekcie wykonawczym Wykonawca musi uzyskać na to pozytywną opinię Inżyniera, a także uzyskać akceptację Zamawiającego. (...) W przypadku rozwiązań zamiennych polegających na zastosowaniu innych kolumn/pali/gwoździ niż, te które są wskazane z projekcie wykonawczym stanowiącym podstawę wyceny ofertowej ich wartość i ilość nie mogą spowodować wzrostu wartości umowy. (...)” W pkt 2.2.4 PFU (strona 21 PFU) wskazano, że: „Dopuszcza się możliwość zastosowania przez Wykonawcę rozwiązań i materiałów zamiennych (równoważnych) w odniesieniu do rozwiązań

przyjętych w dokumentacji budowlanej, które nie spowodują konieczności zmiany pozwoleń na budowę."

Reasumując, Izba uznała, że ustalenia nie prowadzą do wniosku, że oferta wykonawcy Skanska w zaskarżonym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp także nie podlega uwzględnieniu. Zarzut ten oparto na twierdzeniu, że oferta wykonawcy Skanska zawiera błędy w obliczaniu ceny. Niewątpliwie Odwołujący, jak podnosił Zamawiający, w odwołaniu nie uzasadnił tego zarzutu. Przepis art. 190 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze wymaga, aby strony i uczestnicy postępowania odwoławczego wskazywali dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z treści formularza RCO oraz z przedstawionych kalkulacji wynika, że został on wypełniony zgodnie z wytycznymi Zamawiającego przy uwzględnieniu okoliczności określonych w specyfikacji.

Izba stwierdza jednocześnie, że w zakresie rozpoznawanego zarzutu naruszenia art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp musiała być uwzględniona z urzędu odpowiednio reguła z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podnoszony w odwołaniu zarzut podlega uwzględnieniu wtedy gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Informacje zawarte na stronie 1 – 7 załącznika A, które nie powinny korzystać z ochrony, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec ustaleń Izby w zakresie zarzutów dotyczących oferowanych cen, pozostają bez wpływu na wynik tego postępowania, a którego wynikiem jest wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Skanska.

Wobec powyższych ustaleń orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....