

WYROK

z dnia 15 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2015 r. **przez odwołującego:** Skanska S.A. ul. Gen. Zajączka 9; 01-518 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

przy udziale: przystępującego Trakcja PRKil Spółka Akcyjna ul. Złota nr 59 XVIII p. 00-120 Warszawa **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje odrzucenie oferty przystępującego po stronie zamawiającego i nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.
2. kosztami postępowania obciąża Trakcja PRKil Spółka Akcyjna ul. Złota nr 59 XVIII p. 00-120 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Skanska S.A. ul. Gen. Zajączka 9; 01-518 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Trakcja PRKil Spółka Akcyjna ul. Złota nr 59 XVIII p. 00-120 Warszawa na rzecz Skanska S.A. ul. Gen. Zajączka 9; 01-518 Warszawa kwotę 20.000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

- 2.3. zasądza od Trakcja PRKil Spółka Akcyjna ul. Złota nr 59 XVIII p. 00-120 Warszawa na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Treść odwołania wniesionego w dniu 31 grudnia 2015 roku

Odwołanie dotyczy postępowania przetargowego „Na wykonanie dodatkowych wzmocnień gruntów na odcinku Ropczyce - Sędziszów Małopolski w km od 124,9000 do km 133,600 wraz z opracowaniem projektu wykonawczego i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, w ramach projektu POLiŚ Nr 7.1-30 „Modernizacja linii Kolejowej E30/C-E 30, odcinak Kraków - Rzeszów, Etap III”.

Postępowaniu nadano numer wewnętrzny: Nr 6060/ICZ3/07951/02939/15/P

Odwołanie wobec czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty

Działając na podstawie i w trybie przepisu art. 180 ust. 1, w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015., Nr 2164 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą PZP” Wykonawca - Skanska S.A., zwana dalej „Odwołującym”, lub „Skanska” wnosi odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Wykonawcę: Trakcja PRkil S.A. ul. Złota 59 XVIIIp.,00-120 Warszawa, zwanej dalej „Trakcja PRkil”.

I. Termin na wniesienie odwołania

Stosownie do przepisu art. 182 ust.1 pkt 1) ustawy PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

W przedmiotowym stanie faktycznym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wpłynęło w dniu 23.12.2015 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W związku z powyższym odwołanie należy uznać za wniesione w terminie.

II. Wskazanie interesu we wniesieniu odwołania

Odwołujący powołał ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego poniżej wskazanych przepisów ustawy PZP. Gdyby bowiem Zamawiający działał zgodnie z prawem wybrana oferta Wykonawcy -Trakcja PRkil powinna zostać odrzucona, a Zamawiający powinien wybrać ofertę Odwołującego.

Należy wskazać także, iż w przypadku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego odwołania odwołujący będzie miał możliwość zawarcia umowy z zamawiającym i zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania.

III. Wskazanie przepisów, które naruszył zamawiający:

Odwołujący wnosi odwołanie wobec wskazanych poniżej czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trakcja PRKil, mimo iż jego oferta nie odpowiada treści siwz,
- 2) przepisu art. 90 ust. 3 ustawy PZP w związku z art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trakcji PRKil pomimo, iż Wykonawca nie udowodnił, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska,
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów Ustawy PZP,
- 4) przepisu art. 90 ust. 1 ustawy PZP poprzez niewezwanie do złożenia wyjaśnień Wykonawcy Trakcja PRKil po złożeniu oferty papierowej przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej.

IV. Wskazanie żądań odwołującego

Wobec naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy PZP odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Trakcja PRKil jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu,
- 3) odrzucenia oferty Trakcja PRKil
- 4) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej

Odwołanie zawiera następujące uzasadnienie

1. Zarzut niezgodności treści oferty z siwz.

W trakcie oceny ofert zamawiający skierował do wykonawcy Trakcja PRKil wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 Pzp, a następnie wezwanie na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp ze wskazaniem, iż treść wyjaśnień złożonych przez Trakcję PRKil w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust.1 Pzp oferty budzi wątpliwości zamawiającego, gdyż jak oświadczył wykonawca - cena jego oferty wynika z przyjętego rozwiązania zamiennego.

W dniu 27.11.2015 r. zamawiający skierował do Wykonawcy Trakcja PRKil wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z wskazaniem, iż złożone wyjaśnienia i dowody mają przekonać zamawiającego, a później też innych uczestników postępowania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający w treści wezwania wyraźnie zaznaczył, iż przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Tymczasem, wykonawca Trakcja PRKil złożył w dniu 03.12.2015 r. wyjaśnienia, z których jednoznacznie wynika, że konkurencyjna cena jego oferty wynika z przyjętego rozwiązania zamiennego tj. zastosowania kolumn MSC i kolumn CMC zamiast wymaganych z opisu przedmiotu zamówienia kolumn metodą jet-grouting

Powyższe bezsprzecznie pokazuje, że oferta Trakcji PRKil jest niezgodna z treścią siwz, co także doprowadziło do nieuzasadnionego obniżenia ceny przez tego oferenta, bowiem wyceniono przedmiot zamówienia zupełnie inny niż wymagał tego zamawiający.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przedmiotem zamówienia jest min. wykonanie robót budowlanych tj. wzmocnienie podłoża nasypów kolumnami przy użyciu wysokociśnieniowej iniekcji strumieniowej jet-grouting wraz z warstwą transmisyjną i strefą przejściową w oparciu o dokumentację projektową.

Odwołujący pragnie w tym miejscu powtórzyć za zamawiającym słowa zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy Aarsleff Sp. z o.o., „ na etapie składania ofert wymogiem zamawiającego było wykonanie kolumn w technologii z jet-grouting co jednoznacznie wynikało z Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO). Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty wariantowej. W konsekwencji wykonawcy nie mogli złożyć ofert przewidujących odmienny sposób niż określony przez zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami pkt. 1.1. i 1.3. tomu II siwz oraz § 8 ust. 4 umowy zmiana technologii wykonania zamówienia mogła być dokonana dopiero na etapie realizacji, pod warunkiem spełnienia szeregu warunków”.

Zatem działanie wykonawcy Trakcja PRKil polegające na złożeniu oferty z przyjętym rozwiązaniem zamiennym doprowadziło do złożenia oferty nieporównywalnej z innymi oferentami, a przede wszystkim oferty wariantowej i niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca trakcja PRKil ponownie w piśmie z dnia 14.12.2015 r. wskazał, iż w trakcie aukcji elektronicznej zaproponował zamawiającemu tańsze rozwiązanie zamienne. Jednocześnie oświadczył, iż w przypadku braku akceptacji na zastosowanie technologii zamiennej wykona zamówienie z zastosowaniem technologii jet-grouting.

Nie można się zgodzić z działaniem wykonawcy Trakcja PRKil, które polegało na zmianie treści oświadczenia woli wobec wcześniejszego, jednoznacznego oświadczenia, że zaoferowana cena dotyczy rozwiązania zamiennego. Tym bardziej, że zgodnie z postanowieniami pkt. 1.1. i 1.3. tomu II siwz oraz § 8 ust.4 Umowy zmiana technologii wykonania zamówienia mogła być dokonana dopiero na etapie realizacji. Przy czym podkreślić należy, iż nie była to zmiana automatyczna, ale zmiana na którą zamawiający musiał wyrazić zgodę. Zatem działanie wykonawcy zakładające automatycznie tą zgodę należy uznać za działanie nieuprawnione. Działanie to także jest nadużyciem prawa podmiotowego wobec innych wykonawców, bowiem żaden z wykonawców (z wyjątkiem

wykonawcy Aarsleff, którego oferta została odrzucona) nie zastosował rozwiązania zamiennego na etapie oferowania bez zgody zamawiającego.

Nieodrzućenie oferty wykonawcy Trakcja PRkil jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem zamawiający wyraźnie wskazał, iż zmiana może być dokonana na etapie realizacji to nie powinien uprzywilejować tego wykonawcy i pozwolić mu dokonać tej zmiany na etapie oferowania, a tym samym zmaksymalizować jego przewagę. Gdyby bowiem inni wykonawcy mieli świadomość takiego działania zamawiającego również mogliby zaoferować rozwiązania zamienne i w inny zupełnie sposób wycenić swoje oferty.

Ponadto wskazanie, że oferta zawiera to albo to rozwiązanie, czyli albo zgodne z siwz albo zamienne powoduje, iż oferta jest ofertą wariantową i tak naprawdę nie wiadomo co otrzyma zamawiający.

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt. 2) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zarzut rażąco niskiej ceny:

Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, które pozwolą Zamawiającemu na zbadanie czy cena oferty nie jest rażąco niska powinny zawierać dowody, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

Zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia powinny mieć charakter kompleksowy i rzeczowy, powinny być szczegółowe i wyczerpujące, tak aby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska. Wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i to wykonawcy muszą sprostać ciężarowi dowodowemu. Wykonawca ma wskazać w jakim stopniu wymienione przez niego

w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w siwz przez zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Trakcja PRKil w dniu 03.12.2015 r. nie są wyjaśnieniami, które wyjaśniają wysokość ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem wynikającym z siwz. Wyjaśnienia te w ogóle nie wskazują dlaczego wykonawca Trakcja PRKil zaoferował taką cenę i jakie czynniki miały wpływ na taką cenę.

Co więcej, wykonawca oświadcza, iż wycenił rozwiązanie zamienne, co należy ocenić jako oświadczenie o niezgodności oferty z siwz. Poza tym wskazanie przewagi konkurencyjnej w postaci powołania się na rozwiązania zamienne i udowadnianie ceny na tej podstawie jest nadużyciem prawa podmiotowego. Ponadto nie spełnia także wymogów wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Takie wyjaśnienia należy ocenić jako zbyt ogólne i nieuzasadniające możliwości za

oferowania ceny w taki sposób, aby przedmiot zamówienia był zgodny z siwz.

Wykonawca wręcz potwierdza, że za tą cenę nie jest w stanie wykonać zamówienia w technologii jet-grounding, nawet nie próbuje zatem wskazać żadnych obiektywnych przesłanek, które umożliwiają mu zaoferowanie takiej ceny.

Jedynym argumentem, dlaczego zaproponowano taką cenę jest argument technologii zamiennej, która na etapie oferowania nie była możliwa do wskazania. Co więcej, nie można nawet przyjąć, iż na etapie realizacji zamówienia będzie możliwa do zamiany, bo jak wskazano powyżej zmiana ta może nastąpić dopiero po spełnieniu szeregu warunków.

Wskazujemy także, iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 27.11.2015 r. wymagał, aby w złożonych wyjaśnieniach odnosić się do cen zawartych w Rozbiciu Ceny Ofertowej. Wykonawca Trakcja PRKil nie przedłożył odpowiedzi zgodnie z wymaganiem zamawiającego w tym zakresie.

Zatem Wykonawca Trakcja PRKil nie złożył wyjaśnień na wezwanie na podstawie art. 90 ust.1 Pzp w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, gdyż wyjaśnienia te są zbyt ogólne i w zasadzie potwierdzają, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Tym samym należy uznać, iż jego oferta podlega odrzuceniu.

Ponadto odwołujący pragnie nadmienić, iż z protokołu postępowania, udostępnionego odwołującemu w dniu 29.12.2015 r. nie wynika, aby wykonawca Trakcja PRKil został wezwany, tak jak to zamawiający uczynił wobec pozostałych oferentów, do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp po złożeniu oferty papierowej przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej, mimo że jego oferta była niższa o 30,75% w stosunku do wartości zamówienia szacowanej przez zamawiającego.

Z tych też, wyżej wymienionych powodów, a także z uwagi na zarzuty powołane w odwołaniu - dotyczące naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego wnosimy jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Przedmiotem odwołania jest zaskarżenie czynności zamawiającego, który wybrał najkorzystniejszą ofertę w wyniku aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie dodatkowych wzmocnień gruntów na odcinku Ropczyce - Sędziszów Małopolski w km od 124,900 do km 133,600 wraz z opracowaniem projektu wykonawczego i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, w ramach projektu POIiŚ Nr 7.1-30 „Modernizacja linii Kolejowej E30/C-E 30, odcinak Kraków - Rzeszów, Etap III”.

Zamawiający postępowaniu nadał numer wewnętrzny: 6060/ICZ3/07951/02939/15/P.

Zamówienie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.08.2015 r. pod poz. 2015/S 155 - 285 252 jako roboty budowlane.

Odwołującym jest spółka Skanska S.A. ul. Gen. Zajęczka 9; 01-518 Warszawa zwana dalej „odwołującym”.

Zamawiającym jest : PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”.

Przystępującym jest wykonawca wybrany: Trakcja PRkil Spółka Akcyjna ul. Złota nr 59 XVIII p. 00-120 zwany dalej „przystępującym po stronie zamawiającego”.

Co do terminu wniesienia odwołania to stosownie do przepisu art. 182 ust.1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej „ustawą Pzp.” odwołanie wniesiono w terminie 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zawiadomienie do odwołującego wpłynęło w dniu 23.12.2015 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Jak już wyżej wskazano odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w dniu 31 grudnia 2015 roku w ustawowo przewidzianym terminie.

Co do prawa wniesienia odwołania warunkowanego interesem w uzyskaniu zamówienia to w myśl art.179 ust.1 ustawy Pzp. odwołujący je posiada w związku z wynikiem aukcji elektronicznej.

Jak podniósł w odwołaniu gdyby zamawiający działał zgodnie z prawem to wybrana oferta przystępującego powinna zostać odrzucona a wybrana jego oferta.

Jak już wyżej wskazano z treści odwołania wynika, że według odwołującego zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp.:

- 1) przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego mimo iż jego oferta nie odpowiada treści siwz,
- 2) przepisu art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust.1 pkt 4) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo, iż wykonawca nie udowodnił, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska,
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów Ustawy PZP,
- 4) przepisu art. 90 ust. 1 poprzez nie wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawcy wybranego po złożeniu oferty papierowej przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej.

W związku z podniesionymi zarzutami, odwołujący podniósł żądanie uwzględnienia odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy wybranego,
- 4) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Przed rozprawą oraz wyznaczonym posiedzeniem z udziałem stron i uczestników pismem z dnia 13.01.2016 roku zamawiający złożył o odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty w całości.

W dniu 14 stycznia 2016r. na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika, uczestnik wykonawca wybrany złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości.

Na rozprawie w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Izba dokonała następujących ustaleń.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 23.12.2015 roku: dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty firmy TRAKCJA PRKił Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w wyniku aukcji elektronicznej za cenę 18.090.000,00 złotych z łącznym czasem wykonania robót wzmocnienia gruntu - 260 dni. Oferta uzyskała łącznie 100 punktów. Na drugim miejscu uplasował się odwołujący Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie łączną ilością 99,66 punktów. Odrzucono ofertę między innymi: AARSLEFF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. w związku z wyceną w Rozbiciu Cenowym Oferty (RCO) inną technologią niż jet-grouting. Powyższe ustalono w związku ze złożonymi wyjaśnieniami przez wykonawcę w dniu 15.12.2015 roku. Zgodnie z postanowieniami pkt 1.1. i 1.3. Tomu III SIWZ (Program Funkcjonalno- Użytkowy) oraz § 8ust.4 Tomu II SIWZ (Warunki Umowy) zmiana technologii wykonania zamówienia mogła być dokonana dopiero na etapie realizacji zamówienia, pod warunkiem spełnienia szeregu warunków. Dokonanie takiej zmiany na etapie składania oferty spowodowało złożenie oferty nieporównywalnej jak stwierdza zamawiający odrzucając ofertę tego wykonawcy.

Zamawiający w zakresie objętym sporem co do zmiany technologii w stosunku do wyceny w RCO udzielił następujących odpowiedzi na pytania:

W dniu 11.09.2015r. pytanie nr 10 czy jeżeli po wykonaniu uzupełniających badań geotechnicznych zajdzie konieczność zmiany technologii np.: jet grouting na dsm jak zamawiający będzie traktował te zmiany. Udzielono odpowiedzi jako rozwiązanie zamienne.

W dniu 14.09.2015 r. pytanie nr 71 czy zamawiający dopuszcza rozwiązania zamienne wobec projektowanych technologii wzmocnienia podtorza. Udzielono odpowiedzi: tak pod warunkiem, że projekty wykonawcze nie będą naruszać istotnych rozwiązań w zatwierdzonych projektach budowlanych i będą zgodne z warunkami pozwoleń na budowę. Należy uzyskać pozytywną opinię Inżyniera, zgodę projektanta projektu budowlanego, akceptację zamawiającego.

W dniu 10.11.2015 roku zamawiający zawiadomił o wykonawcach, którzy zostali zakwalifikowani do aukcji elektronicznej w tym odwołujący, wykonawca wybrany oraz wyżej wymieniony AARSLEFF Sp. z o.o. w Warszawie.

W dniu 27.11.2015 roku zamawiający po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 03.12.2015 roku wykonawca wybrany udzielił wyjaśnień gdzie między innymi stwierdził, że konkurencyjna cena wynika między innymi z przyjętego rozwiązania zamiennego to jest zastosowania kolumn MSC i kolumn CMC zamiast kolumn jet-grouting. Rozwiązanie to nie narusza rozwiązań przyjętych w zatwierdzonych projektach budowlanych oraz jest zgodne z warunkami pozwoleń na budowę, a jednocześnie pozwala na zmniejszenie ceny o 31 % tak wyjaśnia przystępujący po stronie zamawiającego.

W dniu 11.12.2015 roku zamawiający w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp. wystąpił o wyjaśnienie czy cena zaproponowana dla zamówienia po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej dotyczy zamówienia z zastosowaniem metody wymaganej zapisami programu Funkcjonalno - Użytkowego tj jet-grouting.

Wykonawca wybrany udzielił wyjaśnień w dniu 14.12.2015 roku. Stwierdził w nim między innymi „udzielając zamawiającemu rabatu w trakcie aukcji elektronicznej, przyjęliśmy opcję zaproponowania zamawiającemu, po zawarciu kontraktu, tańszego rozwiązania zamiennego, stąd tak znaczna wysokość rabatu.(...) Oświadczamy, że przyjęta przez nas możliwość zrealizowania zamówienia z zastosowaniem rozwiązania zamiennego to jest zastosowania kolumn MSC i kolumn CMC zamiast kolumn wykonanych metodą jet-grouting, będzie wykonaniem zamówienia przewidzianym(....)”. W dalszej części wykonawca wybrany stwierdza, że brak zgody jest hipotetyczny, ponieważ nie widzi podstaw dla czego podmioty przewidziane do opinii, akceptacji, zgody miałyby odmówić. Natomiast gdyby nawet nie uzyskano zgody to zobowiązuję się do wykonania przedmiotowego zamówienia z zastosowaniem technologii wykonania kolumn metodą jet-grouting bez wzrostu wartości kontraktu (naszego wynagrodzenia). Tak wyjaśnia wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca wybrany pomimo, że dokonał wyceny nie zmieniając obowiązującego wzoru RCO to jest z uwzględnieniem w kalkulacji metody jet-grouting to zapytany w trybie art.90 ust.1 a następnie art.87 ust.1 przyznał jak i wyjaśnił, że jego metoda to kolumny MSC i CMC. Uważa, że uzyskanie zgody na technologię zamienną jest zgodą natury formalnej czyli jak wyjaśnił jest bezwarunkowa. Przy czym nawet gdyby takiej opinii, zgody i akceptacji nie

uzyskał od trzech podmiotów procesu inwestycyjnego jak Inżynier Kontraktu, Projektant projektu budowlanego, Zamawiający to wykona roboty wzmocnienia gruntu metodą jet-grouting bez żądania zmiany wynagrodzenia.

Taka jest kwintesencja stanowiska wykonawcy wybranego/przystępującego wynikająca z jego wyjaśnień w trybach powyżej przytoczonych.

W ocenie Izby skoro Rozliczenie Ceny Ofertowej (RCO) przewiduje technologię jet-grouting a zarówno przywoływane postanowienia PFU jak i wzoru umowy w zakresie zmiany technologii wzmocniania gruntu przewidują opinię, zgodę i akceptację trzech podmiotów po stronie inwestora, jak również taki wymóg uzgodnień potwierdzają odpowiedzi zamawiającego na pytania to wykonawca nie ma prawa z góry zakładać ich uzyskanie. Zresztą wykonawca wybrany ma chyba obawy co do bezwzględnej zgody na wykonanie zamienne, ponieważ ostatecznie w wyjaśnieniach stwierdza, że nawet gdyby takich uzgodnień na etapie realizacji nie uzyskał, to zastosuje metodę jet-grouting nie żądając przy tym zmiany wynagrodzenia.

Warte podkreślenia jest, że uzyskanie uzgodnień na wykonanie zamienne występuje tylko i wyłącznie na etapie wykonania zamówienia a nie na etapie jego ofertowania.

W ocenie Izby wystąpienie powyższych okoliczności co do zaoferowania przez wykonawcę wybranego technologii zamiennej w miejsce technologii wynikającej z Rozliczenia Ceny Ofertowej (RCO) to jest jet-grouting zostało udowodnione w toku postępowania odwoławczego i świadczą one o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza wystąpienie przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. która nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy wybranego.

W ocenie Izby pozostałe zarzuty odwołania są bezprzedmiotowe, ponieważ wykonawca wybrany zaoferował przedmiot zamówienia inny niż wynikający ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W związku z tym dokonywanie oceny oferty pod względem rząco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest niemożliwe skoro wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia niż wynikający ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W związku z powyższym odwołanie w trybie art.192 ust.2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie, ponieważ brak odrzucenia oferty przystępującego ma wpływ na wynik postępowania, jako że ofertą najkorzystniejszą okazuje się oferta odwołującego, który tym samym wykazał prawo do wniesienia środka ochrony prawnej.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) z uwzględnieniem wniesionego sprzeciwu przez przystępującego po stronie zamawiającego jak następuje. Zalicza się uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądza się od przystępującego po stronie zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000 złotych jako koszty obejmujące uiszczony przez niego wpis. Z kolei na rzecz pełnomocnika zamawiającego od przystępującego po jego stronie w związku z wniesieniem sprzeciwu zasądza się wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego według przedłożonej na rozprawie faktury VAT.

Przewodniczący: