

WYROK

Warszawa, dnia 26 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2024 r. przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy Most Sp. z o.o. w Sopocie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty STRABAG Sp. z o.o.;

1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie STRABAG Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w szczególności poprzez uzasadnienie przez wykonawcę przyjęcia, w poz. 21 i 22 Szczegółowej Kalkulacji Ceny Ofertowej, stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień STRABAG Sp. z o.o. z dnia 18 kwietnia 2024 r., innych ilości, niż wskazane w poz. 21 i 22 przedmiaru robót zamiennego (branża mostowa);

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 634 zł 00 gr (słownie: sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę;

2.2. zasądza od Zamawiającego, Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska, działającej w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska, na rzecz Odwołującego STRABAG Sp. z o.o., kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2069/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę wiaduktu nad linią kolejową do Portu Północnego w ciągu ul. Elbląskiej w Gdańsku – kierunek Centrum. Wewnętrzny identyfikator: 21/BZPU.510.20.2024/MW. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2024 r., pod nr: 2024/S 36-105208. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 13 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie (dalej jako: „STRABAG”) od czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzuceniu oferty STRABAG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP oraz zaniechaniu wezwania STRABAG do złożenia dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do przyjętych w szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej ilości w pozycjach nr 21 (podbudowa pomocniczej z KŁSM o grub. 20 cm) oraz 22 (wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 32P o grub. 14 cm).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP polegające na uznaniu oferty STRABAG jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy oferta ta została prawidłowo opracowana, tj. zgodnie z warunkami zamówienia i przepisami prawa, odpowiada zakresowi wynikającemu z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji i obejmuje całość przedmiotu zamówienia;
- 2)art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z pkt. 3.4.1. OPZ, art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP i art. 99 ust. 1 PZP poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami logiki oraz wybiórczej wykładni odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 15 i uznanie, że w następstwie jej udzielenia przedmiar robót branży mostowej odnośnie pozycji nr 21 i 22 stał się wiążący dla Odwołującego w zakresie wskazanych tam ilości ww. pozycji pomimo, że ww. odpowiedź dotyczyła jedynie zakresu przedmiotowego ww. pozycji, tj. rodzaju konstrukcji warstw i ich grubości, a nie ilości, a Zamawiający nie dokonał przy tym zmiany opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do pomocniczego charakteru przedmiarów nadając im wiążący charakter, w następstwie czego Zamawiający bezzasadnie uznał, że dokonanie przez STRABAG w ramach złożonej oferty własnych obmiarów pozycji nr 21 i 22 przedmiaru robót mostowych świadczy o tym, że oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia i nie obejmuje całości świadczenia;
- 3)art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP polegające na błędnym uznaniu, że STRABAG nie wywiązał się z ciężaru wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny przy jednoczesnym przyjęciu, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody wraz z pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. (a przede wszystkim szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i w następstwie powyższego dokonanie oceny oferty STRABAG jako zawierającej rażąco niską cenę i jej odrzucenie z tej przyczyny, w sytuacji gdy:
 - a)STRABAG szczegółowo i rzetelnie wyjaśnił pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. i załączonymi do niego dowodami sposób skalkulowania ceny oferty i brak jej rażącego charakteru wywiązując się z obowiązku przewidzianego w art. 224 ust. 5 PZP;
 - b)wyjaśnienia i dowody złożone przez STRABAG wraz z pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. korespondują z zakresem żądanych przez Zamawiającego informacji, a w szczególności dowodzą objęcia ofertą STRABAG całości przedmiotu zamówienia skalkulowanej zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami SWZ oraz uzasadniają zaproponowaną przez Odwołującego cenę;
- 4)art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Most sp. z o.o. (dalej jako: „MOST”) w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego jej odrzucenia;
- 5)ewentualnie art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zastosowania względem oferty Odwołującego procedury wyjaśniającej, w celu wyjaśnienia, na jakiej podstawie przyjął w pozycjach 21 i 22 szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, że
 - a)wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 32P grub. 14 cm ma mieć miejsca na powierzchni 112 m², a nie 676 m²,
 - b)wykonanie podbudowy pomocniczej z KŁSM grub. 20 cm ma mieć miejsca na powierzchni 126 m², a nie 676 m²,w sytuacji, gdy ww. okoliczności nie stanowiły przedmiotu wezwania do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający wystosował do STRABAG w dniu 11 kwietnia 2024 r., a w konsekwencji ww. zarzutów:
- 6)art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty STRABAG, która spełniała kryteria wyboru i miałyby pierwsze miejsce w rankingu ofert, gdyby nie naruszająca przepisy czynność Zamawiającego i w następstwie tego wybór oferty MOST, co skutkowało przeprowadzeniem postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty STRABAG;
- 3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Jak uzasadnił w odwołaniu, w zakresie zarzutu pierwszego, oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, obejmuje całość przedmiotu zamówienia, a pozycje 21 i 22 szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, zawartej w wyjaśnieniach z dnia 18 kwietnia 2024 r. zostały prawidłowo skalkulowane. Zamawiający niewłaściwie uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż uwzględnieniu w cenie oferty powinno podlegać – zgodnie z przedmiarem robót - 676 m² podbudowy pomocniczej z KŁSM o grub. 20 cm oraz 676 m² podbudowy zasadniczej z

betonu asfaltowego AC 32P o grub. 14 cm, zaś Odwołujący przyjął wartości odpowiednio 126,00 m² i 112,00 m². Zdaniem Odwołującego, zgodnie z OPZ i orzecznictwem Izby, w przypadku niniejszego postępowania, skoro wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, to przedmiary mają charakter wyłącznie pomocniczy, zaś odmienne ilości prac przyjęte przez wykonawcę na podstawie własnych obmiarów nie mogą skutkować odrzuceniem oferty. Odnosnie zarzutu drugiego, Zamawiający błędnie uznał również, że charakter wiążący miały wyjaśnienia dotyczące pytania nr 15, zgodnie z którymi: „Zamawiający wyjaśnia, iż konstrukcję nawierzchni jezdni na dojazdach należy przyjąć zgodnie z poz. 21 do poz. 24 przedmiaru robót branży mostowej ZAMIENNYM oraz zgodnie z STWiOR.” Jak podnosi Odwołujący, odpowiedź należy interpretować z uwzględnieniem pytania, na które została udzielona. Wynika z tego, że pytanie dotyczyło jedynie wskazania warstw nawierzchni wraz z ich grubością, zaś w żadnej jego części nie poruszono kwestii ilości (powierzchni) warstw. „Zakres związania wykonawców przy kalkulacji ceny mógł w zakresie pozycji nr 21 – 24 sprowadzać się więc jedynie do konieczności ich uwzględnienia w kalkulacji wraz z parametrem grubości. Kwestia ilości, czyli danych zawartych w kolumnie nr 5 przedmiaru w dalszym ciągu miała stosownie do pkt 3.4.1. OPZ charakter niewiążący wykonawców. (...) Zmiana ilości pozycji nr 21 – 24 przez danego wykonawcę w związku z opracowywaną ofertą np. tak jak miało to miejsce w przypadku STRABAG poprzez dokonanie własnych obliczeń opartych na udostępnionych projektach, była działaniem dopuszczalnym.” (str. 10 odwołania). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie dokonał również w ww. zakresie zmiany pkt 3.4.1 OPZ. Tym samym, odpowiedź na pytanie nr 15 jest niejednoznaczna, a wszystkie wątpliwości, zdaniem Odwołującego obciążają Zamawiającego. STRABAG wskazał, iż prawidłowo skalkulował pozycje 21 i 22 kosztorysu, z uwzględnieniem dokumentacji projektowej, która miała charakter wiążący w postępowaniu. W odwołaniu wskazał na sposób, w jaki skalkulował te pozycje. W kontekście zarzutu nr 3, podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę STRABAG na podstawie, art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, gdyż Odwołujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 kwietnia 2024 r. w pełnym zakresie tj. korespondowały one z zakresem wezwania, w szczególności odniósł się do wszystkich oczekiwanych przez Zamawiającego elementów i przedstawił w tym względzie szczegółową kalkulację. „Rozbieżności, które stanowiły asumpt dla odrzucenia oferty, dotyczyły wyłącznie odmiennych ilości dla pozycji nr 21 i 22 przedmiarów robót branży mostowej (których Zamawiający nie notyfikował STRABAG zarówno w wezwaniu z dnia 11.04.2024 r., jak i po otrzymaniu wyjaśnień). Przyjęcie innych ilości nie jest jednak w ocenie Odwołującego tożsame z sytuacją braku ujęcia wszystkich elementów zamówienia i braku uzasadnienia dla globalnej ceny oferty, tym bardziej, że STRABAG był do tego uprawniony.” (str. 18 odwołania). Zdaniem STRABAG, ww. pozycje kosztowe nie stanowią istotnej części składowej zamówienia, zaś rzekome zaniżenie kosztu wykonania pozycji nr 21 i 22 poprzez zaniżenie ilości robót (z czym Odwołujący się kategorycznie nie zgadza) nie stanowiło zaniżenia całości ceny przedmiotu zamówienia. STRABAG uważa, że odrzucenie oferty było przedwczesne, bowiem Zamawiający przed odrzuceniem oferty nie wskazał Odwołującemu na wątpliwości w tym zakresie. Jego zdaniem, jeśli w następstwie otrzymanych wyjaśnień od STRABAG Zamawiający nabral nowych wątpliwości, w ocenie Odwołującego zobowiązany był je rozwiązać przed podjęciem ostatecznej decyzji w sprawie odrzucenia.

Na rozprawie, Odwołujący podkreślił, że na skutek odpowiedzi nr 15 Zamawiającego w ramach wyjaśnień treści SWZ, nie doszło do zmian żadnej dokumentacji, w tym projektowej. Powołał się na odpowiedź nr 5 w ramach wyjaśnień z 15 marca 2024 r., gdzie Zamawiający odniósł się do ilości i do zakresu, co oznacza, że rozróżnia te pojęcia. W kontekście tych wyjaśnień, Zamawiający wyraźnie wskazał, że w wyniku udzielonej odpowiedzi dokonuje zmiany SWZ. Jego zdaniem, w niniejszym postępowaniu, Zamawiający położył nacisk na weryfikację dokumentacji projektowej przez wykonawcę. Jego zdaniem, poz. 18 w przedmiarach ma również funkcję pomocniczą, co wskazuje na to, że argument Przystępującego odnośnie ilości prac rozbiórkowych nie wywraça stanowiska Odwołującego. Podniósł ponadto, że jego zdaniem różnica w cenach ofertowych Odwołującego i Przystępującego, która jest znikoma i wynosi 0,25%, nie może świadczyć o tym, że cena ofertowa Odwołującego jest rażąco niska.

W odpowiedzi z dnia 24 czerwca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. W ocenie Zamawiającego, odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne. Jak wskazał, wyjaśnienia i dowody złożone przez Odwołującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, skoro nie obejmuje kosztów wykonania całości zamówienia, ponadto treść udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień wskazuje na to, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż Wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z SWZ (uwzględnił w ofercie wykonanie robót z pozycji 21 i 22 przedmiaru branży mostowej w ilościach niezgodnych z przedmiarem i odpowiedzią nr 15 do treści SWZ). Podkreślił, że jego odpowiedź nr 15 do treści SWZ stanowiła, w odniesieniu do robót z poz. 21 do 24 przedmiaru, modyfikację ogólnej zasady wynikającej z OPZ, zgodnie z którą przedmiary robót pełnią rolę wyłącznie pomocniczą przy obliczeniu ceny ofertowej i nadała przedmiarowi charakter wiążący (w tym co do ilości robót) w odniesieniu do pozycji, których dotyczyła odpowiedź. „Jednocześnie należy zauważyć, że odpowiedź nr 15 odnosiła się wyłącznie do robót z poz. 21 – 24 przedmiaru. W związku z powyższym nie było podstaw, aby w związku z udzieloną odpowiedzią nr 15

całkowicie wykreślić z OPZ fragment punktu 3.4.1., w którym była mowa o pomocniczym charakterze przedmiarów, gdyż charakter ten zostały utrzymany w odniesieniu do robót, których nie dotyczyła odpowiedź nr 15.” (str. 7 odpowiedzi). Zamawiający inaczej interpretuje odpowiedź na pytanie nr 15 wskazując, iż wskazanie wszystkich warstw oznacza wskazanie zakresu robót do wykonania, w tym powierzchni, na jakiej należy wykonać warstwy - Zamawiający wyraźnie wskazał, że konstrukcję nawierzchni jezdni na dojazdach należy przyjąć zgodnie z poz. 21 do 24 przedmiaru robót oraz zgodnie z STWiOR. Zamawiający powołał się na argument, że inni wykonawcy przyjmowali przy kalkulacji ceny oferty ilości robót dla poz. 21 i 22 zgodnie udostępnionym przez Zamawiającego przedmiarem zamiennym branży mostowej, czyli przyjmowali je prawidłowo. Podniósł również, iż nawet przyjmując pomocniczy charakter przedmiaru, wycena oferty przez wykonawcę nie może być dokonywana w całkowitym oderwaniu od ilości wynikających z przedmiaru. Zwrócił przy tym uwagę, iż ilości robót w pozycjach 21 i 22 szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego tak dalece odbiegają od ilości przedmiarowych, że jego zdaniem są nierealne i uniemożliwiają należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ wraz z załącznikami, co świadczy o tym, że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie całości przedmiotu zamówienia. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, roboty te są kluczowe z pkt widzenia bezpieczeństwa a i płynności ruchu drogowego oraz komfortu korzystania z przedmiotu zamówienia, a ich ilość została przez Odwołującego znacznie zaniżone co zniżyło cenę i mogło zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej umowy. W opinii Zamawiającego, wyrażonej na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, odpowiedź na pytanie 5 wskazuje na prawidłowe stanowisko Zamawiającego co do przedmiotu sprawy, gdyż w tej odpowiedzi wyraźnie zastrzega, że przedmiar ma wymiar pomocniczy, odpowiedź na pytanie 15 jest z kolei sformułowana inaczej – w ramach tej odpowiedzi Zamawiający odchodzi od odesłania do dokumentacji projektowej. Intencją Zamawiającego było, by ten zakres robót wykonać również zgodnie z przedmiarem, a nie tylko z dokumentacją projektową. Sama dokumentacja projektowa była, zdaniem Zamawiającego, niewystarczająca. Wskazuje na to, że brak wyraźnego wskazania, że jest to zmiana SWZ, nie niweczy jej wiążącego charakteru.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez Most Sp. z o.o. w Sopocie po stronie Zamawiającego. W piśmie wniesionym do Izby dnia 25 czerwca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie niezasadnego. Jego zdaniem, dla wszystkich wykonawców profesjonalnie działających na rynku drogowych robót budowlanych, w tym firm POLWAR S.A. i WANT Sp. z o.o., odpowiedź Zamawiającego na pytanie 15, była jednoznaczna z zobowiązaniem do objęcia zarówno zakresem ofert, jak i ich wyceną wykonania konstrukcji nawierzchni jezdni na dojazdach zgodnie z poz. 21-24 przedmiaru robót oraz zgodnie z STWiOR, a nie zgodnie z dokumentacją projektową, która w tym zakresie nie zawierała wystarczających informacji dla wyceny wszystkich niezbędnych robót. Wg niego istotne jest, że gdyby Przystępujący przyjął (nieprawidłowo) sporne ilości tak, jak przyjął to Odwołujący, to oferta Przystępującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, nawet gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona. Wyjaśnił dodatkowo, że uwzględniając okoliczność, iż Odwołujący skalkulował w poz. 21 i 22 ofertę „opierając się na dokumentacji projektowej, a nie na niewiążących przedmiarach”, przedstawione w pkt 43-52 odwołania wyliczenia matematyczne obarczone są błędnymi założeniami, a zatem nie są miarodajne i jako takie nie wymagają zajęcia stanowiska przez Przystępującego. Uznał również, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 18 kwietnia 2024 r., w sposób niebudzący wątpliwości pozwalały Zamawiającemu ustalić, iż Odwołujący nie uzasadnił ceny oferty oraz że nie uwzględnił w ofercie pełnego zakresu zamówienia, a zatem kontynuowanie procedury wyjaśniającej nie mogłoby zmienić rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Stąd również zarzut ewentualny jest niezasadny. Na rozprawie dnia 26 czerwca 2024 r., Przystępujący podniósł, iż odpowiedź na pytanie 15 pokazuje, że Zamawiający jest bardzo precyzyjny w swoich odpowiedziach, bowiem nie pisał w ramach tej odpowiedzi, że należy uwzględnić pomocniczo przedmiar – tak jak w odpowiedzi na pytanie 5. Podkreślił że odpowiedź na pytanie 15 miała charakter wiążący. Wskazał ponadto, że w poz. 18 przedmiaru Zamawiający wskazał, że należy dokonać rozbiórki konstrukcji w takiej ilości, tj. 676 m², jak w przedmiarach co do poz. 21 i 22 i potem w takiej samej ilości należy je odtworzyć, więc intencje Zamawiającego pokrywają się w obu odpowiedziach z zakresem prac.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym i w niniejszym postępowaniu złożył ofertę. Jak podniósł, gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z PZP, oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert i uzyskałby on zamówienie objęte postępowaniem. W związku z tym, Izba stwierdziła, że w postępowaniu wpłynęło 13 ofert, w tym: oferta STRABAG Sp. z o.o. z ceną brutto 17.444.279,16 zł, oferta MOST z ceną brutto 17.487.260,55 zł oraz oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z ceną brutto

18.911.316,33 zł. Kryterium oceny ofert stanowiły, wg rozdziału XIV SWZ: cena (60%) oraz przedłużenie minimalnego okresu gwarancji jakości (40%). Wszystkie oferty obejmowały okres 24 miesiące przedłużenia minimalnego okresu gwarancji jakości. Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 3 czerwca 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona, toteż nie podlegała ocenie, za najkorzystniejszą została zaś uznana oferta Most sp. z o.o. – z punktacją 100 pkt. Niemniej, z racji tego, że oferta Odwołującego była ofertą z najniższą ceną, zaś w ramach drugiego z kryteriów oceny, wykonawcy zaoferowali te same warunki – gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił Most sp. z o.o. w Sopocie.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z zawartym w pkt IV Specyfikacji Warunków Zamówienia – Opisem przedmiotu zamówienia – jest realizacja zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Przebudowa wiaduktu nad linią kolejową do Portu Północnego w ciągu ul. Elbląskiej w Gdańsku – kierunek Centrum”. Przedmiotowe zamówienie obejmuje swoim zakresem przebudowę konstrukcji istniejącego wiaduktu nad jezdniami Trasy Sucharskiego i linią kolejową nr 226 Pruszcz Gdański – Gdańsk Port Północny. Szczegółowy zakres zamówienia oraz warunki realizacji zostały określone w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ. Pozostałe warunki realizacji zamówienia zostały określone w Projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiących załącznik nr 9 do SWZ.

Zgodnie z pkt XIII ppkt 1 i 2 SWZ, podstawą do obliczenia ceny oferty jest zakres czynności i obowiązków wynikających z niniejszej SWZ wraz z załącznikami, w tym Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe i obejmować będzie wszelkie koszty związane z kompleksowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu zamówienia wynagrodzenia z tytułu nadzoru autorskiego.

Wg Załącznika nr 8 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) – zakres rzeczowy zamówienia obejmuje wszystkie prace, czynności i roboty konieczne dla wykonania zadania inwestycyjnego, w tym w szczególności przebudowę przyległych dojazdów w celu dostosowania do nowego przekroju poprzecznego wiaduktu (pkt 3.3 OPZ). Szczegółowy zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia, określony został – zgodnie z pkt 3.4.1 OPZ – w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, opracowanych przez Jednostkę Projektową TRAB MOSTY Projektowanie Nadzory z Gdyni pn.: „Przebudowa wiaduktu nad linią kolejową do Portu Północnego w ciągu ul. Elbląskiej w Gdańsku – kierunek Centrum”. Jak wskazano dalej, zgłoszenia ewentualnych uwag do dokumentacji Wykonawca może dokonać w trybie określonym w art. 135 PZP. Nadto, wg zawartego tam zastrzeżenia: „Wszystkie przedmiary robót pełnią rolę wyłącznie pomocniczą przy obliczeniu ceny ofertowej przez Wykonawcę, w tym co do ilości i typów robót. W szczególności, w przypadku, gdy jakieś prace nie zostały ujęte w przedmiarach, a są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, Wykonawca winien je wycenić i uwzględnić w cenie ofertowej. Ponadto, o ile dla wykonania robót budowlanych wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń, to Wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem.”

Zgodnie z pkt 4.1. i 4.2 OPZ, wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy. Wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót, który jest konieczny z punktu widzenia dokumentacji projektowej, uzgodnień, decyzji i opinii, przepisów prawa, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, dla uzyskania finalnego efektu określonego jako przedmiot zamówienia, a ponadto wykonać roboty konieczne, nie ujęte w dokumentacji technicznej niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, dokumentację odbiorową i wszelkie dokumenty wymagane umową.

W świetle pkt 4.13 OPZ, parametry techniczne: wymiary, geometrię i lokalizację elementów oraz projektowane rodzaje materiałów określa Dokumentacja Projektowa. Wykonawca jest zobowiązany do ścisłego przestrzegania ustaleń zawartych w szczegółowych wymaganiach dotyczących realizacji robót branżowych określonych w projektach branżowych oraz szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) wchodzących w skład dokumentacji projektowej.

Załącznik nr 3 do OPZ zawiera przedmiar robót dla branży mostowej. Do przedmiarów wprowadzono zmiany, toteż wykonawców obowiązuje przedmiar zamienny. Zgodnie z przedmiotowo istotnymi pozycjami ww. przedmiaru:

- PODBUDOWY: poz. 21 – wykonanie podbudowy pomocniczej z KŁSM grub. 20 cm – 676 m² poz. 22 – wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfalt AC 32P grub. 14 cm – 676 m²;
- NAWIERZCHNIE: poz. 23 wykonanie warstwy wiążącej (wyrównawczej) z betonu asfalt AC 16 W grub. 5-15 cm –

676 m²; poz. 24 – wykonanie warstwy ścieralnej z mieszanki SMA 11 grub. 4 cm – 676 m².

Załącznik 4 do OPZ obejmuje specyfikacje techniczne.

W wyjaśnieniach do pytania nr 5, dnia 15 marca 2024 r., Zamawiający wskazał, iż: „Zamawiający informuje, iż ilości odpadów niebezpiecznych, oraz ilości i zakres robót jakie należy wykonać przy wymianie studni rewizyjnych należy przyjąć zgodnie z dokumentacją projektową i pomocniczym zamiennym przedmiarem branży mostowej załączonym do niniejszego pisma. Jednocześnie Zamawiający przypomina, że zgodnie z pkt. 3.4. OPZ „wszystkie przedmiary robót pełnią rolę wyłącznie pomocniczą przy obliczeniu ceny ofertowej przez Wykonawcę, w tym co do ilości i typów robót. W szczególności, w przypadku, gdy jakieś prace nie zostały ujęte w przedmiarach, a są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, Wykonawca winien je wycenić i uwzględnić w cenie ofertowej”. Jednocześnie Zamawiający informuje, że dokonuje zmiany treści SWZ zgodnie z ust. II pkt 1 niniejszego pisma.”

Wyjaśnieniami z dnia 26 marca 2024 r., w odpowiedzi na pytanie nr 15: „Jaką konstrukcję nawierzchni jezdni przyjąć na dojazdach – prosimy o wskazanie wszystkich warstw wraz z ich grubością. Z dokumentacji projektowej wynika, że należy wykonać jedynie SMA i BA jako warstwę wyrównawczą, a jednocześnie należy skorygować jezdnię wysokościowo na ok. 13-18 cm, co oznacza, że należy wykonać również inne, niewymienione w przedmiarze i na przekrojach warstwy. Z tego tytułu informacje zawarte w dokumentacji projektowej nie są wystarczające dla wyceny wszystkich niezbędnych robót.”, Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający wyjaśnia, iż konstrukcję nawierzchni jezdni na dojazdach należy przyjąć zgodnie z poz. 21 do poz. 24 przedmiaru robót branży mostowej ZAMIENNYM oraz zgodnie z STWiOR”.

Dnia 11 kwietnia 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwanie do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, wskazując na fakt, że cena całkowita oferty STRABAG jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający poprosił o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej (w przypadku robót budowlanych w postaci kosztorysu) zawierającej wszystkie elementy uwzględnione przy obliczaniu ceny, wraz z dowodami. Wyszczególnił, że STRABAG winien wyjaśnić m.in. koszt prac wykonywanych własnymi siłami, szacowany zysk itd. W wezwaniu nie znalazła się kwestia wyjaśnienia ilości przyjętych przez wykonawcę prac w stosunku do przedmiaru stanowiącego dokumenty zamówienia.

W odpowiedzi, STRABAG oświadczył, że cena oferty złożonej w postępowaniu jest realna i nie jest rażąco niska, a także zapewni uzyskanie przez wykonawcę zysku. Wykonawca uwzględnił wszystkie ceny składowe wymagane przez Zamawiającego, tak aby zapewnić rynkowość zaoferowanej ceny. Jego zdaniem, cena zawiera wszystkie składniki kosztowe i została obliczona prawidłowo, w sposób rzetelny, w oparciu o szczegółową analizę wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji ww. zamówienia publicznego oraz uwzględniając doświadczenie Wykonawcy przy wykonaniu zamówień publicznych o podobnym przedmiocie. Wyjaśnił koszty pracownicze, koszt prac wykonywanych siłami własnymi jak też prac zleconych podwykonawcom, materiałów i sprzętu, oszacował zysk. Przedstawił Szczegółową Kalkulację Oferty Cenowej, załączył dowody w postaci certyfikatów jakości, kodeksu etycznego, decyzji na przetwarzanie odpadów, oferty na wykonanie prac, protokół z negocjacji, korespondencję mailową.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 czerwca 2024 r., Zamawiający wybrał ofertę MOST, zaś oferta Odwołującego została odrzucona. W uzasadnieniu odrzucenia oferty STRABAG, Zamawiający wskazał, iż po przeanalizowaniu złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień z 18 kwietnia 2024 r. stwierdził, że STRABAG nie ujął w złożonych wyjaśnieniach wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia, tj. nie uwzględnił całego wymaganego zakresu prac dla wykonania podbudowy pomocniczej z KŁSM grub. 20 cm oraz dla wykonania podbudowy zasadniczej z betonu asfalt AC 32P grub. 14 cm, pomimo że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia wpłynęło pytanie dotyczące konstrukcji nawierzchni jezdni na dojazdach (pytanie nr 15) i w dniu 26.03.2024r. została udzielona odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, iż konstrukcję nawierzchni jezdni na dojazdach należy przyjąć zgodnie z poz. 21 do poz. 24 przedmiaru robót branży mostowej ZAMIENNYM oraz zgodnie z STWiOR. Wobec tego, wg Zamawiającego złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a ponadto treść udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień wskazuje na to, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż Wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z SWZ.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty powołane przez stronę powołującą się na ten dowód:

- 1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 26 czerwca 2024 r., w szczególności:
 - Ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,
 - Oferty wykonawców,
 - Informacja z otwarcia ofert z 5 kwietnia 2024 r.,

- Wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- Wyjaśnienia STRABAG z 18 kwietnia 2024 r.,
- Wezwanie Most Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
- Zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 3 czerwca 2024 r.

2) Dowody załączone przez Przystępującego do pisma z dnia 24 czerwca 2024 r., tj.

- Arkusz kalkulacyjny ceny oferty POLWAR S.A.,
- Kosztorys WANT Sp. z o.o.

3) Dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, tj:

- Wyjaśnienia i zmiany treści SWZ z dnia 15 marca 2024 r.,
- Przekrój na dojazdach – szkic wykonany przez Odwołującego,
- Rysunek projektowy nr 7 – Płyty przejściowe.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem Zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę Odwołującego, bez uprzedniego należytego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Na tym etapie postępowania, tj. bez uzyskania wyjaśnień w zakresie przyjęcia przez Odwołującego w pozycjach 21 i 22 Szczegółowej Kalkulacji Ceny Ofertowej stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień STRABAG z dnia 18 kwietnia 2024 r. innych ilości (m^2 powierzchni) niż wskazane w poz. 21-22 przedmiaru robót zamiennego (branża mostowa) – nie sposób uznać, by oferta STRABAG była niezgodna z warunkami zamówienia i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Jak słusznie wskazał Odwołujący, zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w pkt 3.4.1 OPZ, wszystkie przedmiary robót przygotowane przez Zamawiającego, stanowiące dokumenty postępowania, pełnią rolę wyłącznie pomocniczą przy obliczeniu ceny ofertowej przez wykonawcę, w tym co do ilości i typów robót. Tym samym, fakt, że uwzględnieniu w cenie oferty powinno podlegać – zgodnie z przedmiarem robót – $676 m^2$ podbudowy pomocniczej z KŁSM o grub. 20 cm oraz $676 m^2$ podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 32P o grub. 14 cm, zaś Odwołujący przyjął wartości odpowiednio $126,00 m^2$ i $112,00 m^2$ nie może – bez uzyskania wyjaśnień od Odwołującego – przesądzać o odrzuceniu jego oferty z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Skoro Odwołujący dokonał własnych obmiarów i przyjął inną ilość prac, przy założeniu zawartym w SWZ, że przedmiary Zamawiającego nie są wiążące oraz w związku z tym, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zaś Odwołujący zobowiązał się w ofercie do wykonania całości przedmiotu zamówienia za podaną cenę – nie jest jednoznaczne, że Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z jego warunkami. Nie zostało przesądzone, że oferowane świadczenie nie jest tym, którego Zamawiający oczekuje. Jak podnosi się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy możliwe jest jednoznaczne ustalenie, że oferta wykonawcy w określonym zakresie jest niezgodna z konkretnym warunkiem zamówienia. Z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty STRABAG wynika, że Zamawiający wywodzi tę tezę z przyjęcia przez STRABAG innych ilości prac niż Zamawiający, pomimo iż sam Zamawiający wskazał, że te ilości nie są dla wykonawców wiążące, zaś wyjaśnienia z dnia 26 marca 2024 r. w części dotyczącej pytania nr 15 – tego nie zmieniły (o czym poniżej).

Tym samym, kwestia ta powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 223 ust. 1 PZP – Zamawiający jest wobec tego zobowiązany wezwać STRABAG do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym do uzasadnienia przyjęcia przez tego wykonawcę, w poz. 21 i 22 Szczegółowej Kalkulacji Ceny dołączonej do wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2024 r., innych powierzchni (ilości) niż wskazane w poz. 21 i 22 przedmiaru robót zamiennego (branża mostowa). Po uzyskaniu wyjaśnień od STRABAG, Zamawiający powinien następnie ocenić uzyskane informacje i dopiero wówczas zdecydować, czy faktycznie istnieją podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, tj. czy przyjęte w ten sposób ilości prac w ramach wykonania podbudowy zasadniczej na dojazdach odpowiadają przedmiotowi zamówienia, czy też obmiary własne tego wykonawcy są niewłaściwe i decydują o tym, że STRABAG zaoferował wykonanie świadczenia innego, niż wymagał Zamawiający.

Izba uznała, iż wskutek wyjaśnień Zamawiającego z dnia 26 marca 2024 r. treść pkt 3.4.1. OPZ nie uległa zmianie. Zatem, Odwołujący prawidłowo zrozumiał treść odpowiedzi Zamawiającego na ww. pytanie nr 15 do SWZ, uznając, że odpowiedź ta dotyczyła wyłącznie zakresu przedmiotowego pozycji 21 i 22 przedmiaru, tj. rodzaju konstrukcji warstw i ich grubości, a nie ilości. Literalnie z treści zarówno pytania, jak też odpowiedzi wynika, że mowa jest wyłącznie o „konstrukcji”. W pojęciu tym nie mieści się „ilość”. W efekcie, wykonawcy, jak też Zamawiający są związani dotychczasowym brzmieniem pkt 3.4.1 OPZ, zgodnie z którym wszystkie przedmiary robót pełnią rolę wyłącznie pomocniczą przy obliczeniu ceny ofertowej przez Wykonawcę, w tym co do ilości i typów robót. Rację ma Odwołujący twierdząc, że do zmiany tego pkt należałoby w odpowiedzi wskazać nie tylko na to, że konstrukcję nawierzchni jezdni na dojazdach należy przyjąć zgodnie z poz. 21 do 24, ale że dotyczy to również ilości prac, skoro pkt 3.4.1 OPZ literalnie

mówi, że przedmiary nie wiążą co do ilości. Stanowisko takie potwierdza również odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 5 w ramach wyjaśnień do SWZ z dnia 15 marca, w której Zamawiający wyraźnie rozróżnił pojęcia ilość i zakres oraz wskazał, że w wyniku udzielonej odpowiedzi dokonuje zmiany treści SWZ. Tym samym, ani treść pkt 3.4.1. OPZ, ani treść udzielonej odpowiedzi na pytanie 15 w kontekście postanowień OPZ, nie budziła wątpliwości – co do niewiążącego charakteru poz. 21 i 22 przedmiaru w zakresie dotyczącym ilości prac. Wywodząc stąd inne skutki, bez jednoznacznego wskazania w treści udzielonej odpowiedzi, że Zamawiający zmienia SWZ w tym zakresie albo przynajmniej wyraźnego wskazania, że wykonawcy mają obowiązek uwzględnienia również wskazanych w przedmiarze ilości – Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 PZP. W efekcie, potwierdziły się wskazane w zarzucie pierwszym i drugim naruszenia art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z pkt. 3.4.1. OPZ, art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP i art. 99 ust. 1 PZP.

Odrzucenie oferty STRABAG na podstawie art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP również było nieprawidłowe. Izba uznała, że STRABAG szczegółowo i rzetelnie wyjaśnił sposób skalkulowania ceny oferty i brak jej rażącego charakteru, przez co wywiązał się z obowiązku przewidzianego w art. 224 ust. 5 PZP, a bynajmniej Zamawiający nie udowodnił, że było inaczej. Rację ma Odwołujący twierdząc, że wyjaśnienia i dowody złożone przez STRABAG wraz z pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. korespondują z zakresem żądanych przez Zamawiającego informacji, a w szczególności dowodzą objęcia ofertą STRABAG całości przedmiotu zamówienia skalkulowanej zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami SWZ oraz uzasadniają zaproponowaną przez Odwołującego cenę. Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, wyłącznie wówczas gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Nie sposób uznać, że wyjaśnienia STRABAG nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub są niekompletne, skoro Odwołujący odniósł się w wyjaśnieniach do wszystkich kwestii mających wpływ na obliczenie ceny, wskazanych w wezwaniu. Sam fakt, że wykonawca ten przyjął inne ilości prac niż Zamawiający nie może stanowić o zaniżeniu ceny ofertowej – skoro w wyjaśnieniach wykonawca ma wykazać nie dlaczego przyjął dane ilości prac, lecz dlaczego przyjął taką a nie inną cenę. Zwłaszcza w sytuacji, w której wykonawca nie był zobowiązany do przyjęcia prac w ilości wskazanej przez Zamawiającego. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, w ocenie Izby, w rzeczonym przypadku Zamawiający może oceniać dopiero po uznaniu, że treść oferty odpowiada warunkom zamówienia – wówczas dopiero można zbadać, czy zaoferowana cena pozwalała wykonawcy na wykonanie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie, nawet zakładając, że STRABAG przyjął zaniżone ilości prac w zakresie wykonania podbudowy zasadniczej na dojazdach, nie zostało przesądzone, że przyjmując ilości założone przez Zamawiającego, wykonawca ten nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Rację ma Odwołujący podnosząc, iż przyjęcie innych ilości robót nie jest tożsame z sytuacją braku ujęcia wszystkich elementów zamówienia w cenie i braku uzasadnienia dla globalnej ceny oferty. Izba, wbrew Odwołującemu uznała, że zakwestionowane pozycje 21 i 22 kalkulacji stanowią istotną część składową zamówienia, skoro bez należytego wykonania dojazdów, wiadukt nad linią kolejową nie spełni swojej funkcji, niemniej stwierdzenie to nie wystarcza do przyjęcia, że przyjęcie mniejszej ilości prac a co za tym idzie niższej ceny w tym zakresie wprost świadczy o tym, że miało to wpływ na całkowitą cenę oferty i jej rażące zaniżenie. Wszak, jak słusznie wskazał Odwołujący, jego cena ofertowa różniła się od ceny Przystępującego w sposób marginalny, tj. o 0,25%. W konsekwencji, Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez przedwczesną decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez MOST. W szczególności, w tej sytuacji doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP), skoro w sposób sprzeczny z przepisami doszło do pozbawienia wykonawcy STRABAG możliwości uzyskania zamówienia oraz zasady przejrzystości (art. 16 pkt 2 PZP), skoro Zamawiający, odrzucając ofertę STRABAG nie opierał się na jasno stwierdzonej, niewątpliwiej informacji, jakoby oferta ta była niezgodna z warunkami zamówienia lub zawierała rażąco niską cenę.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: