

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2025 r. przez wykonawcę: **Kopalnia Soli "Kłodawa" S.A. Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Kujawsko-Pomorskie, plac Teatralny 2, 87-100 Toruń**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Keluva PL Sp. z o.o., ul. Gliniana 52 A, 91-336 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 245/25 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Kopalnia Soli "Kłodawa" S.A. Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa**, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Kopalnia Soli "Kłodawa" S.A. Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Kopalnia Soli "Kłodawa" S.A. Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa** na rzecz zamawiającego: **Województwo Kujawsko-Pomorskie, plac Teatralny 2, 87-100 Toruń** stanowiącą koszty poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 245/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Kujawsko – Pomorskie z siedzibą w Toruniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: *„Dostawa soli drogowej do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2024 r., Dz.U. S: 202/2024, pod numerem 625288-2024.

W dniu 13 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Keluva PL sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A.

Wykonawca, Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A. z siedzibą w Kłodawie, wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny złożonych ofert, zaniechaniu należytego wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, odrzuceniu oferty Odwołującego, wyboru oferty złożonej przez Keluva PL sp. z o.o., jako najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego

1. art. 16 pkt. 1 i 2 oraz art. 17 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 223 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty, bezstronny i obiektywny, w szczególności poprzez:

a) podjęcie przez Zamawiającego czynności w czasie trwania postępowania odwoławczego rozpatrywanego pod sygn.

KIO 4783/24, skutkujących koniecznością umorzenia tego postępowania, a następnie dokonanie kolejnych czynności w postępowaniu (odrzućenie oferty Odwołującego) z argumentacją tożsamą do prezentowanej przez Keluva w sprawie KIO 4783/24, pomimo, że w sprawie KIO 4783/24 Odwołujący (Kłodawa) złożył sprzeciw od uznania

odwołania przez Zamawiającego. Działanie Zamawiającego w poprzednim postępowaniu odwoławczym spowodowało jedynie nieuzasadnione wydłużenie postępowania, zmianę pozycji uczestników postępowania odwoławczego (Przystępujący ze sprawy KIO 4783/24 tu: Odwołujący), konieczność poniesienia znacznych kosztów postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz obiektywnie nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego, tj. bezpodstawne preferowanie Keluva, i dyskryminowanie Odwołującego w postępowaniu oraz w postępowaniu odwoławczym;

- b) automatyczne i bezrefleksyjne odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie w oparciu o skopiowane od Keluva argumenty znajdujące się w odwołaniu, które było przedmiotem sprawy KIO 4783/24, bez uprzedniego zbadania treści oferty Odwołującego, a przez to dokonanie wadliwego badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu co czyni postępowanie pozbawionym przejrzystości, bezstronności, równego traktowania przedsiębiorców czy zachowania uczciwej konkurencji oraz doprowadziło do wyboru oferty, która w istocie nie jest najkorzystniejszą;

2.art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 107 ust. 2 i ust. 4 Pzp w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, poprzez:

- bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący w toku wyjaśnień RNC dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty polegającej na zaofferowaniu soli pochodzącej z Egiptu w miejsce soli wyprodukowanej przez Odwołującego;

- zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów i/lub oświadczeń, podczas gdy Odwołujący w żadnej części wyjaśnień RNC nie dokonał zmiany (modyfikacji) oferty; w toku wyjaśniania RNC wykazywał jedynie prawidłowość (rynkowość) przyjętej przez siebie kalkulacji ceny; w szczególności kwestia miejsca pochodzenia soli nie była przez Zamawiającego badana, a przez Odwołującego wyjaśniana.

Odwołujący podniósł, że w sytuacji pojawienia się wątpliwości co do zgodności treści oferty z przedmiotem zamówienia, czy też wobec przedłożonych podmiotowych środków dowodowych, bądź innych składanych dokumentów lub oświadczeń, Zamawiający przed ewentualnym odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią SWZ, miał obowiązek wszechstronnie ją zbadać, bacząc by wyjaśnić w trybie art. 223 ust. 1 Pzp stwierdzone nieścisłości. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia Zamawiającego do ustalenia, czy złożona oferta odpowiada treści SWZ, a jej faktyczny brak czyni czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, co najmniej przedwczesną;

3.art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1, art. 107 ust. 2 i ust. 4 w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ oraz 6 k.c., poprzez bezpodstawne przyjęcie, że:

- oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a Odwołujący nie wykazał twierdzenia przeciwnego;
- ciężar dowodu, że przedmiot oferty jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego obciąża wykonawcę;
- Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego nie był uprawniony / zobowiązany do wyjaśnienia treści oferty poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie Pzp;

podczas, gdy Zamawiający ani w toku prowadzonego postępowania, ani tym bardziej w piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego nie wykazał, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz sposobu tej niezgodności; ciężar ustalenia prawidłowej treści złożonych ofert obciąża Zamawiającego; przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 uPzp Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp;

4.art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) Pzp, w zw. z art. 223 ust. 1, art. 107 ust. 2 oraz ust. 4 Pzp w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego zgodność oferowanego przedmiotu dostawy z warunkami zamówienia, zaniechanie wezwania do złożenia (ewentualnie) brakujących dokumentów / oświadczeń / wyjaśnień, podczas gdy Odwołujący załączył do oferty przedmiotowe środki dowodowe, a Zamawiający przyjął, że były one prawidłowe i kompletne oraz nie wzywał Odwołującego do złożenia dodatkowych dokumentów / oświadczeń / wyjaśnień czy też uzupełnienia PŚD

5.art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), poprzez bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, tj. działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes Zamawiającego i pozostałych wykonawców, podczas gdy działaniu Odwołującego nie można przypisać zachowania wypełniającego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji;

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz 17 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, dokonał ponownego badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwolujący wyjaśnił, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada warunkom zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego, co w konsekwencji skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na pierwszej pozycji w rankingu ofert oraz wykazał on spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a przedłożone przedmiotowe środki dowodowe były prawidłowe i kompletne. Tym samym, czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest obarczona wadą. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia.

Zarzut nr 1 – zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 i 2 oraz art. 17 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 223 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 Pzp

Odwolujący wyjaśnił, że konieczność wniesienia niniejszego odwołania wynika m.in. z nieprawidłowego działania Zamawiającego, który w toku wszczętego sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 4783/24 zamiast wstrzymać się z czynnościami do czasu rozstrzygnięcia wniesionego odwołania wykonawcy Keluva i sprzeciwu Kłodawy od uznania odwołania przez Zamawiającego, dopuścił się czynności, które uniemożliwiły rozstrzygnięcie sporu w sprawie KIO 4783/24, wymusiły na Izbie konieczność umorzenia tego postępowania jako bezprzedmiotowego, a następnie powielenia argumentacji, która była już przytoczona w sporze KIO 4783/24, tylko w odmiennej konfiguracji. Doprowadzenie przez Zamawiającego do uniemożliwienia rozpatrzenia sporu w sprawie KIO 4783/24, a następnie przytoczenie w piśmie z dnia 13 stycznia 2025 r. dot. odrzucenia oferty Odwołującego argumentacji Keluva z wniesionego odwołania w sprawie KIO 4783/24 doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący, poszukując ochrony prawnej wobec nieprawidłowego działania Zamawiającego i skierowanych wobec jego oferty bezpodstawnych zarzutów początkowo Keluwy (z odwołania w sprawie KIO 4783/24), a następnie Zamawiającego (z odrzucenia oferty Kłodawy), musiał ponieść znaczne koszty, a postępowanie zostało przedłużone w sposób nieuzasadniony.

Przy uwzględnieniu przedmiotu postępowania (vide: dostawa soli), oraz okresu w którym to postępowanie jest prowadzone (vide: okres zimowy), przyjąć należy, że zachowanie Zamawiającego narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, przy zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co stanowi klasyczny przykład bezpodstawnego preferowania Keluva, i dyskryminowania Odwołującego w postępowaniu oraz w postępowaniu odwoławczym. Takie działanie nie ma nic wspólnego z ekonomią procesową i gospodarnym wydatkowaniem środków publicznych przez Zamawiającego i jest też dobitnym przykładem nadużywania przez Zamawiającego środków ochrony prawnej.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający początkowo w sprawie KIO 4783/24 uznał odwołanie Keluwy w całości i pomimo wniesionego w trybie art. 523 Pzp przez Kłodawę sprzeciwu od tego uznania, zamiast wstrzymać się z czynnościami i umożliwić Kłodawie złożenie kontrargumentacji, przyjął w całości zarzuty Keluwy za własne i skopiował je niemal 1:1 w odrzuceniu oferty Odwołującego, czym w sposób rażący naruszył zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu i ujawnił, że w istocie Zamawiający sprzyja w tym postępowaniu wykonawcy Keluva. Takie zachowanie Zamawiającego należy ocenić jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Działanie Zamawiającego – powielenie argumentacji tylko jednego uczestnika postępowania, wskazuje na automatyczne i bezrefleksyjne przyjęcie optyki i założeń jednego tylko uczestnika sporu, pomimo, że dokumenty postępowania i przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia, dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają zarzutów wobec treści oferty Odwołującego.

Zamawiający w przedmiotowej sprawie w sposób nieuprawniony odstąpił od zbadania treści oferty Odwołującego w kontekście zarzutów postawionych przez Keluva, zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oferty oraz przyjął, że konsekwencją wzbudzonych przez Keluwę w sprawie KIO 4783/24 wątpliwości co do treści oferty Kłodawy ma być nie tyle wyjaśnienie tych wątpliwości, co automatyczne odrzucenie oferty Odwołującego. Wskazać jednak należy, że czynność odrzucenia oferty ma charakter sankcyjny, pozbawia wykonawcę szans na uzyskanie zadania publicznego. Nie jest zatem prawidłowe dokonywanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie przypuszczeń Zamawiającego, czy też z góry przyjętych założeń, zwłaszcza wówczas, gdy złożone dokumenty podmiotowe i treść oferty wykonawcy wydają się niespójne. Zamawiający nie może również weryfikować treści oferty wykonawcy i środków podmiotowych w oderwaniu od wymagań postawionych w specyfikacji warunków zamówienia (tak np. KIO 1065/22). A to w ocenie Odwołującego nastąpiło w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dopuścił się bowiem odrzucenia oferty Odwołującego wyłącznie w oparciu i na podstawie domniemań i przypuszczeń wykonawcy Keluva, zawartych w treści odwołania będącego przedmiotem sprawy KIO 4783/24, przyjmując je za własne, nie podejmując nawet próby ich

ewentualnego potwierdzenia w procedurze wyjaśniającej.

W kontekście rozpatrzenia niniejszego zarzutu, Odwołujący odsyła także do uzasadnienia dalszych zarzutów / naruszeń prawa, których dopuścił się Zamawiający, a które to naruszenia potwierdzają i uzasadniają także zarzut nr 1. Zarzut nr 2 – zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 107 ust. 2 i ust. 4 Pzp w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

W toku badania i oceny złożonej przez Odwołującego oferty Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że Odwołujący w toku wyjaśnień RNC dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty, polegającej na zaoferowaniu soli pochodzącej z Egiptu w miejsce soli wyprodukowanej przez Odwołującego, a także, że wobec modyfikacji treści oferty, Zamawiający nie jest zobowiązany do wyjaśnienia jej treści w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, gdyż „*mogłoby doprowadzić do ponownej zmiany treści oferty*”.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, przyjmując za własne twierdzenia Keluwy z odwołania w sprawie KIO 4783/24, błędnie wskazuje, że w toku wyjaśnień RNC nastąpiła nieuprawniona, niedopuszczalna i nieusuwalna zmiana treści oferty Odwołującego, uniemożliwiająca jej wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że nie dokonał (nieuprawnionej) zmiany treści oferty, a dowodu przeciwnego nie można wywieść z treści wyjaśnień RNC. Dowodem na powyższe jest po pierwsze treść oferty, a po wtóre złożone wyjaśnienia RNC, znajdujące się w aktach postępowania. Zamawiający błędnie przyjął, że przedmiotem oferty wykonawcy nie jest sól produkowana przez wykonawcę, a sól importowana z Egiptu, co zdaniem Zamawiającego potwierdzają załączone umowy podwykonawcze.

Procedura wyjaśnień RNC ma na celu ustalenie, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną, realistyczną, adekwatną do zakresu i kosztów zamówienia, pozwalającą na zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Odnosi się zatem do wyjaśnienia przyjętej przez wykonawcę kalkulacji ceny, uwzględnionych przez niego kosztów, ryzyk i zakresu przedmiotu zamówienia. Mając bowiem podstawy obligatoryjne, bądź fakultatywne przewidziane w art. 224 Pzp Zamawiający musi ustalić, czy wykonawca nie przewidział wykonania umowy po cenie zaniżonej, na podstawie nierzetelnej kalkulacji, poniżej kosztów wytworzenia usługi / dostawy / roboty budowlanej.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 19 listopada 2024 r. określił Odwołującemu zakres wyjaśnienia RNC, wskazał, że oczekuje wyjaśnień czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający sprecyzował, że oczekuje szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty. Zamawiający nie oczekiwał zatem od Odwołującego na wskazanie pochodzenia soli oferowanej do dostarczenia, a Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach tego nie wykazywał. Skupił się bowiem wyłącznie na elementach, które znalazły się w obrębie zainteresowania Zamawiającego tj. na wykazaniu prawidłowości kalkulacji ceny i kosztów związanych z dostawą soli (rynkowością ceny).

Jak podnosił i wyjaśniał Odwołujący w piśmie z dnia 22 listopada 2024 r., cena przez niego zaoferowana obejmuje wszystkie koszty, jest rynkowa i odpowiada średnim cenom występującym na rynku. Odwołujący powołał się tu na analogiczne postępowania przetargowe, w których cena oferowana przez poszczególnych wykonawców kształtowała się na zbliżonym poziomie. W wyjaśnieniach RNC Odwołujący odwołał się do zawirowań w zakresie cen soli spowodowanych wybuchem wojny na Ukrainie, wzrostem cen ropy i gazu, czy wprowadzonych sankcji w zakresie importu soli drogowej z Białorusi. Odwołujący wyjaśniał, że dla realizacji niektórych kontraktów był zmuszony do poszukiwać tego surowca poza granicami kraju, stąd dysponuje ofertami wskazującymi na wiarygodność założonej przez siebie ceny w ofercie – co nie oznacza że realizując przedmiotową umowę będzie korzystał z tych możliwości. Zarzut taki może być postawiony ale na etapie realizacji zamówienia, obecnie jest co najmniej przedwczesny. Ponadto, jako dowód na prawidłowość kalkulacji przyjętej ceny, Odwołujący załączył ofertę Olan Południe - importera soli drogowej z Egiptu - na potwierdzenie rynkowości oferowanej ceny (że na rynku można kupić sól drogową w podobnej cenie jak oferowana przez Odwołującego), nie zaś jako dokument PŚD. Jak wskazywał Odwołujący w wyjaśnieniach RNC, cena w załączonej ofercie obejmowała: koszt zakupu soli drogowej (w tym jej koszt wydobycia), jej transport, rozładunek oraz przechowywanie w całym okresie umowy. W żadnym miejscu wyjaśnień, Odwołujący nie wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamierza dostarczać sól pochodzącą z Egiptu. Wskazywał wyłącznie na te oferty, wyjaśniając przyjętą przez siebie kalkulację ceny.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący na jakimkolwiek etapie postępowania, w tym w toku wyjaśnień RNC zmienił pochodzenie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dokumentach postępowania nie wskazywał regionu, kraju czy kierunku, z którego ma być albo ma nie być sprowadzona sól (oprócz oczywistych ograniczeń wynikających z rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1) w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji

destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1).

W toku wyjaśnień RNC Zamawiający nie pytał, a Odwołujący nie oświadczał skąd będzie dostarczana sól. Co więcej, Zamawiający ani przed złożeniem przez Kłodawę wyjaśnień RNC, ani po ich złożeniu nie miał wątpliwości w tym zakresie. Wątpliwości te zostały sztucznie wykreowane przez Keluvę w sprawie KIO 4783/24 oraz powielone przez Zamawiającego w piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego. Nie zostały one jednak oparte na jakichkolwiek podstawach czy dowodach, a jedynie na bazie twierdzeń własnych i założeń Keluwy – wykonawcy osobiście i majątkowo zainteresowanego odrzuceniem oferty Odwołującego.

Skoro w dokumentach postępowania Zamawiający nie określił skąd ma być dostarczona sól, to znaczy, że informacja ta była Zamawiającemu zbędna. Istotne było wyłącznie to, czy oferowana sól będzie spełniała parametry opisane w dokumentach postępowania i czy wykonawca jest w stanie to wykazać za pomocą PSD.

Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że z uwagi na modyfikację treści oferty, wyłączona jest możliwość zastosowania procedury wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Jak wynika z pisma z dnia 13 stycznia 2025 r. Zamawiający nie był w istocie zainteresowany rzeczywistym wyjaśnieniem treści oferty Odwołującego, a jedynie znalezieniem (dopasowaniem) podstawy, by jego ofertę odrzucić. Jeżeli nie zrobiłby tego na podstawie nieuprawnionej zmiany treści oferty, to zrobiłby to z uwagi na (niewystarczające) wyjaśnienia RNC. Przy czym podkreślenia wymaga fakt, że wyjaśnienia RNC nie stały się podstawą odrzucenia z dnia 13 stycznia 2025 r., czyli wyjaśniły kalkulację ceny w sposób prawidłowy i wystarczający. Zapowiedź Zamawiającego, że i tak odrzuciłby ofertę Odwołującego – jeżeli nie z tej podstawy prawnej to z innej - stanowi wyłącznie przejaw braku zachowania należytego obiektywizmu, zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co więcej, uprawnienie Zamawiającego przewidziane w art. 223 ust. 1 zd. 1 Pzp do żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Zamawiający jest bowiem uprawniony do wyjaśnienia oferty w zakresie zawartych w niej treści, a zakres przedmiotowy wyjaśnień określa treść oferty np. KIO 856/22. Zarzut nr 3 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1, art. 107 ust. 2 i ust. 4 w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ oraz 6 k.c.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, wskazując, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego. Odnosząc się do powyższej kwestii, trudno oprzeć się wrażeniu, że oprócz powołania szerokiego orzecznictwa KIO dotyczącego niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia pisma z dnia 13 stycznia 2025 r., uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp znajduje się wyłącznie w 1 (jednym) akapicie. Przy czym Zamawiający bazuje tu na (błędnych) założeniach, że Odwołujący zamierza dostarczać sól pochodzącą z Egiptu (zarzut nr 2).

Co więcej, to skąd będzie dostarczana sól nie wynika ani z treści oferty, ani z treści wyjaśnień RNC składanych przez Odwołującego, bowiem może być ona weryfikowana i oceniana po zawarciu umowy. Wynika to jednoznacznie z zapisów SWZ, które wskazują, że:

„Dostarczana sól (NaCl) musi:

- a. posiadać aktualny atest Państwowego Zakładu Higieny,*
- b. posiadać aktualną opinię techniczną Instytutu Badawczego Dróg i Mostów,*
- c. kartę charakterystyki substancji niebezpiecznych i preparatu niebezpiecznego, zgodną z Rozporządzeniem (WE) 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 roku (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej seria L nr 396 z 30 grudnia 2006 roku ze zm.).”*

Zatem, zgodnie z zapisami SWZ, to na etapie dostawy Zamawiający będzie miał uprawnienie do weryfikacji i oceny czy dostarczana sól posiada aktualny atest PZH, opinię techniczną IBDiM oraz kartę charakterystyki substancji niebezpiecznych. Na etapie badania i oceny ofert, takie zachowanie Zamawiającego należy uznać za przedwczesne i nieuzasadnione.

Zauważyć także należy, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp podniósł jednocześnie, że wykonawca nie wykazał twierdzenia przeciwnego, jednocześnie odstępując od wyjaśnienia treści oferty w odpowiednim trybie ustawy Pzp. W jaki sposób wykonawca miał wykazać, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, skoro Zamawiający nie czuł się uprawniony (zobowiązany) do wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień?

Podnieść należy, że w ww. postępowaniu Zamawiający wskazał, że sól drogowa do zimowego utrzymania dróg, będąca przedmiotem dostawy musi posiadać i spełniać określone parametry, co oznacza, że aby skutecznie odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, Zamawiający musi jednoznacznie ustalić na czym polega niezgodność

oferty z warunkami zamówienia. Nie ma racji Zamawiający, że to wykonawca ma udowodnić mu zgodność oferty z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający twierdzi, że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne (odrzućcie ofertę Odwołującego), to rolę Zamawiającego jest należyte uzasadnienie (wykazanie) tych twierdzeń w piśmie odrzucającym ofertę. W piśmie z dnia 13 stycznia 2025 r. znajdują się jedynie 4 zdania uzasadniające czynność Zamawiającego.

Zamawiający poza zasugerowaniem, że Odwołujący będzie dostarczał sól z Egiptu, nie wskazał w sposób jednoznaczny, na czym polega niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. W dokumentach postępowania brak jest wytycznych co do pochodzenia soli, a Zamawiający nie pokusił się nawet o próbę wskazania konkretnego zapisu SWZ, z którym oferowana przez Odwołującego sól jest niezgodna. Wręcz przeciwnie, dokumenty przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą wskazują jednoznacznie, że oferowana przez niego sól spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że wywodzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia na podstawie wyjaśnienia ceny nie będzie każdorazowo miarodajne, czy też w ogóle możliwe bez uzyskania od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Zauważyć należy, iż przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności (np. KIO 936/22).

Co do zasady, niezgodność oferty z warunkami zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia lub sposób jego wykonania nie odpowiada merytorycznym wymaganiom określonym przez zamawiającego. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta (np. wyrok KIO 788/22).

Złożone przez Odwołującego PŚD także potwierdziły zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamówienia, co w istocie przyznał Zamawiający w piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego. Oczekiwanie jednak Zamawiającego do przedłożenia mu (dodatkowych) dokumentów czy oświadczeń, winno być poprzedzone stosownym wezwaniem, czego niewątpliwie zabrakło. Brak tego wezwania powoduje, że czynność odrzucenia jest co najmniej przedwczesna i winna zostać uchylona.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 Pzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane PŚD w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Rozstrzygające w tym zakresie są postanowienia SWZ opracowanej na użytek konkretnego postępowania. Takim PŚD w przedmiotowym postępowaniu były wymagane: atest PZH oraz opinia techniczna IBDiM.

Zgodnie z wyrokiem KIO 42/23: *„Oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia należy każdorazowo oceniać jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione oraz jaki zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SWZ.”* Jak wskazuje KIO w wyroku KIO 3734/23: o istnieniu niezgodności oferty z swz nie może przesądzać wybiórcza analiza wyjaśnień, bez uwzględnienia kontekstu udzielonych odpowiedzi, nadanego treścią pytań, jak i charakterem samego zadania inwestycyjnego.

Zarzut nr 4 - zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) Pzp, w zw. z art. 223 ust. 1, art. 107 ust. 2 oraz ust. 4 Pzp w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ

Przedmiotowe środki dowodowe Zamawiający określił w Rozdz. VIII pkt. III SWZ. W Rozdz. IX pkt. II ust. 1 pkt. 1 SWZ Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą wykonawca składa: przedmiotowe środki dowodowe, wskazane w Rozdziale VIII część III, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w niniejszym SWZ wraz z załącznikami.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu przedłożył wszystkie wymagane PŚD. Gdyby Zamawiający widział potrzebę (konieczność) uzupełnienia dokumentów / oświadczeń Odwołującego, to powinien wystosować do niego odpowiednie wezwanie, czego jednoznacznie zabrakło. Zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Ponadto Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (ust. 4). Również w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział „możliwość uzupełnienia PŚD – Rozdz. VIII pkt. III ppkt. 4 SWZ – Przedmiotowe środki dowodowe.

Nadrzędnym celem prowadzonego postępowania winno być dążenie Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś eliminacja wykonawców z postępowania, służąca zachowaniu nieprawidłowo rozumianej zasady formalizmu. Zamawiający przed odrzuceniem ofert wykonawców winien dążyć wszelkimi staraniami, aby w przypadku istnienia wątpliwości co do treści złożonych ofert, podjąć działania służące ich wyjaśnieniu, w granicach określonych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut nr 5 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk

Jako kolejną przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk – tj. złożenie oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji, odnosząc się jednocześnie do zarzucanej Odwołującemu zmiany (modyfikacji) treści oferty oraz rzekomej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Jednocześnie Zamawiający w sposób nieuprawniony podnosi i twierdzi, że Kłodawa zamierza dostarczać sól „bez odpowiednich badań”, co nie wynika z dokumentów postępowania. Stanowi zatem wyraz spekulacji Zamawiającego.

Co więcej w piśmie z dnia 13 stycznia 2025 r., poza odniesieniem się przez Zamawiającego do ogólnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk, nie sposób również odnaleźć znamion czy przesłanek wskazujących na okoliczność, że zarzucane Odwołującemu zachowanie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Nie każde niejasne czy wątpliwe zachowanie wykonawcy może być ocenione w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji. Zamiast stawiać taki zarzut w piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego, Zamawiający winien był dokonać jej stosownego wyjaśnienia w trybie przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1556/23, uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. W przedmiotowej sprawie poza nieuprawnionym zarzutem Zamawiającego oferowania przez Odwołującego soli niezgodnej z warunkami zamówienia Zamawiający nie wskazał na czym ten czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać, z którym przepisem prawa był on niezgodny czy też które z dobrych obyczajów narusza. Dodatkowo, Zamawiający poza ogólnikowym sformułowaniem tego zarzutu nie wskazał, w jaki sposób zachowanie Odwołującego zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Wykonawca, Keluva PL Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 17 lutego 2025 r.

Zarzut nr 1 naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 223 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 Pzp

Zarzut jest bezzasadny, gdyż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem doprowadził do naruszenia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nierozumiącym i bezzasadnym jest zarzut preferowania przez Zamawiającego wykonawcy Keluva PL Sp. z o.o. i dyskryminowania Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący ma zapewnione prawo do składania środków ochrony prawnej, z którego korzysta w niniejszym postępowaniu.

Okoliczność złożenia przez Keluva PL Sp z o.o. odwołania do KIO z dnia 17.12.2004 roku w sprawie KIO 4783/14 na wybór oferty wykonawcy Kopalnia Soli Kłodawa S.A. i uznanie w/w odwołania przez Zamawiającego nie może zostać ocenione jako działanie zmierzające do preferowania jednego wykonawcy kosztem drugiego.

Naruszeniem wskazanych powyżej przepisów nie może być również czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu w dniu 27 grudnia 2024 r. wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 7 grudnia 2024 r, będąca podstawą wniesienia odwołania Keluva PL Sp. z o.o. w sprawie KIO 4783/24, do którego Zamawiający był uprawniony na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze prowadzone w sprawie KIO 4783/24 stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowiło podstawę do umorzenia w/w postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Umorzenie postępowania odwoławczego w wyniku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest działaniem wymierzonym przeciwko Odwołującemu.

Zamawiający po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 grudnia 2024 r. dokonał ponownego badania i oceny złożonych w w/w postępowaniu ofert, co potwierdza protokół z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. W wyniku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta Keluva PL Sp. z o.o. oraz odrzucił ofertę Odwołującego. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przedstawił szerokie uzasadnienie prawne i faktyczne decyzji. Bezzasadne są zatem zarzuty Odwołującego, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty bez uprzedniego zbadania treści oferty Odwołującego. Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, co potwierdza dokumentacja postępowania i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty Keluva PL Sp. z o.o. oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie wskazanego przez Zamawiającego uzasadnienia.

To działanie Odwołującego stanowiło naruszenie art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp gdyż Odwołujący zmieniając treść oferty

zaferował świadczenie o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty. Manipulacja wprowadzona przez Odwołującego poprzez zmianę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oferowanego produktu zagraża interesom pozostałych wykonawców i samego Zamawiającego, który ostatecznie nie wie, czy oferta Odwołującego to jest sól własna wyprodukowana przez Kopalnię Soli Kłodawa czy też Odwołujący oferuje sól importowaną z Egiptu. Oczywiście jest, że takie działania Odwołującego związane z manipulacją w ofercie i brakiem jasnych jednoznacznych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty skutkuje utrudnianiem dostępu do rynku pozostałym wykonawcom, którzy nie stosują tego typu praktyk i jednoznacznie wyjaśniają cenę oferowanego produktu oraz zasady jej kalkulacji.

Zarzut nr 2 naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 107 ust. 2 i ust. 4 Pzp w zw. z Rozdziałem VIII pkt III SWZ oraz art 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

Na etapie składania ofert Odwołujący zaferował sól DR Mg. Dla zaferowanej soli Odwołujący przedstawił Opinię techniczną nr 6/2024/IDM-TO Instytutu Badawczego Dróg i Mostów w której w/w Instytut stwierdza na podstawie przeprowadzonych badań oraz przedstawionych wyników analiz chemicznych, że gatunki soli drogowej oznaczone: DR-DS., DR-DA, DR-1N, DR-6N, DR-E i DR-ON produkowane przez Kopalnię Soli Kłodawa S.A. 62-650 Kłodawa Al. 1C lecia 2, mogą być stosowane do posypywania nawierzchni drogowych oraz wytwarzania solanki w zimowym utrzymaniu dróg.

Jako załącznik do w/w opinii zostały załączone wyniki badań soli drogowej produkcji Kopalni Soli Kłodawa wykonanych i Instytucie Badawczym Dróg i Mostów.

W treści w/w opinii w pkt 3 strona 8 - Podsumowanie zostało wskazane, że badania gatunków soli oznaczonej DR_DS, DR-DA, DR-IN, DR-6N, DR-E, DR-ON produkowanych przez Kopalnię Soli „Kłodawa” potwierdziły ich walor użytkowe i mogą być stosowane do posypywania nawierzchni drogowych oraz wytwarzania solanki w zimowym utrzymaniu dróg.

Jednocześnie do oferty Odwołującego został załączony atest higieniczny dla soli drogowej Dr i Ds., której producentem wytwórcą jest Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A., z którego wynika, że w/w produkt odpowiada wymaganiom higienicznym.

Odwołujący w treści przedmiotowych środków dowodowych załączonych do oferty wskazał na parametry chemiczne i sitowe, którą zaferował Zamawiającemu, natomiast informacja, kto jest producentem soli jest elementem treści opinii technicznej i atestu higienicznego, w którym jest zawarte oznaczenie producenta badanej soli.

Zgodnie z informacjami jakie Keluva PL Sp. z o.o. uzyskał od Instytutu Dróg i Mostów Instytut Badawczy Dróg i Mostów Instytut wymaga, aby wnioskodawcy wskazywali kraj pochodzenia soli przy badaniach. Kraj pochodzenia soli jest podawany w opinii.

Jednocześnie kraj pochodzenia soli jest podawany także w atęcie higienicznym PZH. Jako dowód Przystępujący załączył odpowiedź IBDiM na zapytanie Odwołującego.

Źródło pochodzenia soli ma znaczenie dla wydania opinii z badania parametrów soli przez Instytut Dróg i Mostów oraz przy atęcie higienicznym składanych przez wykonawców dla oceny zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w SWZ oraz OPZ zgodnie z Rozdziałem VIII pkt III SWZ, gdyż przedmiotem badania, w tym analizie chemicznej i sitowej jest sól pochodząca z określonego źródła, która jest oferowana przez Wykonawcę a nie jakakolwiek sól drogowa.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że informacja skąd ma sól pochodzić jest zbędna dla Zamawiającego, zaś istotne jest czy oferowana sól będzie spełniała parametry opisane w dokumentach postępowania i czy wykonawca jest w stanie to wykazać za pomocą przedmiotowych środków dowodowych. Treść przedmiotowych środków dowodowych odnosi się bowiem do pochodzenia danego rodzaju soli objętej badaniami w zakresie m.in. badań laboratoryjnych, zatem wykonawcy powinni przedłożyć przedmiotowe środki dowodowe na sól, którą będą dostarczać, pochodzącą od danego producenta, która to informacja zawarta jest w treści opinii IBDiM. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której przedmiotowe środki dowodowe będą dotyczyły soli wyprodukowanej przez Kopalnię Soli Kłodawa S.A. natomiast dany wykonawca zaferuje sól pochodzącą z importu z Egiptu, która prawdopodobnie jest tańsza niż sól wyprodukowana przez Odwołującego.

W toku badania i oceny ofert przy wyjaśnieniach RNC Odwołujący złożył oświadczenie, w którym zmienił przedmiot dostawy z soli wyprodukowanej przez Kopalnię Soli Drogowej „Kłodawa” S.A. na sól importowaną typu „E” dostarczoną do Portu w Gdańsku i następnie transportowaną do miejsc składowych Zamawiającego.

W wyjaśnieniach RNC Odwołujący wskazuje bowiem: *W dołączonej do oferty Opinii IBDiM oferent wskazał między innymi rodzaj soli: Sól drogowa DR-„E” europejska, która jest zgodna z wymaganiami stawianymi w OPZ w zakresie wskazanych parametrów. Jest to sól importowana, która również jest przedmiotem prowadzonej przez Kopalnię działalności handlowej. Ceny zakupu soli drogowej w Porcie w Gdańsku, jak i koszt transportu do miejsc składowych Zamawiającego zawarte w załączonych ofertach, (...) pozwalają na osiągnięcie zysku dla Kopalni w całym okresie obowiązywania umowy to jest 6 miesięcy od dnia jej podpisania. (...) Wskazana w załączniku cena soli drogowej obejmuje*

zakup soli drogowej (w tym koszt jej wydobycia), jej transport drogą morską do portu w Gdańsku, rozładunek ze statku, załadunek na samochody oraz jej przechowywanie w całym okresie obowiązywania umowy, to jest 6 miesięcy od dnia jej podpisania”.

Działanie Odwołującego, polegające na zaoferowaniu na etapie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny soli importowanej w miejsce soli wyprodukowanej w Kopalni Soli Kłodawa S.A., zgodnie z treścią złożonych przedmiotowych środków dowodowych, stanowi istotną zmianę treści oferty. W/w zamianę należy uznać za niedopuszczalną modyfikację treści oferty, która została dokonana po upływie terminu na składanie ofert (art. 223 ust. 1 Pzp).

W formularzu ofertowym Odwołujący wskazał, że oferuje sól na podstawie kosztorysu ofertowego. W kosztorysie ofertowym Odwołujący wskazał, że oferuje sól DR Mg bez doprecyzowania jaką konkretnie sól oferuje. Jednocześnie przedstawił opinię techniczną nr 6/2024/IDM-TO zawierającą badania dla różnych soli drogowych oznaczonych DR-DS., DR-DA, DR-IN, DR-6N, DR-E i DR-ON produkowanych przez Kopalnię Soli Kłodawa S.A. oraz przedstawił ogólny atest higieniczny dla soli drogowej DR i DS., której wytwórcą producentem jest Odwołujący. Przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdził jakiego rodzaju sól jest przedmiotem oferty Odwołującego, gdyż dotyczył wielu rodzajów soli wyprodukowanych przez Kopalnię Soli Kłodawa. Należy jednak podkreślić, że pierwotnie oferowana sól jest solą wyprodukowaną przez Odwołującego.

Następnie w wyjaśnieniach RNC Odwołujący wskazał, że oferuje sól drogową „E” europejską wskazaną w opinii IBDIM, która jest solą importowaną będącą przedmiotem prowadzonej przez Kopalnię działalności handlowej. Dla w/w soli drogowej „E” importowanej w ramach prowadzonej przez Kopalnię działalności handlowej nie zostały załączone wyniki badań laboratoryjnych.

Nieuprawnione jest stanowisko Odwołującego, że w wyjaśnieniach RNC może przedstawić kalkulację ceny abstrakcyjną, oderwaną od przedmiotu zamówienia. Powyższe działanie Odwołującego wskazujące, że był uprawniony do złożenia kalkulacji cenowej na sól pochodzącej z importu przedstawiając ofertę handlową Firmy OLAN dla soli pochodzącej z Egiptu oraz ofertę firmy transportowej obejmującej transport soli z Portu Gdańsk do magazynów Zamawiającego na terenie województwa Kujawsko-Pomorskiego, w sytuacji gdy Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że oferuje sól, dla której przedstawił przedmiotowe środki dowodowe, tj. sól pochodzącą z Kopalni Soli Kłodawa jest działaniem, które narusza zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia. Działanie Odwołującego stanowi manipulację treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanej soli z uwagi na brak jasnych jednoznacznych wyjaśnień w zakresie tego, co oferuje oraz złożonej kalkulacji cenowej, która nie dotyczy przedmiotu zamówienia, co skutkuje utrudnianiem dostępu do rynku pozostałym wykonawcom, którzy nie stosują tego typu praktyki i jednoznacznie wyjaśniają cenę oferowanego produktu oraz zasady jej kalkulacji.

Jeżeli w wyjaśnieniach RNC Odwołujący oświadczył, że oferuje sól europejską DR „E” importowaną do Portu w Gdańsku, to brak jest podstaw do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 233 ust. 1 Pzp, gdyż złożone oświadczenie wykonawcy dla potrzeb kalkulacji ceny oferty jest elementem oferty, której nie można negocjować.

Art. 223 ust. 1 Pzp istotnie stanowi podstawę do wezwania do wyjaśnienia treści oferty, a zatem tych oświadczeń i informacji, które oferta już zawiera, to w tym samym przepisie wyrażony został także zakaz negocjacji między wykonawcą a Zamawiającym dotyczących oferty i jakiegokolwiek zmiany jej treści, z zastrzeżeniem wyjątków tam przewidzianych. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty (za: Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP, Warszawa, 2021, str. 697,698). Niemożliwe było zatem w warunkach postępowania wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej soli, albowiem poprzez złożenie wyjaśnień o treści jak w odwołaniu, Odwołujący chciałby wyjaśnieniami – złożonymi po terminie składania ofert – dokonać modyfikacji treści złożonego uprzednio w wyjaśnianych RNC oświadczenia w zakresie oferowanej soli pochodzącej z importu. Złożone przez Odwołującego oświadczenia w wyjaśnieniach RNC jednoznacznie wskazują, że wykonawca zmienił przedmiot dostawy z soli własnej produkcji na sól importowaną, co do której brak jest potwierdzenia zgodności z warunkami SWZ oraz OPZ.

W ocenie Przystępującego, podjęcie próby wezwania wykonawcy do wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, w zakresie wyjaśnienia jaką sól oferuje Odwołujący stanowiłyby negocjacje treści oferty. Należy podkreślić, że Zamawiający powinien uzyskać jednoznaczną ofertę od wykonawcy dotyczącą oferowanego produktu, bez następnie wprowadzania zmian na etapie wyjaśnień do złożonej oferty. Podkreślić należy, że przedmiot oferty (tj. przedmiot świadczenia) nie może podlegać zmianie ponieważ stanowi merytoryczną treść oferty, tj. treść zobowiązania wykonawcy względem Zamawiającego. Zobowiązanie to spełniać musi warunki zamówienia m.in. co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia a wskazanych w dokumentach zamówienia. Powyższe powoduje, że, oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego.

Dokumentacja postępowania została skierowana do profesjonalistów (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp), którzy składając ofertę powinni w niej jednoznacznie sprecyzować, co oferują Zamawiającemu. W obecnej sytuacji wezwanie wykonawcy – Kopalni Soli Kłodawa S.A. do wyjaśnienia treści oferty lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych powodowałoby, że po upływie terminu składania ofert wykonawca wskazywałby co zaoferował Zamawiającemu. Takie działanie na gruncie ustawy Pzp jest niedopuszczalne, zaś oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona.

Zarzut nr 3 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 art. 107 ust. 2 i ust. 4 Pzp w zw. z Rozdziałem VIII pkt III SWZ oraz 6 k.c.

Zgodnie z postanowieniami art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki te zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Pzp - należy je rozumieć jako warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający określił wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w treści SWZ oraz OPZ. Zgodnie z Rozdziałem IX pkt II SWZ Wykonawca wraz z ofertą składa:

Pkt 8 - Przedmiotowe środki dowodowe, wskazane w Rozdziale VIII część III, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w niniejszym SWZ wraz z załącznikami.

W trakcie postępowania Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów SWZ/OPZ uwzględniając wymagania określone w normie PN-EN 16811-1:2016-10 i załączył zamienny OPZ – załącznik nr 5. Zgodnie z pkt II OPZ (po modyfikacji) Zamawiający przewidział parametry chemiczne, wilgotnościowe i sitowe dla dostarczanej soli

Zgodnie z Rozdziałem VIII pkt III SWZ, Zamawiający żąda przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych tj. wyników badań laboratoryjnych analizy chemicznej i sitowej oferowanej soli. Złożone przedmiotowe środki dowodowe muszą potwierdzić spełnienie wszystkich minimalnych wymagań i parametrów opisanych w SWZ i OPZ.

Wykonawca – Kopalnia Soli Kłodawa w kosztorysie ofertowym zaoferował dostawę soli do zimowego utrzymania soli DR-Mg. Wykonawca po złożeniu oferty w złożonych wyjaśnieniach dotyczących RNC wskazał, że oferuje sól pochodzącą z importu, która będzie dostarczona z Portu w Gdańsku do miejsc składowania wymaganych przez Zamawiającego.

Jednocześnie w terminie składania ofert złożył przedmiotowe środki dowodowe - opinię techniczną oraz atest higieniczny na różne rodzaje soli wyprodukowane przez Kopalnię Soli Kłodawa S.A.

Mając na uwadze oświadczenie Odwołującego co do zaoferowanej soli drogowej pochodzącej z importu wskazać należy, iż wykonawca przedstawił przedmiotowy środek dowodowy na inną sól (wyprodukowaną przez Kopalnię Soli Kłodawa) niż objęta przedmiotem oferty. Brak jest jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych potwierdzających, że zaoferowana przez Odwołującego sól drogowa „E” pochodząca z importu spełnia wymagania Zamawiającego określone w treści SWZ w tym w treści OPZ.

Przedmiotowe środki dowodowe są bezpośrednio związane ze złożoną ofertą - z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami dokumentacji postępowania, jako forma potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami określonymi w SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt II ppkt 8) SWZ przedmiotowe środki dowodowe wskazane w Rozdziale VIII część II składane są w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w niniejszym SWZ wraz z załącznikami.

Zadeklarowana zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamówienia musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach przedmiotowych, a merytoryczna wada takiego dokumentu jest podstawą do odrzucenia oferty. Wymagane przez Zamawiającego środki przedmiotowe miały potwierdzać zgodność oferowanej dostawy w warunkach zamówienia w zakresie wymogów chemicznych, wilgotności, parametrów sitowych związanych z granulacją dostarczonej soli.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący, wskazując w wyjaśnieniach RNC, że oferuje sól drogową „E” pochodzącą z importu, która jest transportowana do Portu w Gdańsku, a następnie do poszczególnych magazynów Zamawiającego zaoferował Zamawiającemu sól, co do której nie potwierdził zgodności zaoferowanej dostawy z wymaganiami przedmiot zamówienia określonymi w SWZ i OPZ. Zamawiający nie ma informacji, czy zaoferowana sól spełnia parametry techniczne, jaki ma skład chemiczny czy ma atest higieniczny.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że pochodzenie dostarczanej soli nie wynika z treści oferty ani z treści wyjaśnień RNC, bowiem może ona być weryfikowana i oceniana dopiero na etapie jej dostawy (po zawarciu umowy). Celem nadrzędnym postępowania jest bowiem wybór oferty zgodnej z warunkami zamówienia, a nie ewentualne sanowanie jej błędów na późniejszym etapie, czy to przed zawarciem umowy czy też już po zawarciu

umowy w trakcie jej realizacji. Takie działanie wypaczałoby bowiem zasadę uczciwej konkurencji i stanowiłoby naruszenie art. 16 Pzp.

Przystępujący podkreślił, iż wykonawca określa przedmiot swojego świadczenia w ofercie. Na etapie realizacji zamówienia świadczy to, co określa w ofercie. Przyjęcie odmiennego stanowiska za zasadne prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający wybiera ofertę niezgodną z SWZ oraz OPZ. Informacje dotyczące składu chemicznego lub atestu higienicznego odnoszą się nie do każdego rodzaju soli lecz do soli pochodzącej od danego producenta. W/w informacja zawarta jest w treści każdego przedmiotowego środka dowodowego składanego przez każdego Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Ocenie podlegają cechy i parametry konkretnego rodzaju soli pochodzącego z danego źródła. Odwołujący zobowiązany był wykazać w/w wymagania zgodnie z SWZ i OPZ dla oferowanej soli. Odwołujący, oferując sól pochodzącą z importu, nie przedstawił żadnego dokumentu, który potwierdzałby skład chemiczny lub atest higieniczny dla zaoferowanej soli pochodzącej z importu.

Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

W ocenie Przystępującego, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na brak wykazania przez Odwołującego przedmiotowym środkiem dowodowym wymaganym na etapie oferty, że oferowana przez niego sól spełnia parametry, cechy określone w treści SWZ w szczególności w treści OPZ. Informacja Odwołującego zawarta w wyjaśnieniach RNC potwierdza, że Odwołujący zaoferował sól, co do której nie przedstawił przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący nie powołał w treści odwołania żadnych dowodów lub argumentów potwierdzających, że zaoferował sól, która spełnia warunki określone w treści SWZ i OPZ. Odwołujący w odwołaniu nie odniósł się do w/w sprzeczności treści złożonej oferty i nie przedstawił żadnych argumentów, które potwierdziłyby, że zaoferował sól zgodną z wymaganiami określonymi w treści SWZ i OPZ.

Zarzut nr 4 naruszenie 226 ust. 1 pkt 2 li. c) Pzp w zw. Z art. 223 ust. 1 art. 107 ust. 2 oraz ust. 4 Pzp w zw. z Rozdziałem VIII pkt III SWZ.

Wykonawca – Kopalnia Soli Kłodawa S.A. nie przedstawił w treści oferty przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego zgodność oferowanego przedmiotu dostawy z warunkami zamówienia.

Zamawiający przewidział przedmiotowe środki dowodowe zgodnie z Rozdziałem VIII SWZ pkt III *Przedmiotowe środki dowodowe*.

Wykonawca załączył do oferty przedmiotowe środki dowodowe dotyczące zgodności przedmiotu dostawy z warunkami SWZ w tym OPZ dla soli wyprodukowanej w Kopalni Soli Kłodawa S.A dla kila rodzajów soli. Mając na uwadze, iż w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca wskazał, iż oferuje sól drogową „E” pochodzącą z importu należy wskazać, iż w dokumentach zamówienia brak jest opinii Instytutu Badawczego Dróg i Mostów oraz atestu higienicznego dla zaoferowanej soli drogowej pochodzącej z importu.

Przedmiotowy środek dowodowy nie może ulec uzupełnieniu w niniejszym postępowaniu zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający podejmując decyzję dotyczącą wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego mógłby jedynie żądać:

- 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony,
- 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Art. 107 Pzp nie upoważnia do wezwania do poprawienia złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Jeżeli dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich Zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Przedmiotowe środki dowodowe są bezpośrednio związane ze złożoną ofertą - z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania danego zamówienia, jest to forma potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Przedstawiona przez Odwołującego opinia IBDIM oraz atest higieniczny nie dotyczą przedmiotu zamówienia soli pochodzącej z importu, zatem w/w przedmiotowe środki dowodowe zawierają wady merytoryczne, których nie można sanować w trybie art. 107 ust. 2 Pzp, ponieważ skutkowałoby to de facto zmianą złożonej oferty, co koresponduje z linią orzecniczą, gdzie przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu

oferty (por. wyroki Izby: z dnia 16 grudnia 2021 r. sygn. akt: KIO 3522/21, z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. akt: KIO 3555/21).

Odwołujący wskazuje, że w przeciwieństwie do podmiotowych środków dowodowych ustawodawca nie dopuszcza możliwości poprawienia przedmiotowego środka dowodowego, jeżeli ten jest błędny. Zasada ta wynika wprost z konstrukcji przepisów art. 107 ust. 2 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie (wyrok z dnia 28 marca 2023 r. KIO 695/23).

Złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe - opinia IBDIM oraz atest higieniczny nie potwierdzają zgodności z SWZ zaoferowanej przez Odwołującego soli pochodzącej z importu, gdyż w/w badania laboratoryjne oraz atest higieniczny dotyczą soli która została wyprodukowana w Kopalni Soli Kłodawa S.A.

Zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Przystępujący podzielił argumentację Zamawiającego, że złożenie przez Odwołującego oferty nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. działania, które narusza klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk), jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkuje utrudnianiem dostępu do rynku.

Zamawiający wykazał spełnienie wszystkich przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk. Działanie Odwołującego polegające na złożeniu przedmiotowej oferty nastąpiło w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą, jest sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami. Działanie Odwołującego naraża lub zagraża interesowi Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Manipulacja wprowadzona przez Odwołującego poprzez zmianę w wyjaśnieniach RNC oferowanego produktu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i spełnia wszystkie znamiona tego działania polegające na: działaniu sprzeczne z prawem zamówień publicznych oraz dobrymi obyczajami, w sposób, który zagraża interesom pozostałych wykonawców i samego Zamawiającego, który ostatecznie nie wie, czy oferta Odwołującego obejmuje sól wyprodukowaną przez Odwołującego, czy też przedmiotem oferty jest sól importowana, a oczywiste jest, że takie działania związane z manipulacją treści oferty i brakiem jasnych jednoznacznych wyjaśnień RNC skutkuje utrudnianiem dostępu do rynku pozostałym wykonawcom, którzy nie stosują tego typu praktyki i jednoznacznie wyjaśniają cenę oferowanego produktu oraz zasady jej kalkulacji.

W ocenie Przystępującego, jeżeli oferta Odwołującego dot. soli wyprodukowanej przez Odwołującego, a jednocześnie kalkulacja cenowa dotycząca soli została przedstawiona na sól importowaną pochodzącą z Egiptu, to należy przyjąć, że powyższa okoliczność jest podstawą do uznania, że Odwołujący utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku.

Zgodnie art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności wskazujących na kalkulację kosztów soli własnej produkcji, o którą wnosił Zamawiający. Z treści odwołania wynika, że Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu do kosztów produkcji według wyspecyfikowanych przez Zamawiającego pozycji soli własnej produkcji. Powyższe działanie wskazuje, że Odwołujący naruszył zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w prawie zamówień publicznych oraz w obrocie gospodarczym poprzez swobodną modyfikację treści oferty już po terminie jej złożenia lub też co próbuje wykazać w treści odwołania, ukrywając rzeczywiste koszty oferowanej soli własnej produkcji a prezentując w wyjaśnieniach RNC koszty importowanej przez Odwołującego soli. Działanie Odwołującego, który wprowadził w błąd Zamawiającego co do zaoferowanej soli przedstawiając kalkulację kosztów abstrakcyjną w oderwaniu od przedmiotu zamówienia może stwarzać ryzyko sprzedaży soli produkcji Kopalni Soli Kłodawa poniżej kosztów jej wytworzenia albo sprzedaży soli importowanej z Egiptu, czego na podstawie przedstawionych dokumentów zarówno Zamawiający, jak i pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu, nie mogą ustalić.

Pismem z dnia 14 lutego 2025 r. Zamawiający, złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie nieuzasadnionego.

Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący w postępowaniu złożył Ofertę do której załączył przedmiotowe środki dowodowe tj. Opinię Techniczną wydaną przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów nr 6/2024/IDM-TO z dnia 8 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami, zawierającą badania dla sześciu różnych rodzajów soli, w tym: DR-DS, DR-DA, DR-1N, DR-6N, DR-E, DR-ON

produkowanych przez Kopalnię Soli Kłodawa S.A. Okoliczność, że ww. opinia dotyczy wyłącznie soli produkowanej przez Odwołującego potwierdza również treść załącznika nr 3 do Opinii - Atest Higieniczny wydany przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego w Warszawie. Zatem, Odwołujący w swojej ofercie oświadczył, że oferuje Zamawiającemu sól drogową własnej produkcji. Wskazane dokumenty potwierdzały spełnianie przez sól produkowaną przez wykonawcę

wymagań Zamawiającego.

W toku badania ofert, w dniu 19 listopada 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny podanej w ofercie, dla oferowanego przedmiotu tj. soli produkcji własnej. W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny wraz z dowodami (oferta podwykonawcy OLAN Południe sp. z o.o. oraz oferta podwykonawcy P.U.H. Ewa Golasa na transport „z Portu Gdańsk na teren województwa Kujawsko-Pomorskiego”).

Zamawiający w dniu 07 grudnia 2024 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Na tą czynność wpłynęło odwołanie wykonawcy Keluva PL sp. z o.o. Zamawiający po analizie odwołania uznał je za zasadne i uchylił czynność wyboru oferty Odwołującego. Po ponownej ocenie ofert Zamawiający w dniu 13 stycznia 2025 r. opublikował wybór oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę wykonawcy Keluva PL Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, jednocześnie zawiadamiając o odrzuceniu oferty Odwołującego. W dniu 23 stycznia 2025 r. wykonawca Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A. wniósł odwołanie, kwestionując czynności dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania.

Zamawiający w odniesieniu do zarzutów Odwołującego wskazał, że zarzuty nr 1, 2, 3 oraz 4 Odwołującego wobec działań i zaniechań Zamawiającego pozostają ze sobą w związku, dlatego Zamawiający przedstawił odpowiedź łącznie.

Zamawiający wyjaśnił, że zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających Wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach.

Zamawiający w załączniku nr 5 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia - określił wymagane parametry dla soli drogowej do zimowego utrzymania dróg. Zamawiający w Rozdziale VIII cz. III SWZ wskazał, że wymaga załączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty. Odwołujący zaoferował sól produkcji własnej, natomiast pozostali wykonawcy sól z importu:

- M.M. – sól drogowa produkcji Al. ISSA Import, Export and Shipping Service Ras EL Bar Egipt;
- Keluva PL sp. z o.o. – sól drogowa pochodząca z Hiszpanii – produkcji ICL Europe Cooperatief U.A.;
- Eko Serwis Sp. z o.o. – sól drogowa pochodząca z Egiptu – produkcji SSC Group Company, Siwa Greshit B13 Marsa Matrouh.

Dokumenty przedmiotowe złożone przez wskazanych wyżej wykonawców potwierdzały kraj jej pochodzenia, rodzaj dostarczanej soli oraz jej parametry.

Odwołujący w swojej ofercie oświadczył, że oferuje Zamawiającemu sól drogową własnej produkcji i złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe, tj. Opinię Techniczną wydaną przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów nr 6/2024/IDM-TO z dnia 8 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami, zawierającą badania dla sześciu różnych rodzajów soli, tj.: 1)DR-DS, 2)DR-DA, 3)DR-1N, 4)DR-6N, 5)DR-E, 6)DR-ON produkowanych przez Kopalnię Soli Kłodawa S.A. Atest Higieniczny wydany przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego w Warszawie również potwierdza, że opinia dotyczy wyłącznie soli produkowanej przez wykonawcę.

Zamawiający dokonał oceny złożonych przez wykonawcę Kopalnia Soli Kłodawa S.A. przedmiotowych środków dowodowych, z których wynikało, że sól produkowana przez Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego. Jest to okoliczność bezsporna.

W toku badania ofert, tj. w dniu 19 listopada 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny soli produkcji własnej (krajowej) podanej w ofercie, w tym w szczególności do rozbicia kalkulacji ceny na wskazanie:

1. kosztów wydobycia soli,
2. kosztów transportu do miejsc wskazanych w OPZ, tj. poszczególnych RDW,
3. kosztów załadunku / rozładunku,
4. kosztów zaangażowania sprzętu.

W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny wraz z dowodami (oferta podwykonawcy OLAN Południe sp. z o.o. oraz oferta podwykonawcy P.U.H. Ewa Golasa na transport „z Portu Gdańsk na teren województwa Kujawsko-Pomorskiego”). W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że z uwagi na perturbacje na rynku będące skutkiem wybuchu wojny w Ukrainie i brak dostępności soli z Ukrainy i Białorusi, wykonawcy korzystają z dostaw z Egiptu i Maroka. Dalej, z treści wyjaśnień wynika, że przedmiotem oferty nie jest sól produkowana przez Odwołującego, a sól importowana z Egiptu – co potwierdzają załączone umowy podwykonawcze (dostawa soli z Egiptu, transport z portu). Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach: „Jest to sól importowana, która również jest przedmiotem prowadzonej przez kopalnię działalności handlowej”. Dalej Odwołujący wskazuje, że koszty realizacji przedmiotu zamówienia zostały wykazane jako koszt zakupu soli oraz jej transportu oraz, że kalkulacja w oparciu o wskazane dokumenty gwarantuje

stawkę zaoferowaną w okresie obowiązywania umowy, tj. 6 miesięcy od jej podpisania. Odwołujący powołał się na Opinię IBDiM wskazując, że rodzaj importowanej soli to sól DR - E europejska (co było działaniem wprowadzającym Zamawiającego w błąd). W tym miejscu Zamawiający ponownie podkreśla, że Opinia IBDiM została sporządzona dla soli produkowanej w Kopalni Soli Kłodawa S.A., a nie dla soli importowanej przez Odwołującego, będącej przedmiotem jego działalności handlowej.

Oczywiście bezspornie – Zamawiający nie określił w żadnym z dokumentów kraju pochodzenia soli – ale oczekiwał zaoferowania soli odpowiadającej wymaganiom określonym w dokumentach postępowania.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dokonał sprzecznej z zasadami ustawy Pzp nieuprawnionej zmiany treści merytorycznej swojej oferty. Dokumenty przedmiotowe złożone wraz z ofertą dotyczyły soli produkowanej przez Odwołującego w Polsce, natomiast na dalszym etapie postępowania ze złożonych wyjaśnień wraz z załącznikami wynika, iż Odwołujący oferuje sól importowaną z Egiptu.

Wymaga zaakcentowania, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są częścią oferty wykonawcy (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie - wyrok z dnia 09.02.2023, sygn. akt XXIII Zs 158/22).

Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ocenił treść oferty oraz treść wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Po analizie wskazanych dokumentów, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z przyczyn, które zostaną szczegółowo omówione w dalszej części.

Odwołujący w treści swojego odwołania stara się zbagatelizować sens instytucji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, prezentując tezę, iż procedura wyjaśnień rażąco niskiej ceny ma prowadzić do wykazania ceny rynkowej jakiegokolwiek produktu (np. soli z importu) – nie musi to być produkt będący przedmiotem oferty (sól produkcji własnej), byle „kalkulacja” się zgadzała. Jest to, w ocenie Zamawiającego, skrajnie lekceważące podejście do obowiązujących przepisów i obowiązków wykonawcy w toku postępowania.

Odwołujący zmienił treść swojej oferty zapewne z tego powodu, że jednak bardziej opłacalna dla niego była dostawa soli importowanej, od soli produkcji własnej na dzień składania wyjaśnień. Należy podkreślić, że Odwołujący do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dołączył dowody potwierdzające kalkulację dla soli importowanej (włącznie z transportem na teren województwa kujawsko-pomorskiego). Natomiast w tej chwili, pomimo 25 stronicowego odwołania, nie jest w stanie w żaden przekonujący sposób uzasadnić podstaw swojego działania, usiłuje wymusić dopuszczenie ponownej zmiany treści oferty oraz próbuje przerzucić konsekwencje swoich decyzji czy błędów w znajomości zasad stosowania przepisów ustawy Pzp na Zamawiającego. Takie zachowanie nie zasługuje na aprobatę.

Analizując treść oferty, w tym przedmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny, należy stwierdzić, że Odwołujący nie przedstawił wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, które potwierdzałyby jednoznacznie zgodność dostawy soli importowanej z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w treści SWZ oraz OPZ.

Nie ulega zatem wątpliwości, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny tworzą merytoryczną treść oferty i w przypadku braku spójności oferty w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Na podstawie przepisu art. 223 ust. 1 Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców między innymi złożenia wyjaśnień, których celem jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 Pzp oznacza, że Zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy.

W tym przypadku Zamawiający uznał, że brak jest podstaw do zastosowania art. 223 ust. 1 Pzp, ponieważ nie ma wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Po zmianie treści oferty przez Odwołującego (zaoferowanie importowanej soli z Egiptu, zgodnie z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny), Zamawiający nie dysponuje przedmiotowymi środkami dowodowymi dla oferowanej soli – zatem uznaje, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia – Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowana sól z importu spełniała wymogi Zamawiającego.

W sytuacji, w której Zamawiający zwróciłby się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty – zgodnie z żądaniem Odwołującego - złożone wyjaśnienia musiałyby doprowadzić ponownie do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne. Z przepisu wynika wprost zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z treści odwołania wynika, że Odwołujący właśnie domaga się, aby Zamawiający umożliwił mu niedopuszczalną zmianę treści oferty w wyjaśnieniach składanych na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazał, że kolejny zarzut dotyczy naruszenia art. 107 ust. 2 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów / oświadczeń / wyjaśnień. Zauważył, że zgodnie z art.

107 ust. 1 Pzp, *Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Zamawiający przewidział w SWZ zastosowanie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp: Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.* W niniejszej sprawie, Odwołujący złożył wraz z ofertą prawidłowe i kompletne przedmiotowe środki dowodowe - dla soli własnej produkcji. Wykonawca zmieniając treść oferty na późniejszym etapie działań na własne ryzyko. Zmiana treści oferty nie powoduje, aby ponownie powstało uprawnienie dla wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, a dla Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych dla obecnie oferowanego przedmiotu. Zamawiający nie miał zatem podstawy do zastosowania art. 107 ust. 2 Pzp.

W ocenie Zamawiającego – zastosowanie któregośkolwiek z rozwiązań żądanych przez Odwołującego stanowi oczywiste naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzi do uprzywilejowania Odwołującego kosztem innych wykonawców, pozwala na inżynierię cenową po stronie wykonawców (zmiana przedmiotu oferty w celu uzyskania jak największego zysku) i jest jawnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Zarzut nr 5: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz. U. z 2022 r., poz. 1233, polegające na uznaniu, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji tj. działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes Zamawiającego i pozostałych wykonawców.

Zamawiający wskazał, że katalog czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter otwarty, wskutek czego za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być uznane także działanie niewymienione w art. 5–17g uznk, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji, tj. w art. 3 ust. 1 uznk (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., o sygn. akt I CKN 904/97). W orzecznictwie wskazuje się bowiem, że art. 3 ust. 1 Znk pełni trzy funkcje, określane jako funkcja definiująca, uzupełniająca i korygująca (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2011 r., o sygn. akt III CSK 120/11).

Oceniając wystąpienie przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający w pierwszej kolejności wziął pod uwagę, że Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Przy czym, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący samowolnie i wbrew treści swojej oferty i dokumentów przedmiotowych, zmienił ofertę w części merytorycznej, oferując sól z importu (co za pewne było dla niego korzystniejsze finansowo), czym naruszył dobre obyczaje. Odwołujący twierdził również, że chodzi o sól europejską (co jest także mylące) i powoływał się świadomie na opinie IBDiM dla soli produkcji własnej, a nie dla soli importowanej.

Zachowanie takie naraża interes pozostałych wykonawców poprzez wybór wykonawcy, który oferuje przedmiot niezgodny z warunkami zamówienia, którego zakup dla niego będzie korzystniejszy finansowo w danym momencie. Naraża to również interes Zamawiającego, który miałby być odbiorcą soli, niezgodnej z warunkami zamówienia, bez odpowiednich badań.

Reasumując, za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej - w szczególności, jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie wiadomo jaki dokładnie produkt oferuje Zamawiającemu. w celu zrealizowania zamówienia. Zatem, w ocenie Zamawiającego, ustalony stan rzeczy należy także kwalifikować jako delikt wskazany w art. 3 ust. 1 uznk, co powoduje, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz że nie ma podstaw do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. W kontekście powyższych wyjaśnień zarzut jest bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Keluva PL Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki wynikające z art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w niniejszej sprawie:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa soli drogowej do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich

administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiący Załącznik nr 5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Wzór umowy, stanowiący załącznik nr 3 do SWZ.

Ja wynika z treści SWZ, realizacja przedmiotu umowy odbywać się będzie sukcesywnie, w miarę potrzeb zgłaszanych przez poszczególne Rejony Dróg Wojewódzkich, w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy lub do wyczerpania środków przewidzianych na sfinansowanie zamówienia.

W Rozdziale VIII pkt III. SWZ Zamawiający określił przedmiotowe środki dowodowe wymagane w prowadzonym postępowaniu:

„III. Przedmiotowe środki dowodowe

1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający żąda przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych tj. wyników badań laboratoryjnych analizy chemicznej i siłowej oferowanej soli.

Uwaga: Złożone przedmiotowe środki dowodowe muszą potwierdzić spełnienie WSZYSTKICH minimalnych wymagań parametrów opisanych w SWZ i OPZ.

2. Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawca składa wraz z ofertą.

3. Złożone przedmiotowe środki dowodowe należy opatrzyć podpisem kwalifikowanym osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy.

4. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

5. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”

W Rozdziale IX pkt II. SWZ Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający postanowił:

„1 . Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym — Załącznik nr I do SWZ.

Wraz z ofertą Wykonawca składa: [...]

8) Przedmiotowe środki dowodowe, wskazane w Rozdziale VIII część III, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w niniejszym S WZ wraz z załącznikami.”

W prowadzonym postępowaniu zostały złożone 4 oferty.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 3 019 896,00 zł, do której załączył wymagane w SWZ przedmiotowe środki dowodowe, tj.:

1. Opinię techniczną nr 6/2024/IDM-TO Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z dnia 8 sierpnia 2024 r. stwierdzającą „na podstawie przeprowadzonych badań oraz przedstawionych wyników analiz chemicznych, że gatunki soli drogowej oznaczonej DR-DS, DR-DA, DR-1N, DR-6N, DR-E i DR-ON produkowane przez Kopalnię S „Kłodawa” S.A. 62-650 Kłodawa Al. 1000-lecia 2, mogą być stosowane do posypywania nawierzchni drogowych oraz wytwarzania solanki w zimowym utrzymaniu dróg.”

2. Wyniki badań soli drogowej produkcji Kopalni Soli Kłodawa wykonanych w Instytucie Badawczym Dróg i Mostów z dnia 8 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami: Wyniki Badań składu ziarnowego i skuteczności topienia płytek lodu, wykonanych w Instytucie Badawczym Dróg i Mostów, Wyniki badań składu chemicznego i składu ziarnowego wykonanych przez Kopalnię Kłodawa, Atest higieniczny wystawiony przez Państwowy Instytut Higieny.

Wszystkie powyższe złożone przez Odwołującego w ofercie dokumenty odnoszą się do określonych symbolami rodzajów soli drogowej produkowanej przez Kopalnię Soli „Kłodawa” S.A., co wynika literalnie z treści tych dokumentów, gdzie Kopalnię Soli „Kłodawa” S.A. określa się jako producenta/wytwórcę soli drogowej wskazanej w tych dokumentach.

Pismem z dnia 19 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Zamawiający poprosił w wezwaniu www. Wykonawcę o udzielenie „wyjaśnień, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty w następującym zakresie:

1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Ponadto Zamawiający wzywa do rozbicia kalkulacji ceny na wskazanie:

- 1.kosztów wydobycia soli,
- 2.kosztów transportu do miejsc wskazanych w OPZ, tj. poszczególnych RDW,
- 3.kosztów załadunku / rozładunku,
- 4.kosztów zaangażowania sprzętu.

Niewystarczające będzie przy tym samo powoływanie się na bliskość siedziby Wykonawcy w stosunku do miejsca realizacji przedmiotu umowy bez wskazania jakiego rzędu oszczędności powstają z tego tytułu i jakie ostatecznie koszty w związku z tym przyjął Wykonawca oraz bez poparcia tych twierdzeń stosownymi dowodami.[...]"

Zamawiający wskazał także w wezwaniu, że szczegółowość wyjaśnień powinna być adekwatna i odpowiadać treści wezwania oraz że wyjaśnienia powinny być poparte załączonymi dowodami. Zamawiający opisał sposób oceny wyjaśnień i inne wymogi wynikające z przepisów ustawy Pzp.

Powyższe wezwanie nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego w trybie postępowania odwoławczego, zatem stało się wiążące dla ww. wykonawcy. Na obecnym etapie postępowania kwestionowanie treści wezwania należy uznać za spóźnione.

Pismem z dnia 22 listopada 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Oświadczył, że złożona oferta obejmuje wszystkie koszty składające się na zaoferowaną cenę, a ponadto, że odpowiada poziomowi cen rynkowych. Wskazując na skutki gospodarcze wybuchu wojny na Ukrainie, wykonawca podkreślił, że ceny soli drogowej znacznie wzrosły.

Odwołujący oświadczył także m.in., że „Koszty realizacji przedmiotu zamówienia zostały wykazane jako koszt zakupu soli oraz jej transportu. Procesy logistyczne związane z realizacją tego zamówienia są obsługiwane przez pracowników Kopalni zatrudnionych na umowę o pracę z wynagrodzeniem ustalonym w oparciu o Zakładowy Układ Zbiorowy Pracy, które jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.”

Odwołujący wskazał również, że sól drogowa DR „E” wskazana w opinii IBDiM złożonej w ofercie jest solą importowaną, która jest przedmiotem prowadzonej przez Kopalnię działalności handlowej i która jest zgodna z wymaganiami stawianymi w OPZ w zakresie wskazanych parametrów. Odwołujący przedstawił w załączeniu do ww. pisma dwie oferty na potwierdzenie ceny zakupu soli drogowej w Porcie w Gdańsku oraz kosztu transportu do miejsc składowych Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że „Celem uzyskania jak najlepszych warunków handlowych poprzez zwiększenie wolumenu zakupu głównego importera, nawiązano współpracę z największym importerem soli drogowej do Polski, firmą OLAN POŁUDNIE, który zapewnia ponadto towar bardzo dobrej jakości.”

I.Zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 i 2 oraz art. 17 Pzp także w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 223 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty, bezstronny i obiektywny w szczególności poprzez:

- a)podjęcie przez Zamawiającego czynności w czasie trwania postępowania odwoławczego rozpatrywanego pod sygn. KIO 4783/24 skutkujących koniecznością umorzenia tego postępowania, a następnie dokonanie kolejnych czynności w postępowaniu (odrzućcie oferty Odwołującego) z argumentacją tożsamą do prezentowanej przez Keluva w sprawie KIO 4783/24, pomimo, że w sprawie KIO 4783/24 Odwołujący (Kłodawa) złożył sprzeciw od uznania odwołania przez Zamawiającego. Działanie Zamawiającego w poprzednim postępowaniu odwoławczym spowodowało jedynie nieuzasadnione wydłużenie postępowania, zmianę pozycji uczestników postępowania odwoławczego (Przystępujący ze sprawy KIO 4783/24 tu: Odwołujący), konieczność poniesienia znacznych kosztów postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz obiektywnie nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego, tj. bezpodstawne preferowanie Keluva, i dyskryminowanie Odwołującego w postępowaniu oraz w postępowaniu odwoławczym;
- b)automatyczne i bezrefleksyjne odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie w oparciu o skopiowane od Keluva argumenty znajdujące się w odwołaniu, które było przedmiotem sprawy KIO 4783/24, bez uprzedniego zbadania treści oferty Odwołującego, a przez to dokonanie wadliwego badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, co czyni postępowanie pozbawionym przejrzystości, bezstronności, równego traktowania przedsiębiorców czy zachowania uczciwej konkurencji oraz doprowadziło do wyboru oferty, która nie w istocie nie jest najkorzystniejszą;

Izba stwierdziła, że zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie. Twierdzenia, które legły u podstaw tego zarzutu zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że czynności podjęte przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu stanowiły wyraz preferowania przez Zamawiającego wykonawcy Keluva i dyskryminowania Odwołującego w prowadzonym postępowaniu. Izba podkreśla przy tym, że postanowienie o umorzeniu postępowania podlega zaskarżeniu do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych na podstawie art. 579 ust. 1 Pzp i w ramach postępowania skargowego możliwa jest sądowa kontrola prawidłowości orzeczenia Izby o umorzeniu postępowania odwoławczego. Izba nie dokonuje takiej kontroli w ramach postępowania odwoławczego. W tych okolicznościach brak jest podstaw do uznania, że umorzenie postępowania odwoławczego w

sprawie o sygn. akt KIO 4783/24 nastąpiło bez zaistnienia właściwej podstawy faktycznej i prawnej. Kolejne czynności Zamawiającego wskazane przez Odwołującego w ramach tego zarzutu podlegały zaskarżeniu w ramach postępowania odwoławczego. W tym zakresie Odwołujący nie został pozbawiony ochrony prawnej, czego dowodem jest również rozpoznawane odwołanie.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł okoliczności potwierdzających twierdzenie, że Zamawiający automatycznie i bezrefleksyjnie odrzucił ofertę Odwołującego - wyłącznie w oparciu o skopiowane od Keluva argumenty znajdujące się w odwołaniu, które było przedmiotem sprawy KIO 4783/24, bez uprzedniego zbadania treści oferty Odwołującego. Żaden dowód nie został przez Odwołującego powołany dla wykazania, że Zamawiający, dzieląc argumentację wykonawcy Keluva, nie dokonał przy tym samodzielnej wnikliwej oceny oferty Odwołującego, biorąc pod uwagę zarówno treść oferty jak i wyjaśnienia złożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła zasadności zarzutu, że Zamawiający sprzyja wykonawcy Keluva w prowadzonym postępowaniu naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności wobec Odwołującego.

II. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 107 ust. 2 i ust. 4 Pzp w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, poprzez bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący w toku wyjaśnień RNC dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty polegającej na zaoferowaniu soli pochodzącej z Egiptu w miejsce soli wyprodukowanej przez Odwołującego; zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów i/lub oświadczeń.

W ocenie Izby, z treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 22 grudnia 2024 r. wynika w sposób jasny i jednoznaczny, że Odwołujący wycenił ofertę w oparciu o kalkulację dostawy soli innego pochodzenia, niż sól produkowana przez Odwołującego - stanowiąca przedmiot oferty, dla której Odwołujący przedstawił w ofercie przedmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie parametrów i właściwości wymaganych w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z OPZ. Z treści tych wyjaśnień wynika również jednoznacznie, że Odwołujący zamierza dostarczyć Zamawiającemu sól, której nie jest producentem, a zatem sól, której parametry i właściwości nie zostały potwierdzone w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych. Zatem, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że w ramach złożonych wyjaśnień Odwołujący dokonał zmiany treści złożonej oferty w zakresie oferowanego przedmiotu świadczenia.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w wyjaśnieniach RNC ww. wykonawca *„wykazywał jedynie prawidłowość (rynkowość) przyjętej przez siebie kalkulacji ceny; w szczególności kwestia miejsca pochodzenia soli nie była przez Zamawiającego badana, a przez Odwołującego wyjaśniana”*. Przeczy temu twierdzeniu jednoznaczna treść oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach, w szczególności *„Koszty realizacji przedmiotu zamówienia zostały wykazane jako koszt zakupu soli oraz jej transportu. Procesy logistyczne związane z realizacją tego zamówienia są obsługiwane przez pracowników Kopalni zatrudnionych na umowę o pracę z wynagrodzeniem ustalonym w oparciu o Zakładowy Układ Zbiorowy Pracy, które jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.”* Odwołujący wskazał również, że sól drogowa DR „E” wskazana w opinii IBDiM złożonej w ofercie jest solą importowaną, która jest przedmiotem prowadzonej przez Kopalnię działalności handlowej. Odwołujący przedstawił w załączeniu do ww. pisma dwie oferty na potwierdzenie ceny zakupu soli drogowej w Porcie w Gdańsku oraz kosztu transportu do miejsc składowych Zamawiającego, a nie przedstawił kosztów produkcji soli, co jednoznacznie potwierdza, że przedmiotem oferty Odwołującego jest sól zakupiona, tj. sól innego producenta, a nie sól wyprodukowana przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zatem, w związku z okolicznościami, które podał Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 22 listopada 2024 r. Zamawiający mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Przyjmując jednak, że zamówienia publiczne są kierowane do wykonawców, którzy są profesjonalistami, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył ww. przepisu ustawy Pzp, uznając, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są jasne i nie budzą wątpliwości, co do faktu, że Odwołujący wycenił w ofercie sól importowaną, dla której nie przedstawił wyników badań potwierdzających zgodność tego produktu z warunkami zamówienia, a przedłożone w ofercie przedmiotowe środki dowodowe dotyczące soli produkowanej przez Odwołującego zostały złożone jedynie dla samego formalnego potwierdzenia spełnienia wymogów OPZ w ramach złożonej oferty. W powyższym zakresie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego.

Biorąc dodatkowo pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że ewentualne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp mogłoby mieć wpływ na dokonaną przez Zamawiającego ocenę oferty Odwołującego, a tym samym, że mogło lub może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1

Pzp.

W ocenie Izby, nie wystąpiły również żadne okoliczności uzasadniające wezwanie Odwołującego w trybie art. 107 ust. 2 i ust. 4 Pzp do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Stosownie do ust. 2, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Stosownie do ust. 4, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Przedłożone przez Odwołującego w ofercie przedmiotowe środki dowodowe nie są niekompletne, zatem nie podlegają uzupełnieniu, nie wymagają również wyjaśnień, gdyż treść tych dokumentów nie budzi wątpliwości.

III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1, art. 107 ust. 2 i ust. 4 w zw. z Rozdz. VIII pkt. III

SWZ oraz 6 k.c., poprzez bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia,

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wykazał, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz wyjaśnił na czym polega niezgodność treści tej oferty z warunkami zamówienia. Pismo Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2025 r. doręczone Odwołującemu zawiera szeroko opisane okoliczności faktyczne, które Zamawiający przyjął za podstawę faktyczną uzasadniającą zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a tym samym wskazał przesłanki faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający prawidłowo przeanalizował i ustalił treść oferty Odwołującego w toku postępowania, słusznie oceniając, że oferta złożona przez Odwołującego w terminie składania ofert, w której Odwołujący potwierdził za pomocą przedmiotowych środków dowodowych parametry, właściwości oraz producenta soli stanowiącej przedmiot oferty, co wynika jednoznacznie z treści tych dokumentów, jest różna w odniesieniu do przedmiotu świadczenia, który Odwołujący rzeczywiście wycenił w ofercie i który rzeczywiście został zaoferowany Zamawiającemu przez Odwołującego, co jw. Sposób ewidentny potwierdzają wyjaśnienia złożone przez wykonawcę dotyczące aspektów rażąco niskiej ceny.

IV. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) Pzp, w zw. z art. 223 ust. 1, art. 107 ust. 2 oraz ust. 4 Pzp w zw. z Rozdz. VIII pkt. III SWZ, poprzez:

- bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie PŚD potwierdzającego zgodność oferowanego przedmiotu dostawy z warunkami zamówienia,
- zaniechanie wezwania Zamawiającego do złożenia (ewentualnie) brakujących dokumentów / oświadczeń / wyjaśnień,

podczas gdy Odwołujący załączył do oferty PŚD, a Zamawiający przyjął, że były one prawidłowe i kompletne oraz nie wzywał Odwołującego do złożenia dodatkowych dokumentów / oświadczeń / wyjaśnień czy też uzupełnienia PŚD.

Sól drogowa stanowiąca rzeczywisty przedmiot oferty, której dostawę Odwołujący skalkulował w ofercie, o której jednoznacznie jest mowa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, nie została potwierdzona przez Odwołującego co do spełnienia parametrów i właściwości za pomocą przedmiotowych środków dowodowych wymaganych do złożenia w ofercie. A wobec faktu, że dokumenty te nie mogą podlegać uzupełnieniu, gdyż sanowałoby to niedopuszczalną istotną zmianę treści złożonej oferty - zmianę przedmiotu oferty – Izba uznała za słuszne i uzasadnione w okolicznościach tej sprawy odstąpienie przez Zamawiającego od wezwania Odwołującego do uzupełnienia bądź też wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w pierwotnej ofercie. W tych okolicznościach uzasadniona jest ocena, że Odwołujący nie złożył w ofercie przedmiotowych środków dowodowych odnośnie wycenionej w ofercie soli importowanej, której producentem nie jest Odwołujący, a zatem soli, której nie dotyczą złożone przez Odwołującego w ofercie przedmiotowe środki dowodowe.

Fakt że Zamawiający nie wymagał oświadczenia wykonawcy w ofercie co do pochodzenia soli (producenta) nie oznacza, że ta informacja jest nieistotna dla treści oferty. Wymagane bowiem przedmiotowe środki dowodowe dotyczą potwierdzenia spełnienia wymaganych parametrów dla konkretnego produktu, który jest wyprodukowany przez określony podmiot – producenta/wytwórcę. W dokumentach tych jest zawarte określenie konkretnego (badanego) produktu z oznaczeniem producenta, a tym samym miejsca pochodzenia. Informacje te konkretyzują przedmiot oferty, którego zmiana po złożeniu oferty jest niedopuszczalna.

Ze złożonych przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych wynika, że w ofercie złożonej w terminie składania ofert oferował on sól własnej produkcji, która spełnia wymagania OPZ, natomiast z wyjaśnień RNC wynika, że faktycznie wykonawca wycenił w ofercie iną sól, tj. sól importowaną, dla której nie przedstawił PŚD i tym samym nie potwierdził spełnienia wymagań.

W tym zakresie przedmiotowe środki dowodowe nie mogą podlegać uzupełnieniu, ponieważ prowadziłoby to sanowania zmiany treści oferty i rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

V. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), poprzez bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, tj. działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes Zamawiającego i pozostałych wykonawców.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawiera przepis art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ust. 2 wymienione są przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, takie jak: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze znaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Zważywszy, że w art. 3 ust. 2 uznk ustawodawca użył sformułowanie „w szczególności” – wyliczenie powyższe ma charakter przykładowy, a wskazany katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Zachowania niemieszczące się w tym katalogu, wypełniające definicję z art. 3 ust. 1 uznk, podlegają kwalifikacji jako czyny nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że powoływanie się na przedmiotowe środki dowodowe w celu potwierdzenia spełnienia wymagań technicznych soli i jednocześnie wycena i faktycznie oferowanie soli innego pochodzenia, dla której wykonawca nie przedstawił wyników badań, narusza interes Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców w postępowaniu. Działanie to wprost narusza dobre obyczaje w obrocie gospodarczym, rozumiane jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), którymi powinni kierować się przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę, że wymagania dotyczące OPZ zostały jasno określone w SWZ. Zamawiający jednoznacznie wymagał potwierdzenia w ofercie spełnienia określonych parametrów soli i przedstawienia w ofercie odpowiednich dokumentów potwierdzających wymagane parametry. Zgodnie ze złożoną ofertą wykonawca powinien wycenić w ofercie konkretne zaoferowane produkty, które zostały określone za pomocą przedmiotowych środków dowodowych.

Powyżej opisane działanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakłóca funkcjonowanie uczciwej konkurencji w formie rzetelnego i niezafałszowanego współzawodnictwa wykonawców w ramach prowadzonego postępowania.

W tych okolicznościach zagrożony jest interes wykonawców, którzy rzetelnie współzawodniczą na warunkach określonych ustawie Pzp oraz w SWZ, ale również interes Zamawiającego, który należy rozumieć jako rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie. Działanie Odwołującego, opisane powyżej zagraża interesom wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz interesom Zamawiającego, gdyż pociąga za sobą realne niebezpieczeństwo powstania szkody, w przypadku gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona. Zamówienia publiczne to proces, w ramach którego instytucje publiczne nabywają towary i usługi i roboty budowlane od podmiotów prywatnych. Należy zauważyć, że proces ten regulowany jest przez przepisy prawne mające na celu zapewnienie transparentności, uczciwej konkurencji oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych.

Powyższe stanowi podstawę do stwierdzenia, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk.

W ocenie Izby, zasadą powinno być, co podkreśla się szeroko w orzecznictwie Izby, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia takie nie mogą oczywiście prowadzić do zmiany treści złożonej oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, uznając, że nie jest konieczne wyjaśnianie okoliczności jasno przedstawionych przez wykonawcę w jego piśmie z dnia 22 listopada 2024r. Nawet gdyby uznać, że Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do wyjaśnień treści oferty, to należy przyjąć, że wszelkie możliwe wyjaśnienia w badanym zakresie Odwołujący przedstawił na rozprawie w postępowaniu odwoławczym i w ocenie Izby wyjaśnienia te nie stanowią podstawy do zmiany oceny oferty Odwołującego jako podlegającej odrzuceniu. Zatem, stwierdzone naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp nie miało i nie może nie mieć wpływu na wynik tego postępowania, co stosownie do art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi o braku możliwości uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz 17 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: