

WYROK

Warszawa, dnia 7 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2025 r. przez wykonawcę Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), przy udziale:

- 1) uczestnika po stronie Odwołującego – wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 51 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 651 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw.

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

Przewodnicząca:.....

KIO 1000/25

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie, działając na rzecz PKF Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „PKP”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku: Koluszki – Częstochowa realizowanego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinkach: Koluszki – Częstochowa oraz Zawiercie – Dąbrowa Górnicza” (Numer referencyjny: 9090/IRZR3/18331/05112/24/P, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 grudnia 2024 r. pod numerem: 755087-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

17 marca 2025 r. wykonawca Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Trakcja”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego i zaniechania czynności w Postępowaniu, polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „PNIUIK”) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 2) ewentualnie; zaniechaniu wezwania PNIUIK do zastąpienia podmiotu trzeciego – Zakładów Automatyki „KOMBUD” S.A. z siedzibą w Radomiu (dalej: „Kombud”) podwykonawcą (podmiotem trzecim) Olikol Rail Energy sp. z o.o.

z siedzibą w Koluszkach (dalej: „Olikol”), w sytuacji gdy, jak wynika z pierwotnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to na ofercie Olikol wykonawca PNiUIK oparł swoją ofertę w zakresie istotnej części składowej – branży SRK;

- 3)w każdym przypadku; wyborze oferty złożonej przez PNiUIK jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PNiUIK, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty PNiUIK jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawca ten:

- a)wykazując spełnienie warunku udziału w odniesieniu do wymagań związanych ze sterowaniem ruchem kolejowym (SRK) posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego Kombud;
 - b)został wezwany do złożenia wyjaśnień cenowych (oraz przedłożenia dowodów) w zakresie wyceny SRK (pismo z dnia 3 lutego 2025 r.);
 - c)w odpowiedzi na to wezwanie (pismo z dnia 7 lutego 2025 r.) nie przedstawił oferty Kombud, a wyjaśnienia oparł natomiast na ofercie innego podwykonawcy (Olikol);
- co winno było doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż PNiUIK nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i nie wykazał realności swojej ceny ofertowej (której istotnym składnikiem cenotwórczym jest cena za wykonanie branży SRK);

- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zaakceptowanie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez PNiUIK, w szczególności z uwagi na:

- a)uznanie, że do wyjaśnień tych nie musi zostać załączona oferta Kombud, pomimo że to właśnie ten podmiot udzielił wykonawcy PNiUIK swoje zasoby w zakresie SRK;
- b)skierowanie do PNiUIK ponownego (pismo z dnia 18 lutego 2025 r.) wezwania do złożenia wyjaśnień i dowodów (w tym oferty Kombud) w zakresie, który był już przedmiotem pierwszego wezwania;
- c)uznanie, że dowodem potwierdzającym realność ceny oferty PNiUIK jest oferta Kombud (złożona na skutek ponownego wezwania), która nie dość, że nie była załączona do pierwszych wyjaśnień, to jeszcze nie potwierdza prawidłowości ceny oferty PNiUIK, wszak została wystawiona po dacie złożenia ofert w Postępowaniu;

ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Izba uznałaby, że odrzucenie oferty PNiUIK jest niezasadne);

- 3)art. 122 ustawy Pzp w związku z art. 119 ustawy Pzp w związku z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PNiUIK do zastąpienia podmiotu trzeciego Kombud, podmiotem trzecim Olikol, w sytuacji gdy (jak wynikało z wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 7 lutego 2025 r.) to na wycenie Olikol wykonawca PNiUIK zbudował swoją ofertę w zakresie istotnej części składowej – branży SRK, co oznacza, że to Olikol będzie podwykonawcą robót w zakresie powyższej branży, co (biorąc pod uwagę, że PNiUIK nie spełnia samodzielnie warunku udziału w zakresie SRK) powinno prowadzić do zastosowania procedury, o której mowa w art. 122 ustawy Pzp (zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem), a także w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp (ocena realności udostępnienia zasobów) i w art. 119 ustawy Pzp (weryfikacja podmiotowa podmiotu trzeciego);

a w konsekwencji powyższych:

- 4)art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 7 marca 2025 r., w wyniku której zwycięską ofertą została oferta złożona przez PNiUIK;
- 2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3)odrzucenie oferty PNiUIK z uwagi na niewykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty;
ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Izba uznałaby, że odrzucenie oferty PNiUIK jest niezasadne);
- 4)wezwanie PNiUIK, w trybie art. 122 ustawy Pzp, do zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w formularzu ofertowym – Kombud, podmiotem Olikol.

W uzasadnieniu zarzutów z pkt II.1 i II.2 petitum odwołania Trakcja podniósł, że PKP, z niezrozumiałych dla Odwołującego powodów, zaakceptował sytuację, w której kluczowe instytucje przewidziane przez ustawę Pzp (wykazywanie spełnienia warunków udziału przy wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego oraz weryfikacja ceny pod

kątem jej rażąco niskiego charakteru) sprowadzone zostały przez PNiUIK do mechanizmów jedynie pozornych. Odwołujący wskazał, że oś sporu sprowadza się do oceny sytuacji, w której wykonawca, który deklaruje, że nie posiada kluczowego (prace w zakresie SRK to ok. 40% wartości całego zamówienia) doświadczenia (i posługuje się w tym zakresie udostępnionym potencjałem), na etapie składania wyjaśnień cenowych w ogóle nie odnosi się do wyceny tego podmiotu. Tymczasem podmiot ten (co wynika wprost z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp) musi być podwykonawcą, a zatem to w oparciu o jego wycenę musiała zostać przygotowana oferta wykonawcy. Trakcja podkreślił, że Zamawiający, pomimo dostrzeżenia tej ewidentnej wadliwości, zdecydował się jedynie na „zwrócenie wykonawcy uwagi” i wezwanie go do złożenia wyjaśnień. Odwołujący zaznaczył, że procedura ta (wezwanie do złożenia wyjaśnień) byłaby uzasadniona tylko i wyłącznie, jeśli PKP oczekiwałby zastąpienia Kombud (podmiot trzeci wskazany w ofercie) Olikolem (podwykonawca wskazany w wyjaśnieniach). Faktem jest bowiem, że wykonawca ma prawo na każdym etapie postępowania zastosować (jednokrotnie) procedurę zamiany podmiotu trzeciego. Tymczasem – jak podniósł Odwołujący – wykonawca PNiUIK w odpowiedzi wskazał PKP, że podmiotu trzeciego nie zamierza zastępować (utrzymuje zatem, że prace z zakresu SKR wykona Kombud), a Zamawiający stan taki zaakceptował. PKP otrzymał więc wyjaśnienia zbudowane w oparciu o wycenę Olikol, a zatem podmiotu, który nie będzie realizował zamówienia. W ocenie Odwołującego już z tego powodu bezsprzecznie uznać należało, że udzielone przez PNiUIK wyjaśnienia z dnia 7 lutego 2025 r. (dalej: „Wyjaśnienia 1”) powinny skutkować odrzuceniem oferty (przy założeniu, że wykonawca nie skorzystał z uprawnienia do zastąpienia podmiotu trzeciego), nie obalają one bowiem domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny. Tym bardziej, że Zamawiający w treści wezwania z dnia 3 lutego 2025 r. (dalej: „Wezwanie 1”) prosił o wyjaśnienia jedynie w zakresie SRK i tylko do nich miał się odnieść PNiUIK. Trakcja wskazał, że PKP natomiast zdecydował się zaakceptować sytuację, w której wezwanie z dnia 18 lutego 2025 r. (dalej: „Wezwanie 2”) zostało przez PNiUIK potraktowane jako druga szansa na złożenie dokumentów (dowodów), które musiały zostać przedstawione już w ramach Wyjaśnień 1. Nie sposób zgodzić się zatem, że na etapie wyjaśnień z dnia 21 lutego 2025 r. (dalej: „Wyjaśnienia 2”) PNiUIK miał prawo przedkładać ofertę Kombudu (powinien to uczynić wraz z pierwszymi wyjaśnieniami). Zamawiający tymczasem zdecydował się zaakceptować powtórne wyjaśnienia, naruszając w ten sposób fundamentalną zasadę równego traktowania wykonawców. Ponadto Trakcja zaznaczył, że do Wyjaśnień 2 PNiUIK załączył ofertę Kombud wystawioną (podpisaną) już po złożeniu ofert w Postępowaniu, co – zdaniem Odwołującego – dobitnie świadczy o tym, że PNiUIK ofertą tą nie dysponował na etapie przygotowywania kalkulacji cenowej. W opinii Odwołującego zaakceptowanie przez PKP powyższych okoliczności świadczy o całkowitym wypaczeniu procedury w zakresie badania ceny ofertowej pod kątem jej rażąco niskiego charakteru.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego z pkt II.3 petitum odwołania Trakcja zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 122 ustawy Pzp, w ślad za którym, w sytuacji niepotwierdzenia przez podmiot trzeci posiadania odpowiednich zdolności technicznych lub zawodowych, ekonomicznych lub finansowych, zamawiający wzywa wykonawcę do zastąpienia pierwotnie wskazanego podmiotu trzeciego innym. Odwołujący podkreślił, że w tym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę fakt, iż PNiUIK w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny posłużył się ofertą podwykonawcy niezgłoszonego w ofercie jako podmiot trzeci, tj. ofertą Olikol, PKP, powinien był odrzucić ofertę z uwagi na nieobalenie domniemania rażąco niskiej ceny. Chcąc jednak „utrzymać” ofertę PNiUIK, jednocześnie nie mogąc zignorować faktu, że w treści Wyjaśnień 1 nie pojawił się Kombud, widnieje natomiast Olikol, powinien potraktować tę sytuację jako dążenie do zmiany podmiotu trzeciego. Ostatecznie, to bowiem w oparciu o wycenę Olikol PNiUIK sporządził i przygotował swoją ofertę, która została złożona w Postępowaniu. Z tego względu – zdaniem Odwołującego – Zamawiający winien był zobowiązać PNiUIK do przedłożenia zobowiązania i dokumentów podmiotowych wykonawcy Olikol. Trakcja podniósł, że utrzymanie zaś deklaracji PNiUIK w zakresie uczestnictwa podmiotu Kombud w realizacji zamówienia ocenić należy jako deklarację pozorną, zmierzającą wyłącznie do sztucznego wykazania warunków udziału w Postępowaniu.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że nie podejmując decyzji o odrzuceniu oferty PNiUIK, ani o wezwaniu PNiUIK do zastąpienia dokumentów Kombud dokumentami Olikol, PKP zaakceptował sytuację, w której doszło do naruszenia przepisów Pzp w zakresie badania rażąco niskiej ceny, albo naruszenia przepisów związanych z realnością dysponowania zasobami podmiotu trzeciego.

W piśmie procesowym z dnia 31 marca 2025 r. wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

31 marca 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie procesowym z dnia 31 marca 2025 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody,

ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienia zgłosili:

- 1) wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący 1” lub „PORR”) – po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawca Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący 2”) – po stronie Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem 2 pkt 2.1 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW”) stanowiącej Tom I SWZ „Przedmiotem Zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku: Koluszki – Częstochowa realizowanego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinkach: Koluszki – Częstochowa oraz Zawiercie – Dąbrowa Górnicza”.

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 694 130 107,32 zł, w tym:

- ✓ wartość zamówienia podstawowego – 318 350 089,43 zł;
- ✓ wartość Prawa Opcji nr 1 – 169 580 000,00 zł;
- ✓ wartość Prawa Opcji nr 2 – 85 900 000,00 zł;
- ✓ wartość Prawa Opcji nr 3 – 38 720 000,00 zł;
- ✓ wartość Prawa Opcji nr 4 – 17 910 000,00 zł.

W piśmie z dnia 17 stycznia 2025 r. Zamawiający wskazał, że na sfinansowanie zamówienia podstawowego zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 319 644 203,14 zł brutto.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 29 stycznia 2025 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- 1) oferta wykonawcy PORR – łączna cena oferty brutto (wartość wynagrodzenia zamówienia podstawowego, wartość wynagrodzenia wynikającego z zakresu Prawa Opcji nr 1, wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 2, wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 3 oraz wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 4) wynosi 669 562 800,00 zł brutto;
- 2) oferta wykonawcy Trakcja – łączna cena oferty brutto (wartość wynagrodzenia zamówienia podstawowego, wartość wynagrodzenia wynikającego z zakresu Prawa Opcji nr 1, wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 2, wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 3 oraz wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 4) wynosi 642 550 687,45 zł brutto;
- 3) oferta wykonawcy PNiUIK – łączna cena oferty brutto (wartość wynagrodzenia zamówienia podstawowego, wartość wynagrodzenia wynikającego z zakresu Prawa Opcji nr 1, wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 2, wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 3 oraz wartość wynagrodzenia z zakresu Prawa Opcji nr 4) wynosi 631 856 787,38 zł brutto.

W zakresie spornych robót w branży SRK, ceny zaoferowane przez wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu wyglądają następująco:

- ✓ w pozycji 4.1 RCO z Prawa Opcji nr 1:
 - a) wykonawca PORR zaoferował kwotę 39 584 864,46 zł;
 - b) wykonawca Trakcja zaoferował kwotę 38 502 664,00 zł;
 - c) wykonawca PNiUIK zaoferował kwotę 37 551 990,90 zł;
- ✓ w pozycjach 2.1-2.8 RCO z Prawa Opcji nr 2:
 - a) wykonawca PORR zaoferował kwotę 25 215 708,78 zł;
 - b) wykonawca Trakcja zaoferował kwotę 24 526 343,00 zł;
 - c) wykonawca PNiUIK zaoferował kwotę 23 920 760,60 zł;
- ✓ w pozycjach 2.1-2.3 RCO z Prawa Opcji nr 3:
 - a) wykonawca PORR zaoferował kwotę 13 292 239,30 zł;

b)wykonawca Trakcja zaoferował kwotę 12 928 846,00 zł;

c)wykonawca PNiUIK zaoferował kwotę 12 609 618,77 zł.

3 lutego 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, skierował do PNiUIK wezwanie do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny w odniesieniu do:

- ✓ zakresu wynikającego z Prawa Opcji nr 1 – roboty w branży SRK – poz. 4.1 RCO;
- ✓ zakresu wynikającego z Prawa Opcji nr 2 – roboty w branży SRK – poz. 2.1 do 2.8 RCO;
- ✓ zakresu wynikającego z Prawa Opcji nr 3 – roboty w branży SRK – poz. 2.1 do 2.3 RCO.

PKP wskazał zakres wyjaśnień powielając treść art. 224 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto w treści rzeczzonego pisma Zamawiający zaznaczył, że: „(...) Ww. wyjaśnienia oraz dowody powinny w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że zaoferowana cena za wykonanie zakresu zamówienia objętego Prawem opcji nr 1, Prawem opcji nr 2 oraz Prawem opcji nr 3 w zakresie robót srk umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Wykonawca ma obowiązek wskazać istnienie konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników oraz skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) (...)”.

Analogiczne wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp otrzymali również wykonawcy PORR oraz Trakcja.

Pismem z dnia 7 lutego 2025 r. Przystępujący 2 złożył Wyjaśnienia 1, w ramach których oświadczył m.in., że: „(...) wycena przedstawiona w ofercie została skalkulowana w sposób rzetelny i profesjonalny, z uwzględnieniem obowiązujących zasad wycen oraz ekonomii. Oferta zawiera wszystkie elementy przedstawione przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, a cena zawiera wszystkie związane z tym koszty; cena oferty gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia terminowo, należyście, zgodnie z SWZ. Zaoferowana cena jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie odbędzie się poniżej kosztów przedsiębiorcy (...)”. Celem potwierdzenia powyższego oświadczenia PNiUIK przedłożył dowody w postaci:

- 1)RCO – zestawienie tabelaryczne w odniesieniu do poz. 4.1 RCO, poz. 2.1. do 2.8 RCO, poz. 2.1 do 2.3 RCC zawierające odniesienie do oferty podwykonawcy oraz zysk wykonawcy;
- 2)Protokół z negocjacji z podmiotem Olikol wraz z załącznikami.

Powołując się na wyżej wymienioną dokumentację Przystępujący 2 wskazał, że „(...) Przedstawione dane w RCO – zestawienie tabelaryczne wraz z ofertą podwykonawcy jednoznacznie udowadniają, że wartość oferty PNiUIK, w tym poszczególnych pozycji RCO w branży srk, jest wiarygodna, realistyczna i nie odbiega aktualnej sytuacji rynkowej. Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagane koszty oraz zysk (...)”.

Następnie 19 lutego 2025 r. PKP, działając na podstawie art. 223 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał PNiUIK do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej w przedmiotowym Postępowaniu (pismo z dnia 18 lutego 2025 r.). W treści rzeczzonego Wezwania 2 Zamawiający zwrócił się do Przystępującego 2 o wyjaśnienie, jednoznacznie precyzując jego zakres i powody skierowania tego wezwania. PKP wskazał, co następuje (pisownia oryginalna): „(...) Wykonawca w dniu 10.02.2025 r. (pismo sygn. DMO-224-246-P1-2024) złożył wyjaśnienia oraz załączył dowody na potwierdzenie przytoczonych w tych wyjaśnieniach okoliczności („Wyjaśnienia”). Wykonawca w pkt 12 lit. a) Formularza Ofertowego oświadczył, że polegając na zasobach podmiotu wymienionego w pkt 11 Formularza Ofertowego, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 i 2 Ustawy, powierzy wykonanie podmiotowi Zakłady Automatyki „KOMBUD” Spółka Akcyjna (dalej „KOMBUD”) roboty branży srk.

Na potwierdzenie powyższego, Wykonawca załączył do oferty m.in:

1. Zobowiązania podmiotu KOMBUD do udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.1 lit. e), f) IDW oraz w pkt 8.6.2 tabela ppkt 4 IDW (Kierownik robót sterowania ruchem kolejowym), z treści których wprost wynika, że Wykonawcę oraz podmiot KOMBUD będzie łączyła umowa o podwykonawstwo i KOMBUD będzie bezpośrednio uczestniczył w realizacji niniejszego zamówienia w części związanej z wykonaniem robót branży sterowania ruchem kolejowym;
2. Informację z Krajowego Rejestru Sądowego dla podmiotu KOMBUD;
3. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia dla podmiotu KOMBUD (sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1C do IDW);
4. Oświadczenie KOMBUD dotyczące przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 (sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1F do IDW);
5. Pełnomocnictwo KOMBUD nr P/05/2024 udzielone w dniu 22.05.2024r. Panu M.B.;
6. Oświadczenie Wykonawcy tj. Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. dotyczące przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 (sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym

Załącznik nr 1E do IDW), gdzie oświadczono, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w pkt 8.6.1 lit. e), 8.6.1 lit. f) IDW oraz w pkt 8.6.2 tabela ppkt 4 IDW, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. polega na zdolnościach podmiotu KOMBUD.

7. Dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 06.02.2025 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca w dniu 17.02.2025 r. przedłożył Załącznik nr 3 do IDW Wykaz robót budowlanych, z którego wynika, że warunki udziału w postępowaniu wskazane w punkcie pkt 8.6.1 lit. e), f) IDW spełni podmiotem udostępniającym zasoby KOMBUD oraz Załącznik nr 4 do IDW Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia z którego wynika, że warunek udziału w postępowaniu wskazany w punkcie 8.6.2 tabela ppkt 4 IDW (Kierownik robót sterowania ruchem kolejowym) spełni podmiotem udostępniającym zasoby KOMBUD.

W ramach treści Wyjaśnień z dnia 10.02.2025 r. (pismo sygn. DMO-224-246-P1-2024) przekazanych Zamawiającemu, Wykonawca wyjaśniając zakres robót w branży srk składających się na zakres Prawa opcji nr 1, Prawa opcji nr 2 oraz Prawa opcji nr 3 przedłożył Protokół z negocjacji wraz załącznikami z innym podmiotem, niż ten, który jest wymieniony w ww. dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty.

Zważywszy, że:

1. treść wyjaśnień Wykonawcy w odniesieniu do robót w branży srk składających się na zakres Prawa opcji nr 1, Prawa opcji nr 2 oraz Prawa opcji nr 3 jest dla Zamawiającego niezrozumiała w zakresie sposobu, w jakim Wykonawca zamierza realizować niniejsze zamówienie w branży sterowanie ruchem kolejowym;
2. zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 Ustawy, Wykonawca może powołać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, jeśli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, czyli podmiot ten musi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca,
3. zgodnie z treścią art. 122 Ustawy, Wykonawca zastępuje podmiot udostępniający zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, wyłącznie na żądanie Zamawiającego i w sytuacji jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec podmiotu podstawy wykluczenia – niemniej z przedłożonych dotychczas dokumentów nie wynika, że Wykonawca ma zamiar zastąpić podmiot udostępniający zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnie spełnić warunki udziału w postępowaniu w zakresie branży srk.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, na jakiej podstawie, z jakich powodów oraz na jaką okoliczność, Wykonawca powołuje się w Wyjaśnieniach z dnia 10.02.2025 r. (pismo sygn. DMO-224-246-P1-2024) na Protokół z negocjacji z innym podmiotem, skoro zgodnie z treścią pkt 12 lit. a) Formularza Ofertowego oraz treścią wymienionych powyżej oświadczeń załączonych do oferty oraz podmiotowych środków dowodowych (Wykaz robót oraz Wykaz osób) podmiotem, który będzie uczestniczyć w realizacji robót branży sterowania ruchem kolejowym jest podmiot Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A.? Dlaczego w takiej sytuacji składając wyjaśnienia rnc dotyczące branży srk, Wykonawca nie przedstawił jako dowodu oferty podwykonawczej podmiotu KOMBUD? (...).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie PNiULK złożył Wyjaśnienia 2 (pismo z dnia 21 lutego 2025 r.), w których wskazał m.in.:

„(...) Zamawiający nie określił żadnych konkretnych wymogów odnoszących się do sposobu przedstawienia kalkulacji cenowej oraz dowodów; zaznaczono tylko, że na Wykonawcy ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie informacji i dowodów, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowanej ceny za roboty w branży srk składające się na zakres Prawa opcji nr 1, Prawa opcji nr 2 oraz Prawa opcji nr 3. Jednocześnie należy wskazać, że nie istnieje jeden optymalny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od okoliczności danej sprawy. Co do zasady obowiązkiem wykonawcy, do którego skierowane zostało wezwanie w trybie art. 224 ustawy Pzp, jest złożenie stosownych dowodów wykazujących realność kalkulacji. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują jednak katalogu dowodów, które powinien złożyć wykonawca, pozostawiając wykonawcom swobodę w ich doborze (...); (...) Przyjmuje się, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone wyjaśnienia winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Oceniając wyjaśnienia ceny przez pryzmat treści oferty należy również mieć na względzie cel, jaki przyświeca składaniu takich wyjaśnień oraz konieczność złożenia dowodów. Celem tym jest uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny, wykazanie, że jest ona realna i umożliwia należyte wykonanie zamówienia. W tym celu wykonawcy niejednokrotnie jako dowody składają oferty potencjalnych podwykonawców lub podmiotów oferujących na rynku dane usługi/dostawy/roboty. Fakt pozyskania ofert potencjalnych podwykonawców i przedstawienie

ich w celu uprawdopodobnienia zaoferowanej ceny nie niweczy oświadczenia o zakresie podwykonawstwa złożonego w ofercie (...); (...) Wykonawca wskazuje, że w związku z wezwaniem Zamawiającego wystąpił do podmiotu trzeciego w prośbą o potwierdzenie dotychczasowych warunków cenowych ale z przyczyn od niego niezależnych, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, nie był w stanie uzyskać ww. w formie właściwej na potrzeby wyjaśnień ceny oferty. Przy czym podkreślić należy, iż nie chodzi tu o kwestię określenia warunków cenowych, a o formę rozumianą jako postać oświadczenia. Z powyższych powodów – mając na względzie potrzebę wykazania realności ceny – przedstawił „Protokół z negocjacji z podwykonawcą wraz załącznikiem”, którą dysponował. Niezależnie od powyższego – z ostrożności – Wykonawca przedstawia ofertę KOMBUD (...); (...) Powyższe świadczy tylko, że złożone w dniu 10.02.2025 r. wyjaśnienia i dowody są wiarygodne i rzetelne oraz potwierdzają rynkowy charakter ceny (pozycji RCO) (...); (...) Wykonawca zaznacza, że zna regulacje wynikające w ustawy Pzp oraz SWZ w zakresie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, jego udziału w realizacji zamówienia oraz zasad zmiany i nie dokonał samodzielnych modyfikacji w tym zakresie; złożone w Postępowaniu oświadczenia pozostają aktualne (...)”. Do rzeczonych wyjaśnień Przystępujący 2 dołączył ofertę Kombud z dnia 20 lutego 2025 r.

Pismem z dnia 7 marca 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp „2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: (...); 4) zdolności technicznej lub zawodowej”.

Art. 118 ustawy Pzp stanowi:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą”.

Stosownie do art. 119 ustawy Pzp „Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy”.

Zgodnie z art. 122 ustawy Pzp „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

W myśl art. 223 ust. 1 ustawy 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”.

Stosownie do art. 224 ust. 1-6 ustawy Pzp:

„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

(...)”.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”.

Zgodnie z art. 239 ustawy Pzp:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Tytułem wstępu należy wskazać, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp „Odwołanie zawiera: (...); 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności; (...)”. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w wyżej wymienionym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez

zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 401/20, KIO 403/20). Innymi słowy na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22).

Ponadto zgodnie z najnowszym orzecnictwem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych „(...) zarówno w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i w postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym – Sądem Zamówień Publicznych obowiązuje zasada kontradyktoryjności. Czynności w ramach tychże postępowań inicjowane są przez strony i uczestników. To właśnie czynności stron, uczestników kreują zakres rozpoznawanej sprawy. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest strażnikiem całości postępowania w sprawie zamówienia publicznego, nie może też wykazywać inicjatywy na rzecz którejkolwiek ze stron (...); (...) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 555 ustawy PZP). Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez Odwołującego, a następnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego i sprzeciwem Przystępującego – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art 555 ustawy PZP (...)” (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 18 października 2023 r. o sygn. akt. XXIII Zs 77/23). Sąd Zamówień Publicznych z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Kolejno zasadne jest wskazanie, że ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawsze będzie zależna od indywidualnych okoliczności danego stanu faktycznego. Wpływać będzie na nią szereg czynników, do których należy zaliczyć przede wszystkim specyfikę przedmiotu zamówienia, rodzaj wątpliwości powstałych u zamawiającego, treść wezwania do wyjaśnień oraz stopień szczegółowości wyjaśnień i inicjatywę dowodową wykonawcy. Za punkt wyjścia do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny zasadniczo powinno przyjmować się treść wezwania wystosowanego do wykonawcy. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 65/23 „(...) Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu – o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał – nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy (...)” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2023 r. o sygn. akt KIO 2446/23). Innymi słowy, składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućcie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania (zob. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 1 czerwca 2018 r. o sygn. akt KIO 852/18, z dnia 16 sierpnia 2018 r. o sygn. akt KIO 1487/18, z dnia 26 lutego 2021 r. o sygn. akt KIO 235/21 oraz z dnia 16 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 307/24). Wykonawca powinien zatem złożyć konkretne i rzetelne wyjaśnienia, które odpowiadają wymogom określonym przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień. Należy podkreślić, że ciężar wykazania realności zaoferowanej ceny w świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym

terminie, lub jeśli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu wymaga zauważenia, że kwestia wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających okoliczności wpływające na kalkulację ceny jest problematyczna, a wątpliwości budzi przede wszystkim to, jak daleko rozciąga się ten obowiązek dowodowy. W orzecznictwie wskazuje się, że rygor dowodowy, który ustawa Pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie Pzp. Ponadto, jak stwierdziła Krakowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3594/23, skoro w wezwaniu zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny, to nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 18 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 2039/22 oraz z dnia 26 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 1027/23). Co również istotne, ocena złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp wyjaśnień nie może sprowadzać się tylko do formalnego aspektu. Ściśle formalne podejście mogłoby bowiem skutkować eliminacją ofert, które nie zawierają ceny rażąco niskiej, tj. ofert, których cena jest realna i rynkowa. Wyjaśnienie ceny oferty lub elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną w celu realizacji wymogów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty, przez wykonawcę. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 8 kwietnia 2024 r. o sygn. akt KIO XXIII Zs 3/24 podkreślił bowiem, że ocena wyjaśnień nie powinna polegać na szukaniu na siłę luk, niekonsekwencji, czy braków, jeżeli wyjaśnienia w swej treści pozwalają dokładnie prześledzić sposób kalkulowania ceny oferty, zweryfikować jej poszczególne części składowe i ocenić czy są one realne, zgodne z obowiązującymi przepisami, a w konsekwencji czy pozwalają wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 25/24 oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 22 maja 2023 r. o sygn. akt KIO 1282/23 oraz z dnia 23 maja 2023 r. o sygn. akt KIO 1295/23). Co więcej, w orzecznictwie podnosi się, że w sytuacji gdy wraz z wyjaśnieniami przedstawiono wyłącznie szczegółową kalkulację ceny ofertowej, brak dołączenia do wyjaśnień dowodów potwierdzających, że cena oferty nie jest rażąco niska, nie przesądza sam w sobie, że wyjaśnienia są niewystarczające i wadliwe i nie uzasadniają w dostateczny sposób podanej w ofercie ceny (zob. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 28 września 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 150/22; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2024 r. o sygn. akt KIO 4414/24). Podobnie w wyroku z dnia 23 maja 2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 25/24 Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych stwierdził, że „(...) kiedy informacje podane w wyjaśnieniach pozwalają przyjąć, że cena oferty jest realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a dodatkowo dane przyjęte w kalkulacji są prawidłowe i rzeczywiste, to brak jest podstaw, aby wymagać od wykonawcy wykazywania tego typu okoliczności dodatkowymi dowodami (...)” (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 15 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3594/23 oraz z dnia 2 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 394/23). Reasumując, celem złożonych wyjaśnień jest uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny, wykazanie, że jest ona realna i umożliwia należyte wykonanie zamówienia. Wiarygodność założeń i kosztów przyjętych podczas kalkulacji ceny ofertowej wykonawca może wykazać za pomocą wszelakiego rodzaju dowodów. W szczególności mogą to być dedykowane, zindywidualizowane oferty ale również powszechnie dostępne źródła potwierdzające zasadność kosztów przejętych przez wykonawcę w składanych wyjaśnieniach (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 czerwca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1556/23). Dostarczenie przy tym wymaga, że w przypadku posługiwania się ofertami podwykonawców „(...) Fakt pozyskania ofert potencjalnych podwykonawców i przedstawienie ich w celu uprawdopodobnienia zaoferowanej ceny nie niweczy oświadczenia o zakresie podwykonawstwa złożonego w ofercie (...)” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 381/23).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy skład orzekający wskazuje, że odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w takim zakresie, w jakim została przedstawiona odpowiadająca im argumentacja poparta okolicznościami faktycznymi i oceną prawną.

Zakresem zarzutów odwołania objęta jest wyłącznie kwestia oceny adekwatności dowodów przedstawionych przez PNiUIK w ramach wyjaśnień ceny oferty. Odwołujący nie zarzuca, że cena oferty Przystępującego 2 (lub jej istotnej części składowej) jest nierzeczywista i nierynkowa – nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami i warunkami zamówienia. Trakcja nie kwestionuje możliwości wykonania zamówienia za cenę wyrażoną w ofercie PNiUIK i nie podważa treści złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie analizuje treści złożonych ofert podwykonawczych pod kątem prawidłowości kalkulacji. Oś sporu sprowadza się jedynie do oceny

sytuacji, w której wykonawca, który deklaruje, że nie posiada doświadczenia w branży SRK i posługuje się w tym zakresie udostępnionym potencjałem, na etapie składania wyjaśnień cenowych nie odnosi się do wyceny tego podmiotu, tj. nie przedstawia oferty tego podmiotu (Kombud), natomiast opiera się na ofercie innego podwykonawcy (Olikol). W tym miejscu należy podkreślić, po pierwsze, że – jak to zostało już wskazane we wstępnej części uzasadnienia niniejszego wyroku – ustawa Pzp nie definiuje, jaki rodzaj dowodów zobowiązany jest złożyć wykonawca wykazując realność zaoferowanej ceny. Po drugie, PKP w Wezwaniu 1 nie domagał się przedłożenia przez wykonawcę określonych dowodów na potwierdzenie skalkulowania ceny. Z tych względów, słusznie podniósł Przystępujący 2, że nic nie stało na przeszkodzie, aby udowodnić brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia i były dla niego w danym czasie dostępne. Ponadto konieczne jest przypomnienie, że w orzecznictwie wskazuje się, iż procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie ma służyć samej sobie, wypełnieniu ściśle określonych wymagań formalnych, gdyż jej celem jest rozwianie wątpliwości Zamawiającego, jak to określa art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Ocena złożonych wyjaśnień nie może sprowadzać się więc tylko do formalnego aspektu. Celem badania zaoferowanej ceny jest ustalenie czy cena jest realna i możliwe jest za nią zrealizowanie zamówienia oraz ochrona Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w następstwie rażącego zaniżenia ceny. PKP, oceniając wyjaśnienia PNiUIK w zakresie istotnych części składowych ceny w odniesieniu do robót w branży SRK z: poz. 4.1 RCO (Prawo Opcji nr 1), poz. 2.1-2.8 RCO (Prawo Opcji nr 2) oraz poz. 2.1-2.3 RCO (Prawo Opcji nr 3), doszedł do przekonania, że obalają one domniemanie wystąpienia ceny rażąco niskiej, a ceny zaoferowane przez wykonawcę w wyżej wymienionych pozycjach RCO mają charakter rynkowy i pozwalają na realizację poszczególnych zakresów zamówienia. Wymaga podkreślenia, że w niniejszym Postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z czego oferta PNiUIK jest najtańsza spośród wszystkich złożonych w Postępowaniu, tj. wynosi 631 856 787,38 zł brutto i jest tańsza od oferty Odwołującego o 10 693 900,07 zł (co stanowi 1,66%), a różnica ceną oferty PNiUIK a ceną oferty PORR wynosi 5,97%. Z kolei w zakresie spornych robót SRK ceny zaoferowane przez PNiUIK w pozycjach RCC które były przedmiotem Wezwania 1, nie odbiegają w sposób istotny od cen ofert pozostałych wykonawców. Analiza wartości w odniesieniu do pozycji RCO prowadzi bowiem do wniosku, że każdy z wykonawców oferował wykonanie zadania za sumy określone na stałym poziomie – w każdej z Opcji ceny utrzymują stabilne względem siebie różnice, tj. różnica w ofercie Odwołującego w stosunku do oferty Przystępującego 2 wynosi 2%-3%, zaś różnica w ofercie PORR w stosunku do oferty PNiUIK – 5%. Nadto sumaryczna wartość badanych pozycji z Prawa Opcji nr 1-3, w odniesieniu do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, stanowi ok. 15% całej wartości poszczególnych ofert. Należy również zwrócić uwagę, że wszyscy wykonawcy, tj. PNiUIK, Trakcja oraz PORR, w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny posłużyli się dowodami w postaci ofert na wykonanie robót SRK, tj. ofertami Kombud oraz Olikol bądź wyłącznie Olikol. Analiza rzeczonych ofert prowadzi do wniosku, że podmioty specjalizujące się w pracach wchodzących w zakres branży SRK wyceniają te roboty na bardzo zbliżonym poziomie. Mając na uwadze powyższe, Izba podziela stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego 2, zgodnie z którym z uwagi na to, że cena oferty PNiUIK mieści się w przedziale cenowym porównywalnym z cenami pozostałych wykonawców oraz, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu w celu potwierdzenia realności ceny przedstawili analogiczne dowody, tj. oferty pochodzące od tych samych podmiotów, brak było podstaw do uznania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Przystępującego 2 za niewiarygodne i nieudowodnione. Dodatkowo zasadne jest podkreślenie, że z protokołu z negocjacji z podmiotem Olikol, który został przedłożony przez PNiUIK w ramach Wyjaśnień 1 wraz z załącznikami wynika, że: 1) zakres prac SRK został określony i wyceniony dla przedmiotowego Postępowania (zakres kompleksowy), 2) ceny przedstawione przez Olikol potwierdzają możliwość realizacji zamówienia w zakresie branży SRK za ceny przedstawione w RCO PNiUIK oraz dodatkowo umożliwiają wygenerowanie zysku, 3) żadna z kwot wynikających z rzeczonego protokołu z negocjacji nie jest wyższa niż ceny przedstawione przez Przystępującego 2 w RCO. Innymi słowy, Przystępujący sprostował spoczywającemu na nim obowiązki wykazania realności zaoferowanych cen w zakresie branży SRK poprzez potwierdzenie ich rynkowego charakteru. Ponadto PNiUIK wskazał, że zrealizowanie tego zamówienia jest dla niego opłacalne. W tym miejscu należy podkreślić, że przepisy ustawy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. wyrok Sądu

Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. o sygn. akt XIX Ga 128/08). Przy braku legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. o sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaofiarowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Biorąc pod uwagę powyższe orzecznictwo, w konsekwencji to wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 15 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3594/23 oraz z dnia 18 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2039/22).

Niezależnie od powyższego wymaga podkreślenia, że Przystępujący 2 wraz z pismem z dnia 21 lutego 2025 r. z ostrożności przedłożył ofertę Kombud. W treści odwołania Trakcja zarzucił PNiUIK, że przedłożona oferta z dnia 20 lutego 2025 r. nie może potwierdzać prawidłowości ceny wykonawcy, gdyż została wystawiona po dacie złożenia ofert w Postępowaniu, który został wyznaczony na dzień 29 stycznia 2025 r. do godz. 10:00, co – w ocenie Odwołującego – dobitnie świadczy o tym, że PNiUIK nie dysponował żadną ofertą ani uzgodnieniami z Kombud na etapie przygotowywania kalkulacji cenowej, a ponadto z uwagi na to, że została przedłożona dopiero na skutek Wezwania 2. Izba dostrzega, że podczas rozprawy Trakcja zmodyfikował swoje stanowisko procesowe w zakresie tej kwestii, ponieważ stwierdził, że nie czyni zarzutu z tego, że data wystawienia oferty Kombud jest datą po terminie składania ofert. Odwołujący podniósł, że gdyby oferta Kombud z dnia 20 lutego 2025 r. została złożona w odpowiedzi na Wezwanie 1, to jego zdaniem procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny byłaby przeprowadzona prawidłowo. Odnosząc się jednak kompleksowo do twierdzeń zawartych w uzasadnieniu odwołania skład orzekający wskazuje, że nie istnieją żadne normy, które wymagają określonej formy dla prowadzenia negocjacji oraz składania ofert w relacjach między wykonawcą a podwykonawcą. Trafnie podniósł Przystępujący 2 w pkt 34 pisma procesowego z dnia 31 marca 2025 r., że zarówno przepisy prawa cywilnego, jak i powszechna praktyka w obrocie gospodarczym dopuszczają prowadzenie negocjacji oraz składanie ofert w formie ustnej. Zgodnie z art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm., „k.c.”) złożenie oświadczenia woli może nastąpić przez każde zachowanie osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Jeżeli ustawa nie zastrzega inaczej, wola osoby może być wyrażona przez dowolne działanie i w dowolnej formie. Oznacza to, że zarówno ustna, jak i pisemna forma oferty (oferty wstępnej, propozycji negocjacyjnej etc.) są ważne jeśli wynika z nich jednoznaczna intencja co do warunków współpracy. Z tego też względu istotnym aspektem każdej oferty (oferty wstępnej, propozycji negocjacyjnej etc.) jest jej treść, a nie data jej sporządzenia. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego posiadają pewne wypracowane, długotrwałe relacje handlowe z podwykonawcami czy dostawcami materiałów, na podstawie których są w stanie ustalić przewidywany poziom kosztów kalkulując cenę oferty. Nie zawsze

te ustalenia przyjmują sformalizowaną postać. Wykonawcy mogą bowiem uzgadniać warunki handlowe w różnej formie, w tym ustnie (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 26 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 1027/23 oraz z dnia 16 czerwca 2023 r. o sygn. akt KIO 1556/23). W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie można tracić z pola widzenia, że Przystępujący 2 w pkt 11 Wyjaśnień 2 wskazał, co następuje: „(...) Wykonawca wskazuje, że w związku z wezwaniem Zamawiającego wystąpił do podmiotu trzeciego w prośbą o potwierdzenie dotychczasowych warunków cenowych ale z przyczyn od niego niezależnych, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, nie był w stanie uzyskać ww. w formie właściwej na potrzeby wyjaśnień ceny oferty. Przy czym podkreślić należy, iż nie chodzi tu o kwestię określenia warunków cenowych, a o formę rozumianą jako postać oświadczenia. Z powyższych powodów – mając na względzie potrzebę wykazania realności ceny – przedstawił „Protokół z negocjacji z podwykonawcą wraz załącznikiem”, którą dysponował (...)”. Tym samym słusznie podniósł PNiUIK w pkt 38 pisma procesowego z dnia 31 marca 2025 r., że już z Wyjaśnień 2 wynika, że oferta Kombud (z datą 20 lutego 2025 r.) stanowi wyłącznie potwierdzenie warunków cenowych uzgodnionych przed terminem składania ofert, co dodatkowo zostało jednoznacznie potwierdzone w pkt 1 oświadczenia Kombud (dowód złożony na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego). Tym samym fakt, że oferta została wystawiona z późniejszą datą niż termin składania ofert nie przekreśla tego, że koszt został skalkulowany na prawidłowym poziomie. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy kwestionowanie przez Odwołującego oferty Kombud wyłącznie ze względu na datę jej sporządzenia, bez przywołania dodatkowej argumentacji, czy też innych okoliczności mogących świadczyć o jej wadliwości, należy zatem uznać za niezasadne i nieuprawnione.

Odnosząc się natomiast do argumentacji w przedmiocie momentu czasowego przedłożenia przez Przystępującego 2 oferty Kombud, zasadne jest zaznaczenie, że rzeczona oferta została złożona na skutek Wezwania 2, które – czego zdaje się nie dostrzegać Odwołujący – zostało skierowane do PNiUIK na podstawie art. 223 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i stanowiło wezwanie „(...) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu (...)”. Zamawiający bowiem w związku z Wyjaśnieniami 1, wraz z którymi PNiUIK złożył dowód w postaci Protokołu z negocjacji z podwykonawcą Olikol, powziął wątpliwości w zakresie podmiotu, który będzie uczestniczyć w realizacji robót branży SRK, gdyż zgodnie z treścią pkt 12 lit. a) Formularza Ofertowego oraz treścią oświadczeń załączonych do oferty, a także podmiotowych środków dowodowych, które zostały złożone przez Przystępującego 2 po udzieleniu Wyjaśnień 1, tj. 17 lutego 2025 r. – podmiotem tym jest Kombud. Mając na uwadze powyższe okoliczności PKP zwrócił się do PNiUIK o złożenie wyjaśnień w tej kwestii, jednocześnie słusznie wskazując w treści pisma z dnia 18 lutego 2025 r., że „(...) z przedłożonych dotychczas dokumentów nie wynika, że Wykonawca ma zamiar zastąpić podmiot udostępniający zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnie spełnić warunki udziału w postępowaniu w zakresie branży srk (...)”. W odpowiedzi PNiUIK wskazał Zamawiającemu, że nie dokonał samodzielnych modyfikacji w zakresie podmiotu trzeciego i złożone w Postępowaniu oświadczenia w odniesieniu do Kombud pozostają aktualne, a dodatkowo z ostrożności przedstawił ofertę tego podmiotu (vide: pkt 12 i 14 Wyjaśnień 2). W tym miejscu należy zauważyć, że stanowisko przedstawione przez Przystępującego 2 w piśmie z dnia 21 lutego 2025 r. jest spójne i logiczne. PNiUIK wskazał m.in. jaki cel przyświeca składaniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uzasadnił z jakich powodów Wyjaśnienia 1 należało uznać za wystarczające i obalające domniemanie rażąco niskiej ceny (vide: pkt 4-10 pisma z dnia 21 lutego 2025 r.). W ocenie Izby – biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne niniejszej sprawy – Zamawiający był uprawniony do wystosowania do PNiUIK Wezwania 2 w celu wyjaśnienia wątpliwości, które PKP powziął po otrzymaniu Wyjaśnień 1 oraz podmiotowych środków dowodowych odnoszących się do podmiotu Kombud, w związku z treścią oświadczenia zawartego w pkt 12 lit. a) Formularza ofertowego. Celem Zamawiającego było bowiem ustalenie czy Przystępujący 2 podtrzymuje oświadczenia złożone w toku Postępowania w zakresie sposobu, w jakim wykonawca zamierza realizować niniejsze zamówienie w branży SRK.

Ponadto skład orzekający uznał, że zarzut ewentualny z pkt II. 3 petitum odwołania, tj. naruszenia art. 122 ustawy Pzp w związku z art. 119 ustawy Pzp w związku z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 122 ustawy Pzp zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Wymaga podkreślenia, że w treści odwołania Trakcja nie zakwestionowała spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez PNiUIK, ale z faktu, iż Przystępujący 2 złożył w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z pismem z dnia 7 lutego 2025 r. protokół z negocjacji z podwykonawcą Olikol błędnie uznał, że tylko z tego powodu konieczna jest zmiana podmiotu udostępniającego zasoby na warunkach przewidzianych w art. 122 ustawy Pzp. Tymczasem – jak słusznie podniósł zarówno PKP jak i PNiUIK – Zamawiający ocenił, że Przystępujący 2 spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a ponadto, iż w przypadku

Kombud PNiUIK przedstawił wszelkie dokumenty potwierdzające, że ma zagwarantowany realny dostęp do zasobów tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Nadto konieczne jest wskazanie, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wyjaśnienia PNiUIK przedstawione już w piśmie z dnia 7 lutego 2025 r., a w szczególności w piśmie z dnia 21 lutego 2025 r. jednoznacznie świadczą o tym, że intencją Przystępującego 2 nie było zastąpienie podmiotu Kombud podmiotem Olikol. Z kolei nieprawidłowe jest wywodzenie i ustalanie faktycznego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia z innych dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w innym momencie czasowym oraz na potwierdzenie innych okoliczności faktycznych niż określone art. 118 ustawy Pzp (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2021 r. o sygn. akt KIO 3402/20).

W konsekwencji powyższego oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp.

Mając na uwadze przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 5 pkt 2 lit. b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....