

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2025 r. przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy E.K. sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie

orzeka:

uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje zamawiającemu Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie dokonanie czynności: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy E.K. sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie,

w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich tytułem wpisu od odwołania, zasądza od zamawiającego Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie na rzecz wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 1970/25

UZASADNIENIE

Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Przebudowa DW 120 odc. Glinna – Stare Czarnowo” (znak postępowania: ZZDW-6.3810.19.2025.8.3.2). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 marca 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00157522/01.

W dniu 19 maja 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez EMULEX Kalinowski Sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie (dalej: „EMULEX”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EMULEX, pomimo że oferta EMULEX przewidywała realizację zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, tj. przy zastosowaniu materiałów, których nie przewidział Zamawiający w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SWZ”) lub Zamawiający wprost nie dopuścił ich do użycia, co zostało potwierdzone w ramach późniejszych ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień EMULEX (Wyjaśnienia II), które ograniczyły się do niepopartego dowodami twierdzenia o zgodności oferty z SWZ a mimo to zostały błędnie uznane przez Zamawiającego za wystarczające do potwierdzenia zgodności oferty EMULEX z warunkami zamówienia,

2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EMULEX, pomimo, że złożone przez EMULEX wyjaśnienia do oferty nie uzasadniają podanej w niej ceny, co zostało potwierdzone w ramach

późniejszych ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień EMULEX (Wyjaśnienia II) i skutkowało tym, że złożone wcześniej oferty podwykonawców potwierdzające rynkowość zaoferowanej ceny (załączone do Wyjaśnień I) utraciły walor dowodowy i nie mogły być uznane za wystarczające dla uzasadnienia ceny oferty EMULEX,

3. art. 233 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, pomimo że w wyniku złożonego uszczegółowienia uprzednio złożonych wyjaśnień EMULEX zmienił wcześniej przedstawione – i szczegółowo udokumentowane – założenia wyceny oferty (przedstawione w Wyjaśnieniach I), przedstawiając Wyjaśnienia II bez jakichkolwiek dowodów czy dokumentów i ograniczył się wyłącznie do ogólnego zapewnienia o zgodności oferty z wymaganiami SWZ (czyli: potwierdzenie okoliczności, które były przedmiotem Wezwania II), co nosiło znamiona prowadzonych z Zamawiającym niedopuszczalnych negocjacji treści oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie,
3. w odniesieniu do ww. zarzutów - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, ponowienia badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty EMULEX,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że w związku ze zidentyfikowaniem przez Odwołującego wadliwości w procesie badania oferty zwycięskiej, Odwołujący narażony jest na ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. Gdyby bowiem Zamawiający przeprowadził proces badania i oceny ofert w sposób zgodny z PZP, odrzuciłby ofertę EMULEX, jako niezgodną z warunkami zamówienia lub z uwagi na okoliczność, że złożone przez EMULEX wyjaśnienia do oferty nie uzasadniają podanej w niej ceny. Uwzględnienie niniejszego odwołania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu istotnie zwiększy szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia a w konsekwencji pozwoli Odwołującemu na zrealizowanie zakładanego w wyniku jego realizacji zysku, bowiem oferta Odwołującego została sklasyfikowana jako druga najkorzystniejsza oferta w rankingu ofert.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 12 maja 2025 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 19 maja 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Pismem datowanym na dzień 22 maja 2025 r., stanowiącym zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego, EMULEX wniósł o nadto o oddalenie odwołania, zamieszczając argumentację merytoryczną względem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił EMULEX. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez EMULEX po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, dowody przedłożone przez EMULEX (załączone do pisma procesowego i przedłożony na posiedzeniu).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy,

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 2, a podlegało oddaleniu w pozostałym zakresie, tj. względem zarzutów nr 1 i nr 3.

Izba uznała powielanie stanu faktycznego za zbędne, poprzestając na przywoływaniu jego fragmentów w treści uzasadnienia, gdy było to konieczne. Podkreślić bowiem należy, że strony i uczestnik w sposób wyczerpujący opisali okoliczności faktyczne sprawy oraz to, że nie były one sporne – w szczególności nie były sporne wyrażone w treści SWZ (w tym w treści Szczegółowej Specyfikacji Technicznej) wymagania Zamawiającego co do warunków technicznych wykonania przedmiotu zamówienia, jak i treść wezwań Zamawiającego kierowanych do EMULEX oraz treść wyjaśnień EMULEX.

Izba uwzględniła **zarzut nr 2**, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EMULEX, pomimo, że złożone przez EMULEX wyjaśnienia do oferty nie uzasadniają podanej w niej ceny, co zostało potwierdzone w ramach późniejszych ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień EMULEX (Wyjaśnienia II) i skutkowało tym, że złożone wcześniej oferty podwykonawców potwierdzające rynkowość zaoferowanej ceny (załączone do Wyjaśnień I) utraciły walor dowodowy i nie mogły być uznane za wystarczające dla uzasadnienia ceny oferty EMULEX.

Jak stanowi 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 jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Istota zarzutu sprowadzała się do zakwestionowania dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień EMULEX, które w ocenie Odwołującego były niewystarczające celom uzasadnienia ceny ofertowej EMULEX, wobec czego oferta EMULEX powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Podkreślić trzeba, że to właśnie przez pryzmat wyjaśnień wykonawcy, zamawiający ocenia, czy cena oferty jest rażąco niska, czy też nie. Koniecznym jest zatem, aby wykonawca pamiętał o dołożeniu należytej staranności przy ich konstruowaniu, co należy rozumieć jako odniesienie się do wszystkich kwestii podanych w wątpliwość przez zamawiającego.

Niemniej, okoliczności przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej w zakresie zaoferowanej ceny przez EMULEX ewidentnie wskazują, że złożone w tej procedurze wyjaśnienia nie powinny skutkować uznaniem, że cena oferty EMULEX została uzasadniona.

Po pierwsze, treść wezwania Zamawiającego z dnia 24 marca 2025 r. literalnie obejmowała między innymi wezwanie do wyjaśnień dotyczących czynników kształtujących ceny jednostkowe zawarte w Wycenionym Przedmiarze Robót - załącznik nr 5 w pozycjach 43-47, gdyż zostały skalkulowane na szczególnie niskim poziomie w stosunku do kosztorysu inwestorskiego oraz do średniej ceny jednostkowej pozostałych ofert. Zamawiający żądał odniesienia się do możliwości zrealizowania robót dot. ww. pozycji kosztorysowych za oferowane kwoty, przede wszystkim podania szczegółowych wyliczeń poszczególnych czynników kształtujących każdą z ww. cen jednostkowych oraz wykazania, że ceny przyjęte w kalkulacji są realne i opierają się na aktualnych ofertach oraz mają swoje rynkowe uzasadnienie. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że odrzuci ofertę EMULEX jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny.

Po drugie, udzielone w dniu 31 marca 2025 r. wyjaśnienia EMULEX, w zakresie wyliczeń dotyczących pozycji kosztorysowych obejmujących wykonanie robót za pomocą betonu asfaltowego AC16W i mieszanki mineralno-bitumicznej SMA8 (a więc pozycji 44, 45 i 47), oparte były na stawkach z załączonych do wyjaśnień dowodów – ofert firm Strabag (beton asfaltowy AC16W) oraz Śląskie Kruszywa Naturalne Sp. z o.o. - produkcja na WMB Odra-Asfal (mieszanka mineralno-bitumiczna SMA8).

Po trzecie, w dniu 7 maja 2025 r. Zamawiający ponownie wezwał EMULEX do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (czego EMULEX nie zakwestionował), gdyż ustalili, że do ww. wyliczeń przyjęto ceny materiałów takie same jak w ofertach handlowych załączonych do wyjaśnień, zawierających jednak wycenę materiału, który nie może zostać użyty do realizacji przedmiotu zamówienia, albowiem nie spełnia wymagań określonych w SST:

„1) SST D-05.03.05b /warstwa wyrównawczo-wiążąca AC 16W/ - do produkcji masy bitumicznej AC 16W należy użyć asfaltu drogowego 50/70 lub polimeroasfalt PMB 25/55-60;

2) SST D-05.03.13a /warstwa SMA8/ - do produkcji masy bitumicznej SMA8 należy użyć polimeroasfaltu PMB 45/80-55 PMB 45/80-65”.

Co literalnie wynika z treści drugiego wezwania Zamawiającego - brak było wskazania, czy do wyceny przyjęto masę bitumiczną AC16W wyprodukowaną przy użyciu asfaltu drogowego 50/70 lub polimeroasfalt PMB 25/55-60 oraz masę

bitumiczną SMA8 wyprodukowaną przy użyciu polimeroasfaltu PMB 45/80-55, PMB 45/80-65. Wobec czego Zamawiający wezwał EMULEX do jednoznacznego określenia, czy w przedłożonej kalkulacji wyceniono masy bitumiczne AC16W i SMA8 do produkcji których użyty zostanie asfalt zgodny z wymaganiami określonymi w SST, a z treści złożonych wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że cena zaoferowana jest ceną wiarygodną, że została prawidłowo skalkulowana oraz, że zostały ujęte wszystkie koszty, zakres i warunki realizacji, natomiast dodatkowe wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany zaoferowanej w ofercie ceny, ani też do złożenia całkiem nowych wyjaśnień.

Wreszcie po czwarte, treść drugich wyjaśnień EMULEX z dnia 9 maja 2025 r. zawierała jedynie zapewnienie, że do wyceny w przedłożonej kalkulacji przyjęto masy bitumiczne AC16W i SMA8 do produkcji których użyty zostanie asfalt zgodny z wymaganiami określonymi w SST oraz oświadczenie, że cena zaoferowana jest ceną wiarygodną, że została prawidłowo skalkulowana oraz, że zostały ujęte wszystkie koszty, zakres i warunki realizacji, a powyższe wyjaśnienia nie prowadzą do zmiany zaoferowanej w ofercie ceny.

W ocenie Izby wyjaśnienia EMULEX z 31 marca oraz 9 maja 2025 r. nie były wystarczające dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby, EMULEX nie zachował należytej staranności przy przedstawieniu kalkulacji w zakresie kosztów, o które wprost pytał i których wykazania za pomocą dowodów żądał Zamawiający. Bezspornie pierwotne wyjaśnienia EMULEX były oparte na ofertach handlowych, które dotyczyły materiałów niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego. W tym stanie rzeczy pierwotne wyjaśnienia nie mogły się ostać jako wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, skoro nie zostały poparte adekwatnymi dowodami. Natomiast pomimo otrzymania od Zamawiającego drugiej szansy i skierowania ponownego wezwania, EMULEX w wyjaśnieniach z dnia 9 maja 2025 r. ograniczył się do ogólnych zapewnień o uwzględnieniu wymagań Zamawiającego i prawidłowej kalkulacji, pomimo wyraźnego żądania Zamawiającego zawartego w wezwaniu z dnia 7 maja 2025 r., aby z treści złożonych wyjaśnień bezspornie wynikało, że cena zaoferowana jest ceną wiarygodną, że została prawidłowo skalkulowana oraz, że zostały ujęte wszystkie koszty, zakres i warunki realizacji. Ewidentnie zatem brak jest dowodów potwierdzających wycenę pozycji kosztowych, które obejmowały wykonanie robót za pomocą betonu asfaltowego AC16W i mieszanki mineralno-bitumicznej SMA8.

W przepisie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, mowa jest o wykazaniu, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Chodzi tu przede wszystkim o przedstawienie konkretnych informacji, pozwalających później zamawiającemu na realną weryfikację wyceny. Dla wypełnienia obowiązku przez wykonawcę nie wystarczy zatem, aby ograniczył się on wyłącznie do ogólnych stwierdzeń, że w zaoferowanej cenie wykona zamówienie. Przy czym zwrócić trzeba uwagę na to, że wyjaśnienia powinny zostać poparte dowodami na potwierdzenie realności wyceny, na co wskazuje ustawa Pzp. Na konieczność przedstawienia okoliczności potwierdzających wyliczenie ceny literalnie wskazywał też w swoich wezwaniach Zamawiający. W zaistniałym stanie faktycznym uzasadnionym jest więc odrzucenie oferty EMULEX na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zarazem zastrzec trzeba, że postępowanie odwoławcze nie może służyć uzupełnianiu wyjaśnień czy dowodów, które powinny zostać złożone razem z wyjaśnieniami. Izba rozstrzyga bowiem prawidłowość czynności Zamawiającego w postaci analizy wyjaśnień i dowodów, którymi posługiwał się wykonawca w toku postępowania przetargowego. Natomiast nowa argumentacja czy dowody, zawarte przez wykonawcę dopiero na etapie postępowania odwoławczego nie są dopuszczalne. Stąd też Izba pominęła przedłożone przez EMULEX dowody (przy piśmie procesowym i na posiedzeniu) i argumentację EMULEX w tym zakresie, gdyż okoliczności te nie były znane procedurze wyjaśniającej prowadzonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowując powyższe, zarzut nr 2 zasługiwał na uwzględnienie, wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy EMULEX.

Natomiast za niezasadne Izba uznała pozostałe przedstawione w odwołaniu zarzuty, tj.:

- **zarzut nr 1** - zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EMULEX, pomimo że oferta EMULEX przewidywała realizację zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, tj. przy zastosowaniu materiałów, których nie przewidział Zamawiający w treści SWZ lub Zamawiający wprost nie dopuścił ich do użycia, co zostało potwierdzone w ramach późniejszych ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień EMULEX (Wyjaśnienia II), które ograniczyły się do niepopartego dowodami twierdzenia o zgodności oferty z SWZ a mimo to zostały błędnie uznane przez Zamawiającego za wystarczające do potwierdzenia zgodności oferty EMULEX z warunkami zamówienia,

- **zarzut nr 3** - zarzut naruszenia art. 233 ust. 1 [omyłka pisarska Odwołującego nie mająca znaczenia dla oceny zarzutu – powinno być: „art. 223 ust. 1”] ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, pomimo że w wyniku złożonego uszczegółowienia uprzednio złożonych wyjaśnień EMULEX zmienił wcześniej przedstawione – i szczegółowo udokumentowane – założenia wyceny oferty (przedstawione w Wyjaśnieniach I), przedstawiając Wyjaśnienia II bez jakichkolwiek dowodów czy dokumentów i ograniczył się wyłącznie do ogólnego

zapewnienia o zgodności oferty z wymaganiami SWZ (czyli: potwierdzenie okoliczności, które były przedmiotem Wezwania II), co nosiło znamiona prowadzonych z Zamawiającym niedopuszczalnych negocjacji treści oferty.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaś na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Zgodnie z 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Nadto, według art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zasadności podniesionych zarzutów nr 1 i nr 3 Odwołujący upatrywał de facto w tej samej okoliczności faktycznej, co przy zarzucie nr 2, tj. w przedstawieniu przez EMULEX w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny kalkulacji opartych na dowodach – ofertach handlowych, których założenia były niezgodne z wymogami Zamawiającego (z treści SST), wywodząc dodatkowe negatywne skutki prawne względem oferty EMULEX.

Odnosząc się więc do zarzutu nr 1, warto za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2022 r. (sygn. akt: KIO 936/22) powtórzyć, że „jakkolwiek Izba dostrzega ścisły związek między procedurą wyjaśnień poziomu ceny a treścią oferty wykonawcy, to jednak wywodzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia na podstawie wyjaśnień 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. Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy Pzp, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5). Nie można również wykluczyć sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie przesłanki określone art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz 8) ustawy Pzp. Powyższe wymaga jednak szczegółowej analizy ad casum”.

W tym konkretnym przypadku Izba uznała więc, że uchybienie po stronie EMULEX, które w ramach zarzutu nr 2 Izba zakwalifikowała jako wypełniające przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, nie jest wystarczającym do stwierdzenia, że treść oferty EMULEX jest niezgodna z warunkami zamówienia. Bezsprzecznie, przedłożone przez EMULEX dowody – oferty handlowe do wyjaśnień wyliczenia ceny, miały służyć tylko i wyłącznie potwierdzeniu, że oferowana cena w danej pozycji była wiarygodna. I choć dowody te nie były w oczach Izby wystarczające dla spełnienia tychże celów, tym niemniej wyciąganie podwójnych negatywnych konsekwencji i stwierdzenie, że treść oferty EMULEX bezsprzecznie jest niezgodna z warunkami zamówienia tylko na tej podstawie, byłoby co najmniej przedwczesne. Nie można zapominać, że całokształt okoliczności faktycznych sprowadzał się do procedury wyjaśniania ceny oferty, a nie jej treści. Zauważyć też trzeba, że pierwotne wątpliwości Zamawiającego odnośnie pozycji 43-47 przedmiaru robót nie dotyczyły niezgodności z wymaganiami SST, a ich wyceny, wobec czego trudno w ogóle mówić o niezgodności treści oferty (przedmiaru robót) sensu stricto z warunkami zamówienia. Wreszcie, odmiennie niż w przypadku zarzutu nr 2, nie można pominąć stanowiska EMULEX i złożonych przez niego dowodów, które wskazywały na omyłkowe przedstawienie ofert handlowych z założeniami niespełniającymi wymagań Zamawiającego. Wyżej już stwierdzone niezachowanie należytej staranności przez EMULEX przy wyjaśnieniu swojej ceny objawiające się w przedstawieniu przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny kalkulacji opartych na dowodach – ofertach handlowych, których założenia były niezgodne z wymogami Zamawiającego, nie może więc automatycznie oznaczać, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym brak było dostatecznych podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 1.

W konsekwencji niezasadnym jest zarzut nr 3, gdyż Zamawiający w ogóle nie wszczął procedury wyjaśnienia treści oferty EMULEX, więc nie można mówić o ewentualnym naruszeniu zakazu negocjacji dotyczącej złożonej oferty z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Należy mieć na uwadze, że chodzi o dwie oddzielne instytucje wyjaśniające i nie można patrzeć na ewentualną nieprawidłowość czynności Zamawiającego działającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez pryzmat wymagań dla innej czynności z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Stąd też za zbyt daleko idący należy uznać wniosek Odwołującego, że w wyniku powtórnego skierowania wezwania do wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i ich udzielenia doszło do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a EMULEX. Powyższa okoliczność hipotetycznie mogłaby uzasadniać podniesienie wobec Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne powtórne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień lub też art. 223 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty wobec powziętych wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia według wymagań dokumentacji (czego jednak Odwołujący rzecz jasna nie uczynił, a i pamiętając o uwzględnieniu przez Izbę

zarzutu nr 2 – finalnie takie zarzuty nie miałyby wpływu na wynik postępowania).

Dlatego też w tych okolicznościach faktycznych w ocenie składu orzekającego zarzuty nr 1 i nr 3 nie mogły zostać uwzględnione.

Jednakże biorąc pod uwagę rodzaj uwzględnionych zarzutów oraz ich wagę dla rozstrzygnięcia odwołania, jak i dla samego Odwołującego, przy rozstrzyganiu o kosztach w niniejszej sprawie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielania kosztów pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym. Stosownie bowiem do § 7 ust. 5 Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielania kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba w poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczyła wyłącznie koszty Odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, nie przychylając się do wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z art. 573 ustawy Pzp, do czasu zamknięcia rozprawy strona, uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego. Wniosek kosztowy może być więc złożony jedynie do czasu zamknięcia rozprawy. Przy czym, poza formalnym wnioskiem, niezbędnym dla zasądzenia uzasadnionych kosztów postępowania (a za taki postrzega się wynagrodzenie pełnomocnika) jest wykazanie wysokości tych kosztów poprzez złożenie rachunków lub spisu kosztów do akt sprawy. W przypadku więc braku (lub niemożliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do ich zasądzenia. W niniejszym stanie faktycznym pełnomocnik Odwołującego wniosł o zasądzenie kosztów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika na rozprawie, niemniej nie przedstawił do czasu zamknięcia rozprawy faktury VAT. Pełnomocnik Odwołującego razem z ww. wnioskiem powołał się na przekazaną do Izby fakturę VAT. Jednakże jak ustaliła Izba, dokument ten wpłynął drogą elektroniczną do Izby w dniu 9 czerwca 2025 r. o godzinie 10:42, natomiast, co wprost wynika z protokołu posiedzenia i rozprawy, rozprawa została zamknięta w tym dniu o godzinie 10:40:57. W tych okolicznościach brak było podstaw do zasądzenia kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 573, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1) oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....