Sygn. akt: KIO 1120/25

WYROK

Warszawa, dnia 14 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Luiza Łamejko

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2025 r. przez odwołującego - wykonawcę K.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.D. z siedzibą w Kazuniu Nowym

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursus z siedzibą w Warszawie

uczestnik po stronie zamawiającego - M.O. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Trafico M.O. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę M.O. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Trafico M.O. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 600 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 1120/25

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursus z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Bieżące utrzymanie dróg gminnych
i wewnętrznych na terenie Dzielnicy Ursus w podziale na zadania: Zadanie nr 2 Utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie
o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 stycznia 2025 r. pod nr 2025/BZP 00042430/01.

W dniu 24 marca 2025 r. wykonawca K.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.D. z siedzibą w Kazuniu Nowym (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec działań Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu dnia 19 marca 2025 r. przez Zamawiającego wadliwych czynności oceny
i badania ofert wykonawców i w rezultacie dokonania wadliwej czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Marty Oksięciuk-Błońskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Trafico M.O. (dalej: „Trafico"), w sytuacji, w której:

a. pierwotnie (czynność z 17 lutego 2025 r.) najlepszą ofertą wybrana została oferta Odwołującego,

b. pierwotnie (czynność z 17 lutego 2025 r.) ta sama oferta Trafico została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę i to w wyniku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z Trafico (korespondencja z dnia 31 stycznia 2025 r. oraz 6 lutego 2025 r.),

c. w rezultacie prowadzenia niedozwolonych negocjacji z Trafico, już po dokonaniu oceny
i badania, a także wyboru najkorzystniejszej ofert (korespondencja z dnia 21 lutego 2025 r.) Zamawiający uznał ofertę Trafico nie tylko za:

i. nie obarczoną wadą rażąco niskiej ceny,

ii. ale także za niepodlegającą odrzuceniu, mimo, że oferta ta nie spełniała warunków granicznych określonych w Załącznikach nr 11a i 11b SWZ czyli formularzy asortymentowo-cenowych,

iii. uzasadnioną, pomimo, że jakiekolwiek przedmiotowe środki dowodowe zostały przez Trafico dostarczone 21 lutego 2025 r., tj. długo po upływie terminu wyznaczonego przez samego Zamawiającego w myśl art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, czyli 6 lutego 2025 r.,

d. w wyniku czynności dokonanych w ppkt. c., dnia 24 lutego 2025 r., Zamawiający dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty - oferty Odwołującego, aby
w ostatecznym rezultacie dokonać czynności zaskarżonych odwołaniem,

e. prowadzenie niedozwolonych negocjacji między Zamawiającym a wykonawcą Trafico (art. 233 ust. 1 ustawy Pzp), skutkujące uznaniem, że oferta Trafico nie podlega odrzuceniu, pomimo niespełnienia warunków granicznych określonych w Załącznikach nr 11a i 11b SWZ czyli formularzy asortymentowo-cenowych, stanowi w istocie istotną zmianę wymagań SWZ
w stosunku do jednego tylko wykonawcy i to już po otwarciu ofert (art. 187 ustawy Pzp).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 223 ust. 1 w zw. z art. 187 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z Lp. l. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. l. wiersz 2. Załącznika nr 11b. przez prowadzenie z Trafico korespondencji (noszącej znamiona prowadzenia negocjacji), lecz z pewnością skutkującą istotną zmianą treści wspomnianych punktów Załączników 11a.
i 11b. do SWZ, gdyż wbrew pierwotnemu wymaganiu, aby „mechaniczne malowanie linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych, linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych
i przerywanych oraz strzałek i innych symboli na jezdni" dokonane zostało przez malowanie „dwuwarstwowe", Zamawiający dopuścił ofertę Trafico przewidującą wykonanie „malowania jednowarstwowego" (vide: korespondencja z 21 lutego 2025 r.), zamiast ją odrzucić,

2. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 187 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z Lp. l. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. l. wiersz 2. Załącznika nr 11b. przez:

a. zaniechania dokonania czynności badania oferty Trafico i w konsekwencji jej nie odrzucenie pomimo złożenia oferty niezgodnej z SWZ co do technologii wykonania malowania, albo

b. ponownego dokonania czynności badania oferty Trafico w dniu 19 marca 2025 r., pomimo że pismem z dnia 24 lutego 2025 r. Zamawiający unieważnił tylko czynność oceny ofert, a nie ich badania, tymczasem już na etapie badania ofert Zamawiający powinien był dokonać odrzucenia oferty Trafico,

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp
w zw. z Lp. l. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. l. wiersz 2. Załącznika nr 11b. do SWZ przez zaniechanie przeprowadzenia w sposób prawidłowy czynności porównania treści oferty Trafico z warunkami Postępowania i w konsekwencji nie odrzucenie oferty Trafico,

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp
w zw. z Lp. l. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. l. wiersz 2. Załącznika nr 11b. do SWZ przez zaniechanie przeprowadzenia w sposób prawidłowy czynności porównania treści oferty Trafico z warunkami Postępowania i w konsekwencji nie odrzucenie oferty Trafico, w sytuacji, w której Trafico nie złożyło zapytania do SWZ o możliwość wykonania malowania jednokrotnego w miejsce dwukrotnego,

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp
w zw. z Lp. l. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. l. wiersz 2. Załącznika nr 11b. do SWZ przez zaniechanie odrzucenia

oferty Trafico, pomimo okoliczności, że oferta nie odpowiadała Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdyż:

a. zarówno w Lp. I. wiersz 1. Załącznika nr 11a. jak i Lp. I. wiersz 2. Załącznika nr 11b. Zamawiający wymagał wykonania malowania oznakowania poziomego przez „mechaniczne malowanie linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych, linii segregacyjnych
i krawędziowych ciągłych i przerywanych oraz strzałek i innych symboli na jezdni farbą chlorokauczukową dwuwarstwowo”,

b. Zamawiający potwierdził warunki graniczne SWZ wydając 23 stycznia 2025 r. „wyjaśnienia do treści SWZ” przez udzielenie odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców - odpowiedzi o następującej treści „Pozycja nr 2 formularza cenowego dotyczy malowania dwuwarstwowego, tj. dwukrotnie jednocześnie”,

c. Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd wpisując w Lp. I. wiersza 1. Załącznika nr 11a. jak i Lp. I. wiersza 2. Załącznika nr 11b. kwotę wykonania robót i to bez żadnej adnotacji o zmianie technologii wykonania tychże robót, aby dopiero na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazać, że pomimo wyraźnego wymogu malowania dwukrotnego, Trafico zamierza wykonać malowanie jednokrotne,

d. pomimo tychże wyjaśnień, Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty Trafico - niespełniającej wymagań SWZ,

6. art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp
w zw. z Lp. I. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. I. wiersz 2. Załącznika nr 11b. do SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty Trafico, pomimo okoliczności, że oferta zawiera błędy
w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż Trafico wyraźnie informuje Zamawiającego w treści wyjaśnień z (6 lutego 2025 r. oraz 21 lutego 2025 r.), że zamierza wykonać malowanie dróg wewnętrznych (Załącznik 11a.) i gminnych (Załącznik 11b.) jednokrotnie, podczas gdy należało wycenę w tym zakresie skalkulować z uwzględnieniem właściwej ilość zużytego materiału (farby), zaangażowanie parku maszynowego oraz roboczogodziny pracowników
w podwójnej ilości (+100% oraz z konieczną przerwą na wyschnięcie warstwy pierwszego malowania),

7. art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z Załącznikiem nr 1A część II do SWZ przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wobec okoliczności, że zamówienia udzielono wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że oferta tego wykonawcy uwzględnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SWZ warunki, co musiało mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego,

8. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 107 ust. 2 i 3 w zw. z art. art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego przez dokonanie 24 lutego 2025 r. czynności unieważnienia, czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, co doprowadziło do wykonania błędnej czynności ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej ofert w dniu 19 marca 2025 r., podczas gdy informacje i przedmiotowe środki dowodowe, na których oparł się Zamawiający przy ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty zostały przez Trafico dostarczone dopiero dnia 21 lutego 2025 r., tymczasem Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wyznaczył Trafico termin na udzielenie wyjaśnień do dnia 6 lutego 2025 r. i w tej dacie wykonawca ten nie zdołał przedstawić przekonujących wyjaśnień i środków dowodowych (wszakże początkowo oferta ta została odrzucona), co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (Odwołujący wskazał przy tym, że błędnie Zamawiający przyjął jako podstawę odrzucenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp),

9. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 107 ust. 2 i 3 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1,
w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z Lp. I. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. I. wiersz 2. Załącznika nr 11b. do SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty Trafico, pomimo okoliczności, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia, gdyż:

a. w części dotyczącej robót na drogach wewnętrznych (Załącznik nr 11a) rażąco zaniżone były pozycje 4, 5 i 15 formularza asortymentowo-cenowego,

b. w części dotyczącej robót na drogach gminnych (Załącznik nr 11a) rażąco zaniżone były pozycje 1, 2, 4, 7, 8, 15, 18 i 27 formularza asortymentowo-cenowego,

10. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp
w zw. z Lp. I. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. I. wiersz 2. Załącznika nr 11b. do SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty Trafico, pomimo okoliczności, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia, gdyż:

a. w części dotyczącej robót na drogach wewnętrznych (Załącznik nr 11a) rażąco zaniżone były pozycje 4, 5 i 15 formularza asortymentowo-cenowego,

b. w części dotyczącej robót na drogach gminnych (Załącznik nr 11b) rażąco zaniżone były pozycje 1, 2, 4, 7, 8, 15, 18 i 27 formularza asortymentowo-cenowego, a w swoich wyjaśnieniach z 6 lutego 2025 r. wykonawca Trafico nie tylko nie odniósł się do wszystkich elementów oferty zawierających rażąco niską cenę lub koszt, ale także nie przedłożył niemalże żadnych przedmiotowych środków dowodowych, a te które przedłożył nie można uznać za wiarygodne, gdyż:

c. przedłożone rzekome oferty nie zawierają dat ich złożenia, co podważa ich wiarygodność,

d. samo przedłożenie ofert jest absurdalne wobec wyraźnych oświadczeń Trafico, że towar już posiadają i zakupili go po korzystnych cenach w sezonie zimowym korzystając na przestoju
w branży,

e. faktura za zakup słupków dotyczy słupków o średnicy 60 mm, podczas gdy Zamawiający wymaga średnicy 70 mm (a więc faktura i ceny nie mają znaczenia dla tego postępowania),

f. oferta na farbę dotyczy ilości farby potrzebne do malowania jednokrotnego, podczas gdy Zamawiający wyraźnie (co potwierdził także w wyjaśnieniach do SWZ z 23 stycznia 2025 r.) wymaga malowania dwukrotnego,

11. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp
w zw. z Lp. I. wiersz 1. Załącznika nr 11a. oraz Lp. I. wiersz 2. Załącznika nr 11b. do SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty Trafico, pomimo okoliczności, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a Wykonawca:

a. w swoich wyjaśnieniach z 6 lutego 2025 r. nie zdołał wyjaśnić, ani udowodnić braku rażąco niskiej ceny (okoliczność bezsporna wobec początkowego odrzucenia tej oferty),

b. w swoich wyjaśnieniach z 21 lutego 2025 r., które zostały złożone już po terminie przewidzianym przez Zamawiającego:

i. w istocie tylko prowadzi polemikę ze swoim wcześniejszym stanowiskiem, ale nie może sprostać inicjatywie dowodowej,

ii. przyznał, że zamierza wykonać malowanie jednowarstwowe,

iii. argumentuje, że wykona malowanie farbą akrylową, a nie chlorokauczukową, co nie budzi niczyich zastrzeżeń, gdyż farby te rzeczywiście nie występują na rynku,

iv. inicjatywę dowodową skupił właśnie na przekonaniu, że możliwym jest zastosowanie farby akrylowej, przyznając jednocześnie, że wbrew SWZ i wyjaśnieniom do nich, zamierza wykonać malowanie jednokrotne,

v. przedstawił ofertę innego wykonawcy (Drogmax - nie swoją), złożoną w innym postępowaniu, gdy nie wiadomo co z taką ofertą się stało (prawdopodobnie także została odrzucona jako rażąco niska), ani jakie były wymagania SWZ czy OPZ w zakresie tamtego postępowania (normy, ilości malowań itp.),

vi. powołuje się na rzekome rabaty u jednego z dostawców z lipca 2024 r., równocześnie argumentując rozwlekle, że ceny zeszłoroczne nie mogą być porównywane z obecnymi,

vii. mija się z faktami twierdząc np. że wymiana znaku to koszt klucza płaskiego o wartości 10 zł., gdyż nadal koniecznym jest transport (robotnicy nie chodzą od słupka do słupka ze znakami pod pachą), podnośnika (znak nie jest dostępny z poziomu jezdni), śrub, obejm itp.,

viii. rzekomo dobrą organizacją pracy i większym wolumenem zamówień próbuje uzasadnić następujące niższe koszt tego postępowania, pomimo niezaprzeczalnego faktu, że ceny na rynku materiałów budowlanych rosną w tempie geometrycznym, a płaca wzrosła wraz z 1 stycznia 2025 r.:

1. malowanie o 2 zł mniej w stosunku do 11 zł, czyli o 18%,

2. słupki 180 zł mniej w stosunku do 300 zł, czyli o 60%,

ix. twierdzi, że posiada zapasy, ale przedstawia tylko oferty, a nie faktury.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, jak również dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

a. unieważnienia wadliwych czynności oceny i badania ofert wykonawców i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Trafico,

b. ponownego dokonania czynności oceny i badania ofert wykonawców i w rezultacie:

i. odrzucenia oferty Trafico - z powodu rażąco niskiej ceny lub niespełniania warunków granicznych,

ii. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M.O. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Trafico M.O. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że wymogiem Zamawiającego było malowanie dwuwarstwowe: „Mechaniczne malowanie linii na skrzyżowaniach
i przejściach dla pieszych, linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych i przerywanych oraz strzałek i innych symboli na jezdni farbą chlorokauczukową dwuwarstwowo - analogia". Taki wymóg Zamawiający zawarł zarówno odnośnie utrzymania dróg wewnętrznych (Załącznik nr 11a do SWZ, poz. 1), jak i co do dróg gminnych (Załącznik nr 11b do SWZ, poz. 2). Taki zakres zamówienia zobowiązani byli zaoferować wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie i taki zakres zamówienia skalkulować w zaoferowanej cenie.

Wymóg ten potwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 22 stycznia 2025 r., w którym na pytanie wykonawcy:

„Dzień dobry, zwracam się z prośbą o wyjaśnienie punktu 2 formularza cenowego drogi gminne tj „Mechaniczne malowanie linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych, linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych i przerywanych oraz strzałek i innych symboli na jezdni farbą chlorokauczukową dwuwarstwowo - analogia" Czy malowanie ma być wykonane 2 krotnie w ciągu roku czy 2 warstwy jednocześnie?"

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

„Pozycja nr 2 formularza cenowego dotyczy malowania dwuwarstwowego, tj. dwukrotnie jednocześnie".

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trafico jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia
w zakresie wymogu malowania dwuwarstwowego.

Izba stwierdziła, że stanowisko wykonawcy Trafico przedstawione Zamawiającemu
w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w przebiegu postępowania odwoławczego nie budzi wątpliwości i jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ten kwestionuje przedmiotowe wymaganie i założył jednowarstwowe malowanie.

W piśmie z dnia 21 lutego 2025 r. wykonawca Trafico przedstawiając argumenty
w zakresie realności kalkulacji pozycji obejmujących sporne malowanie wskazał:

„Tutaj należy podkreślić, że kalkulacja została opracowana w taki sposób, aby była zgodna zarówno z wymaganiami Zamawiającego jak i wymogami aktualnych rozporządzeń i norm tj. zgodnie z Krajowymi Ocenami Technicznymi.

Zamawiający użył w opisie pozycji „farb chlorokauczukowych", które na dzień dzisiejszy nei są już stosowane na drogach i nie występują w obrocie. Dodatkowo opis pozycji posiadał hasło wykonania „dwuwarstwowego" co również nie jest stosowane przy zastosowaniu certyfikowanych farb dostępnych na rynku. Technologia dwuwarstwowa mogła być

stosowana w przypadku nieużywanych dzisiaj farb chlorokauczukowych, jednak w przypadku nowoczesnych farb drogowych jest to bezzasadne (…) Można nałożyć dwie warstwy po 0,3mm i osiągnąć to samo co przy jednowarstwowym nałożeniu0,6mm, przy czym nakładania dwóch warstw z punku widzenia technicznego jest błędem gdyż farba jest aplikowana przez ciśnienie wytworzone przez maszynę. Nakładając jednocześnie dwie warstwy gó®na warstwa farby będzie uszkadzała dolną poprzez „rozdmuchanie" jej na boki, co mogłoby spowodować nie trzymanie wymiarów przez nanoszone linie. Nakładanie w dwóch warstwach po odczekaniu aż wyschnie pierwsza warstwa jest również bezzasadne z uwagi na fakt, że trwałość danego oznakowania będzie taka sama, ponieważ przez pojęcie trwałości rozumie się utrzymanie parametrów przez wykonane oznakowanie a te są uzależnione nie od samej farby czy też jej warstw a całości (…) Podsumowując technologia dwuwarstwowa nie ma dzisiaj zastosowania przy znakowaniu cienkowarstwowym.".

W toku postępowania odwoławczego wykonawca Trafico złożył pismo z dnia 8 kwietnia 2025 r., w którym wskazał na regulacje prawne dotyczące oznakowania poziomego cienkowarstwowego kwestionując jednocześnie prawidłowość postawionego przez Zamawiającego wymagania. Wykonawca ten oświadczył ponadto:

„Firma Trafico korzystając ze swojej przewagi wynikającej z inwestycji w nowoczesny sprzęt malarski dostosowany do najnowszych technologii malarskich posiada również taką możliwość, żeby regulować ilość nakładanej farby przy jednokrotnym przejeździe maszyny bez konieczności warstwowego nakładania materiału, aby uzyskać wymaganą grubość. Dzięki temu jesteśmy w stanie uzyskać efekt identyczny przy jednokrotnym przejeździe jak przy nakładaniu oddzielnych dwóch warstw, mogąc zaoferować Zamawiającemu korzystną cenę. Ponadto równocześnie dzięki temu utrzymujemy zgodność z wytycznymi dokumentów dopuszczających do obrotu, a tym samym parametrami OPZ, które są spójne i przedstawione jak dla produktu jednowarstwowego (…) Wykonanie oznakowania poziomego w dwóch warstwach jedna po drugiej zgodnie z dokumentami dopuszczającymi do obrotu, tj. z posypem mikrokul szklanych jest niepoprawne technologicznie i niezgodne z wytycznymi placówek akredytacyjnych, tj. z wytycznymi Krajowych Ocen Technicznych (…) Mając powyższe na względzie oraz fakt, że Zamawiający na etapie pytań do postępowania określił, że dwie warstwy powinny być wykonywane jednocześnie, w wycenie uwzględniliśmy podwyższoną grubość oznakowania (jedyny parametr regulowalny wynikający ze wskazanego opisu pozycji tj. oznakowania dwuwarstwowego) przy zastosowaniu technologii nakładania dostosowanej do aktualnych standardów, nowoczesnych maszyn jakimi dysponujemy i przede wszystkim wymogów ww. rozporządzenia i OPZ, które są spójne w zakresie przedziału grubości oznakowania cienkowarstwowego. Dodatkowe informacje w tym zakresie przedstawione zostały w piśmie z 21.03.2025r. do Zamawiającego. Wykonanie produktu jakim jest oznakowanie poziome w jednej warstwie o parametrach takich jak przy nakładaniu dwóch warstw oprócz ceny ma także pozytywny wpływ na ograniczenie kosztów społecznych, jakimi są np. utrudnienia w ruchy pojazdów i pieszych.".

Powyższe oświadczenia jasno wskazują, że wykonawca Trafico, wbrew wymogom Zamawiającego zawartym w SWZ, zaoferował oznakowanie poziome w jednej warstwie. Mimo że tak jednoznaczne oświadczenie nie wynika z samej treści oferty Trafico, nie można pominąć oświadczeń złożonych w toku wyjaśnień składanych przez wykonawcę, jako że wyjaśnienia treści oferty stanowią jej nieodłączną część.

Wobec powyższego, zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Trafico jako niezgodnej z treścią SWZ. Konsekwencją powyższego jest również stwierdzenie, że oferta ta nie została prawidłowo skalkulowana oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny przez przyjęcie nieprawidłowych założeń do jej wyliczenia. Co za tym idzie, oferta podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących zaoferowania przez wykonawcę Trafico rażąco niskiej ceny w zakresie pozostałych pozycji wskazanych przez Odwołującego. Izba stwierdziła, że udzielając dwukrotnie wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego (oba pisma dotowane na 6 lutego 2025 r.), wykonawca Trafico w sposób wystarczający wykazał realność kalkulacji (za wyjątkiem elementu dwuwarstwowego malowania) przedstawiając Zamawiającemu nie tylko sposób kalkulacji poszczególnych elementów, ale również składając dowody na poparcie swoich twierdzeń. Izba miała przy tym na względzie, że choć ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał w postępowaniu odwoławczym na wykonawcy Trafico oraz na Zamawiającym, zgodnie z art. 537 ustawy Pzp, to jednak Odwołujący, który podnosi zarzuty wobec kalkulacji ceny innego wykonawcy, nie jest całkowicie zwolniony z inicjatywy dowodowej. Tymczasem Odwołujący nie podjął owej inicjatywy, ograniczając się jedynie do krótkich stwierdzeń o zauważonych brakach. Tak sformułowane zarzuty, nie poparte uzasadnieniem i dowodami, wobec popartych dowodami szczegółowych wyjaśnień złożonych przez Trafico, nie mogą się ostać.

Nie potwierdził się również zarzut prowadzenia negocjacji przez Zamawiającego
z wykonawcą Trafico skutkujących zmianą oferty w przedmiocie malowania dwuwarstwowego, tj. zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 187 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający na żadnym

etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie odstąpił od spornego wymogu, zaś kierowane przez Zamawiającego do wykonawcy Trafico pytania miały na celu upewnienie się co do zgodności oferty z treścią SWZ i prawidłowej kalkulacji ceny.

Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy Trafico nie może również stać się podniesiony przez Odwołującego brak skierowania zapytania do treści SWZ o możliwość jednokrotnego malowania w miejsce dwukrotnego. Tego rodzaju zaniechanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty. Inaczej rzecz się ma natomiast w przypadku przyjęcia przez wykonawcę założeń co do realizacji zamówienia niezgodnych z SWZ.

Za spóźniony Izba uznała zarzut dotyczący unieważnienia w dniu 24 lutego 2025 r. pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. zarzut naruszenia art. 224 ust. 6
w zw. z art. 107 ust. 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp
w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego. Jak wskazano powyżej, czynność ta miała miejsce w dniu 24 lutego 2025 r., a zatem zarzut ten został podniesiony po upływie ustawowego terminu na jego zgłoszenie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 5 rozporządzenia, Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz w ust. 2-4,
w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

W świetle powyższych regulacji, mając na uwadze, że zakres uwzględnionych zarzutów odnosi skutek w postaci konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę M.O. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Trafico M.O. z siedzibą w Warszawie, Izba obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca:……..