

**Sygn. akt: KIO 1914/20**

**WYROK  
z 18 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie 18 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Smart Plac Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Dróg, Inwestycji i Remontów Powiatu Rybnickiego z siedzibą w Rybniku

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Smart Plac Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Smart Plac Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rybniku.

.....

## Uzasadnienie

Zarząd Dróg, Inwestycji i Remontów Powiatu Rybnickiego z siedzibą w Rybniku (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Odnowa i wykonanie oznakowania poziomego w ciągu dróg wojewódzkich utrzymywanych przez ZDIR Powiatu Rybnickiego”, numer: ZP-SDMB/10DW/20, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 czerwca 2020 r. pod numerem 549405-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 sierpnia 2020 r. wykonawca Smart Plac Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K. K. prowadzącego działalność gospodarczą por firmą MAL-COM K. K. z siedzibą w Smolcu (dalej: MAL-COM) mimo, że oferta ta winna zostać odrzucona;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty wykonawcy MAL-COM mimo, że cena zawarta w ofercie była ceną rażąco niską;
3. art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy MAL-COM do złożenie wyjaśnień istotnych części składowych ceny ofertowej, mimo, że wykonawca, którego oferta została wybrana pierwotnie wskazał wyższe ceny, niż wykonawca MAL-COM, a Zamawiający uwzględnił wcześniejsze odwołanie Odwołującego (dotyczące wyboru oferty tego pierwszego wykonawcy), a co za tym idzie przyznał, że ceny pierwotnie wybranego wykonawcy były rażąco niskie;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.) przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty wykonawcy MAL-COM mimo, że złożenie oferty przez tego wykonawcę

stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy MAL-COM,
3. z ostrożności procesowej — wezwania wykonawcy MAL-COM do wyjaśnienia ceny, względnie istotnych treści składnych ceny,
4. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
5. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł ponadto o:

6. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania (w szczególności treści SIWZ, oferty wykonawcy MAL-COM oraz wszelkich dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawcę MAL-COM, jak również korespondencji prowadzonej z tym wykonawcą przez Zamawiającego (wezwań i innych oświadczeń) pism, dokumentów i oświadczeń znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczególności wskazanych w treści odwołania,
7. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W postępowaniu złożono siedem ofert. Zamawiający w trakcie badania ofert powziął wątpliwości, co do cen zaoferowanych przez dwóch wykonawców (w tym wykonawcy B. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KOL K. B. w Szczerbicach, dalej jako KOL) i wystosował do nich wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jeden z wykonawców nie złożył wyjaśnień, co spowodowało odrzucenie jego oferty.

7 lipca 2020 roku Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KOL. 13 lipca 2020 roku Odwołujący wniósł odwołanie w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu niezgodny z przepisami Pzp wybór oferty wykonawcy KOL, tj. oferty zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący zawarł w odwołaniu wnioski o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.

21 lipca 2020 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił Odwołanie. Z treści odpowiedzi na odwołanie wynikało, że „Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu”.

22 lipca 2020 roku Odwołujący poinformował Zamawiającego o wątpliwościach odnoszących się do ceny ofertowej kolejnego wykonawcy, tj. MAL-COM, której istotne części składowe przedstawiały się na jeszcze niższym poziomie, niż analogiczne części składowe zawarte w ofercie wykonawcy KOL.

4 sierpnia 2020 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MAL-COM.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie załączników do protokołu, to jest wezwania wykonawcy MAL-COM do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (lub jej istotnych części składowych) oraz udzielonych przez wykonawcę MAL-COM wyjaśnień, na co Zamawiający pismem z 7 sierpnia 2020 roku, odpowiedział że nie zwracał się do wykonawcy MAL-COM o wyjaśnienie ceny oferty, argumentując, że „zgodnie z obowiązującymi przepisami cena oferty nie wymaga wyjaśnienia, gdyż cena całkowita oferty nie przekracza 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania ani też średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp — w przypadku uwzględnienia w całości odwołania przez Zamawiającego, Zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem w odwołaniu”. W odwołaniu z 13 lipca 2020 roku, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert. Uwzględniając odwołanie, Zamawiający zobowiązany był więc do wszechstronnego ponownego zbadania ofert oraz ponownej oceny ofert. W wyniku tego badania Zamawiający powinien powziąć odnośnie oferty MAL-COM takie same wątpliwości, jakie uznał za zasadne odnośnie oferty KOL (skoro uwzględnił poprzednie odwołania w całości, a istotne części składowe ceny zaoferowane przez wykonawcę MAL-COM były jeszcze niższe niż w ofercie KOL). Tym samym oferta wykonawcy MAL-COM winna zostać z postępowania odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). Ponadto, jej złożenie w ocenie Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ze względu na zastosowanie w niej tzw. „cen drapieżnych”.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MAL-COM był przedwczesny, ponieważ Zamawiający winien wyjaśnić kwestię ceny (istotnych części składowych ceny) zaoferowanej przez wykonawcę MAL-COM, ze względu na fakt, iż Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez ten podmiot (skoro uwzględnił zarzuty Odwołującego odnoszące się do tych samych części składowych ceny zaoferowanych przez wykonawcę KOL oraz mając na uwadze, że wykonawca MAL-COM te same pozycje wycenił jeszcze niżej niż wykonawca KOL).

Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie cen zaoferowanych przez wykonawcę KOL, czemu dał wyraz z piśmie z 26 czerwca 2020 roku (stanowiącym wezwaniem wykonawcy KOL do wyjaśnienia ceny oferty), w którym Zamawiający zwrócił wykonawcy uwagę, iż okres gwarancyjny dotyczący oznakowania poziomego cienkowiarskiego wynosi 24 miesiące. Wobec powyższego wykonawca winien liczyć się z koniecznością wykonania oznakowania po raz drugi w okresie 24 miesięcy licząc od dnia odbioru robót. Okres gwarancyjny jest na tyle długi, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że oznakowanie poziome stanie się nieczytelne i będzie musiało być odnowione nawet w stu procentach.

Odwołujący w odwołaniu z 13 lipca 2020 roku zwrócił Zamawiającemu uwagę na fakt, że wykonawca KOL nie przewidział konieczności dwukrotnego malowania, a w przypadku jeśli konieczność taką przewidział — cena zaoferowana przez wykonawcę KOL była nieadekwatna i nierealna (na co odwołujący wskazał dołączając kalkulacje własne, w których precyzyjnie wyliczył najniższe możliwe ceny za malowanie). Zamawiający uwzględnił zarzuty, tym samym uznając, że ceny za malowanie, zaoferowane przez wykonawcę KOL były nieadekwatne, rażąco zaniżone i oferta ta podlegała odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy w ocenie Odwołującego niezrozumiałym było, że Zamawiający nie miał żadnych obiekcji odnośnie wyboru kolejnej oferty tj. oferty wykonawcy MAL-COM, w których ceny za te same elementy były jeszcze niższe niż w ofercie wykonawcy KOL. Skoro Zamawiający uwzględniając odwołanie z dnia 13 lipca 2020 roku wyraził aprobatę dla zastrzeżeń Odwołującego i uznał, że KOL stosując ceny wyższe niż wykonawca MAL-COM zawarł w swojej ofercie cenę rażąco niską, to niezrozumiałe i całkowicie sprzeczne z przepisami Pzp było uznanie przez Zamawiającego, że ceny zaoferowane w ofercie MAL-COM nie są rażąco niskie i nie budzą wątpliwości.

Odwołujący w załączeniu do odwołania przedstawił kalkulację własną, z której wynikały ceny minimalne (przy zastosowaniu wszystkich możliwych obniżek) z tytułu realizacji usługi w zakresie odnowy oznakowania poziomego (pozycje kosztorysowe 1-4). Kalkulacje wykonane zostały na podstawie danych pozyskanych z KNR, nawet przy założeniu 15% pomniejszenia jednostek roboczogodziny (np. w wyniku optymalizacji procesu wykonawczego). Stawki przyjęte w kalkulacji własnej wynikały z cen minimalnych SEKOCENBUD (robocizna, koszty pośrednie, zysk), a ceny materiałów — z doświadczeń własnych Odwołującego, który jako podmiot nabywający dużo większe ilości materiałów niż wykonawca KOL uzyskuje ceny na poziomie 5,60 zł/kg farby. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że podmioty nieosiągające takich rabatów pozyskują farbę w cenie około 6,00 — 6,20 zł/kg farby i są to ceny minimalne.

Z kalkulacji własnych Odwołującego wynikało, że jednokrotne malowanie kształtuje cenę na poziomie 6,37 zł — 6,83 zł. Konieczność dwukrotnego malowania, przy minimalizacji

kosztów to konieczność ustalenia ceny na poziomie dwukrotnie wyższym (odpowiednio: 12,74 zł — 13,56 zł). Ceny te odbiegają zasadniczo od cen zaoferowanych przez wykonawcę MAL-COM i wynikających z tabeli cen jednostkowych przedstawionej wraz z ofertą tego wykonawcy.

Dodatkowo Zamawiający nie wziął pod uwagę faktu, że siedziba wykonawcy MAL-COM znajduje się o około 200 kilometrów od siedziby Zamawiającego (dla porównania: siedziba Odwołującego znajduje się w tej samej miejscowości co siedziba Zamawiającego, a siedziba wykonawcy KOL znajduje się około 7,6 km od siedziby Zamawiającego). Z powyższego wynika, że w ramach kalkulacji ceny ofertowej, wykonawca MAL-COM zobowiązany był uwzględnić również zwiększone koszty pracownicze (roboczogodziny), ze względu na konieczność delegowania pracowników, wypłacania diet, zakwaterowania lub zwiększonych kosztów podróży pracowników — z siedziby Wykonawca do siedziby Zamawiającego.

Skutkiem powyższego powinno być w ocenie Odwołującego uznanie, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że składając ofertę zawierającą rażąco niskie ceny jednostkowe w konsekwencji wykonawca MAL-COM dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

17 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź, wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert pozostałych postępowaniu przetargowym, po wycofaniu się z postępowania wykonawcy KOL. Kolejną ofertą z największą ilością punktów, przyznanych zgodnie z kryteriami oceny, była oferta wykonawcy MAL-COM. W ocenie Zamawiającego oferta ta nie zawierała rażąco niskiej ceny i nie podlegała odrzuceniu na post. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Koronnym argumentem Odwołującego było podobieństwo cen zastosowanych w ofertach wykonawców MAL-COM oraz KOL oraz fakt uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania skierowanego przeciwko wyborowi oferty wykonawcy KOL.

Zamawiający podkreślił, że każda czynność podejmowana przez Zamawiającego w postępowaniu winna podlegać odrębnej ocenie. Ponadto aspekt rażąco niskiej ceny zawartej rzekomo ofercie wykonawcy KOL nigdy nie był poddany ocenie merytorycznej przez KIO.

Oceniając ofertę wykonawcy KOL Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia

wyjaśnień dotyczących realności ceny zawartej w ofercie, a następnie z pozytywnym skutkiem ocenił złożone w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia. Wezwanie wykonawcy KOL podyktowane było wypełnieniem przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a Pzp, tym samym miało charakter obligatoryjny.

Po wyborze oferty wykonawcy KOL jako najkorzystniejszej i zaproszeniu tego wykonawcy do podpisania umowy KOL oświadczył, że odmawia podpisania oferty i wycofał się z postępowania. To był powód, dla którego Zamawiający uwzględnił odwołanie skierowane przeciwko wyborowi oferty KOL jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego było bezcelowe i skutkowałoby jedynie niepotrzebnym przedłużeniem procedury i opóźnieniem w zawarciu umowy. Tymczasem Zamawiający otrzymywał pisma od podmiotów trzecich, wzywające go do przystąpienia do odnowienia oznakowania poziomego. Zwłoka w realizacji zadania zwiększała zagrożenie dla uczestników ruchu drogowego.

Zgodnie z Pzp jedyną podstawą zakończenia postępowania odwoławczego przez umorzenie w sposób „natychmiastowy”, jest uznanie przez Zamawiającego w całości wniesionego odwołania. Dlatego też Zamawiający zastosował wymaganą ustawą formułę retoryczną, dążąc do jak najszybszego zakończenia postępowania odwoławczego dotyczącego oferty wykonawcy, który wycofał się z postępowania.

Celem pierwotnego odwołania było odrzucenie oferty KOL, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Ze względu na wycofanie się KOL z udziału w postępowaniu zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty tegoż wykonawcy. Cel pierwotnego odwołania — eliminacja oferty wykonawcy KOL został osiągnięty. Postępowanie zatrzymało się na etapie dokonanej oceny ofert. Ten etap był już zamknięty, a Zamawiający nie widział podstawy prawnej umożliwiającej dokonanie ponownej oceny ofert, skoro celem tejże oceny miałyby być wyłącznie ocena oferty wykonawcy KOL pod kątem ewentualnej zasadności jej odrzucenia ze względu na rażąco niską cenę. W odwołaniu z 13 lipca 2020 r. Odwołujący nie kwestionował ceny zawartej w ofercie MAL-COM i nie wnosił o badanie tejże oferty.

Dlatego Zamawiający dokonał wyboru kolejnej oferty najwyżej ocenionej, jednak nie tylko na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, ale przede wszystkim w oparciu o art. 94 ust. 3 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie udowodnił, że przywoływane przez niego ceny składowe z pozycji 1-4 kalkulacji mają tak duże znaczenie, że pozostałe elementy składowe ceny, niezależnie od ich wysokości, nie wpływają na ocenę tego, czy cena łączna nosi cechy rażąco niskiej.

Odwołujący przedstawiając wyliczenia przyznał, że malowanie cienkowarstwowe jednokrotne, jest opłacalne przy zastosowaniu ceny wynoszącej niespełna 7 zł w pozycjach 1-4 kalkulacji. Tymczasem żadna z przedmiotowych cen składowych w ofercie MAL-COM

nie jest niższa niż 10 zł. Oczywistym było zatem, że MAL-COM kalkulując cenę brał pod uwagę wymóg ewentualnych napraw gwarancyjnych w okresie dwuletnim, a tym samym liczył się z koniecznością dokonywania poprawek oraz ponownego malowania oznakowania w niektórych odcinkach dróg. Gdyby tak nie było, cena, zapewne skalkulowana byłaby na poziomie około 7 zł.

Nieprawdą jest jakoby Zamawiający wymagał dwukrotnego malowania pełnego zakresu odcinków dróg objętych przedmiotem zamówienia. Wymogu takiego nie przewidywała SIWZ. Dowodem mającym uzasadnić tezę o rażąco niskiej cenie była kalkulacja własna Odwołującego, co do której stwierdził on, że nawet przy założeniu 15% pomniejszenia jednostek roboczogodziny nie dało się osiągnąć w sposób realny ceny zaoferowanej przez MAL-COM. Jednocześnie Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego przyjął 15% pomniejszenia jednostek roboczogodziny jako punkt odniesienia opłacalności ceny.

Całkowicie dowolne było również określenie przez Odwołującego ceny materiałów, jako elementu składowego ceny. Jedyną podstawą ustalenia ceny materiałów malarskich było „doświadczenie własne Odwołującego”. Tymczasem ilość punktów sprzedaży materiałów koniecznych do wykonania zamówienia liczy się w tysiącach. Tym samym mogą zaistnieć znaczące różnice w cenach.

Twierdzenie Odwołującego, że oddalenie siedziby MAL-COM od miejsca wykonania zamówienia o 200 km oznacza zwiększenie kosztów realizacji zamówienia, co zwiększa prawdopodobieństwo zastosowania przez MAL-COM rażąco niskiej ceny, także było całkowitą spekulacją. Przy aktualnej infrastrukturze drogowej odległość 200 km nie jest czynnikiem znacząco determinującym możliwości i koszt wykonania zamówienia.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.



Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w postępowaniu opublikowaną przez Zamawiającego oferty w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

1. MAL-COM - cena oferty - 266 694,75 zł,
2. Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku - cena oferty - 389 822,67 zł,
3. Grupa Bravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - cena oferty - 201 230,46 zł,
4. A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. Domax A. M. z siedzibą w Boronowie - cena oferty - 349 898,10 zł,
5. K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BIZA KOLOR K. B. z siedzibą w Rudnikach - cena oferty - 325 268,58 zł,
6. Odwołujący - cena oferty - 315 332,64 zł,
7. KOL - cena oferty - 248 760,12 zł.

W tym samym dokumencie Zamawiający zawarł informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 377 212,71 zł.

Wobec wypełnienia się przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp (W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia) Zamawiający 26 czerwca 2020 r. wezwał do złożenia odpowiednich wyjaśnień wykonawców:

1. KOL,
2. Grupa Bravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W treści wezwań Zamawiający wskazał m. in.: „Zamawiający zwraca uwagę, iż okres gwarancyjny dotyczący wykonania odnowy oznakowania poziomego cienkowarstwowego wynosi 24 miesiące. Określony został w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zawarty jest w Państwa ofercie z dnia 23.06.2020 r. Wobec powyższego wykonawca winien liczyć się z koniecznością wykonania oznakowania po raz drugi w okresie 24 miesięcy licząc od dnia odbioru robót. Wyżej wymieniony okres gwarancyjny jest na tyle długi, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że oznakowanie poziome stanie się nieczytelne i będzie musiało być odnowione nawet w stu procentach”. Wykonawca Grupa Bravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie nie udzielił wyjaśnień na powyższe wezwanie, a w konsekwencji jego oferta została odrzucona. Wykonawca KOL złożył wyjaśnienia i jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Ta czynność wyboru stała się przedmiotem odwołania, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego 13 lipca 2020 r.

14 lipca 2020 r. wykonawca KOL skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał

m. in.: „Informuję, że ze względów ode mnie niezależnych jestem zmuszony wycofać się z w/w przetargu, a tym samym z podpisania z Państwem umowy na w/w usługę”.

W konsekwencji, Zamawiający (po uwzględnieniu ww. odwołania) unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty oraz dokonał tej czynności ponownie, tym razem jako najkorzystniejszą wybierając ofertę wykonawcy MAL-COM. Biorąc pod uwagę, że cena oferty wykonawcy MAL-COM nie wypełniała przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a Pzp Zamawiający nie zdecydował się wezwać tego wykonawcy to złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Wskazywane przez Odwołującego ceny jednostkowe w ofertach wykonawców KOL i MAL-COM kształtowały się następująco:

A. Oferta wykonawcy KOL:

1. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (linie segregacyjne i krawędziowe - ciągłe) - ilość 9000 m<sup>2</sup>, cena 10,00 zł/m<sup>2</sup>,
2. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (linie segregacyjne i krawędziowe - przerywane) - ilość 4500 m<sup>2</sup>, cena 10,00 zł/m<sup>2</sup>,
3. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (linie na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych) - ilość 1600 m<sup>2</sup>, cena 11,00 zł/m<sup>2</sup>,
4. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (strzałki i inne symbole) - ilość 500 m<sup>2</sup>, cena 12,00 zł/m<sup>2</sup>.

B. Oferta wykonawcy MAL-COM:

1. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (linie segregacyjne i krawędziowe - ciągłe) - ilość 9000 m<sup>2</sup>, cena 9,90 zł/m<sup>2</sup>,
2. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (linie segregacyjne i krawędziowe - przerywane) - ilość 4500 m<sup>2</sup>, cena 9,90 zł/m<sup>2</sup>,
3. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (linie na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych) - ilość 1600 m<sup>2</sup>, cena 10,50 zł/m<sup>2</sup>,
4. Odnowa oznakowania poziomego jezdni farbą akrylową białą z elementami odblaskowymi (strzałki i inne symbole) - ilość 500 m<sup>2</sup>, cena 10,50 zł/m<sup>2</sup>.

Powyższe zestawienie potwierdza tezę Odwołującego, że stanowiące większą część przedmiotu zamówienia pozycje w ofercie MAL-COM zostały wycenione jeszcze niżej,

niż w ofercie wykonawcy KOL. Należy wziąć jednak pod uwagę, że całkowita cena oferty wykonawcy MAL-COM była wyższa, zatem sam fakt iż ww. ceny jednostkowe były niższe niż w ofercie wykonawcy KOL nie może przesądzać o uznaniu oferty MAL-COM za zawierającą rażąco niską cenę.

Między stronami nie było sporu, co do faktu, że realna cena jednokrotnego malowania oscyluje w granicach 7 zł/m<sup>2</sup>. W tej sytuacji zaoferowanie malowania za cenę ok. 10 zł/m<sup>2</sup> nie budzi wątpliwości Izby, co do możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnego postanowienia, które wskazywałoby na konieczność dwukrotnego malowania całego zakresu objętego zadaniem. W punkcie 6.3.1.4. SIWZ „Trwałość oznakowania” Zamawiający wskazał:

„Określa się następujące okresy gwarancji na oznakowanie poziome wykonane na drogach administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach:

- 24 miesiące dla oznakowania cienkowarstwowego;
- 36 miesięcy dla oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego strukturalnego;
- 60 miesięcy dla oznakowania wykonanego taśmami prefabrykowanymi.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach dopuszcza możliwość ponownego wykonywania oznakowania celem zapewnienia 24 miesięcznego okresu gwarancji na wykonane oznakowanie cienkowarstwowe”.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający co najwyżej dopuścił możliwość dwukrotnego wykonywania oznakowania, w żadnym razie go nie wymagał. Tym samym wykonawcy nie mieli żadnego obowiązku kalkulowania swoich ofert tak, by w ramach ceny oferty zawierało się dwukrotne malowanie całego zakresu zadania. Wniosek ten nie stoi w sprzeczności, z zawartym w wezwaniu z 26 czerwca 2020 r. skierowanym przez Zamawiającego m. in. do wykonawcy KOL („Wobec powyższego wykonawca winien liczyć się z koniecznością wykonania oznakowania po raz drugi w okresie 24 miesięcy licząc od dnia odbioru robót. Wyżej wymieniony okres gwarancyjny jest na tyle długi, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że oznakowanie poziome stanie się nieczytelne i będzie musiało być odnowione nawet w stu procentach”). Na etapie po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie był uprawniony do zmodyfikowania opisu przedmiotu zamówienia, ani do jego interpretacji w taki sposób, by doszło do faktycznej zmiany sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Z tego względu, w obliczu ustalonych faktów, o ile nie budzi wątpliwości okoliczność, iż wykonawca MAL-COM nie skalkulował w swojej ofercie konieczności dwukrotnego wykonania oznakowania, to równie oczywiste jest, że nie miał takiego obowiązku.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który wskazywał, że fakt uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z 13 lipca 2020 r. stanowi potwierdzenie, że cena oferty

wykonawcy MAL-COM jest rażąco niska. Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższy przepis Pzp, ani żaden inny, nie uzależnia możliwości uwzględnienia odwołania przez zamawiającego od uznania stanowiska odwołującego za słuszne i odpowiadające prawdzie. Decyzja o ewentualnym uwzględnieniu odwołania została pozostawiona zamawiającemu, a przepis określa jedynie skutki dokonania takiej czynności. Brak jest jednak podstawy prawnej do domniemania, że uwzględnienie odwołania oznacza zasadność postawionych w nim zarzutów oraz prawdziwość podniesionych w nim tez i twierdzeń. W okolicznościach sprawy uznać należy, że Zamawiający uwzględnił odwołanie z 13 lipca 2020 r. tylko dlatego, że stało się ono bezprzedmiotowe na skutek odstąpienia wykonawcy KOL od podpisania umowy.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....