

Sygn. akt: KIO 1791/14

**WYROK**  
z dnia 12 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M3com P. M., ul. Grodkowska 6 lok. 59, 01-461 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**

przy udziale **wykonawcy Towing Sp. z o.o., ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

przy udziale **wykonawcy ON Traffic Sp. z o.o., ul. Połaniecka 5B, 04-992 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M3com P. M., ul. Grodkowska 6 lok. 59, 01-461 Warszawa** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M3com P. M., ul. Grodkowska 6 lok. 59, 01-461 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawcy **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M3com P. M., ul. Grodkowska 6 lok. 59, 01-461 Warszawa** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Usuwanie i przechowywanie pojazdów z dróg leżących na terenie m.st. Warszawy w trybie art. 50a i 130a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2012 r., poz. 1137 – j.t. z późn. zm.)*”. Postępowanie to zostało podzielone na dwie części z możliwością składania ofert częściowych. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 30 maja 2014 r. pod nr 2014/S 103-180987.

W postępowaniu tym wykonawca P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M3com P. M. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Odwołujący*”) w dniu 29 sierpnia 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części nr 1 zamówienia („*Usługa usuwania i przechowywania pojazdów usuwanych z dróg na terenie Warszawy lewobrzeżnej*”). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 29 sierpnia 2014 r. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 20 sierpnia 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 29 sierpnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 1 września 2014 r. do Prezesa Izby swoje przystąpienia złożyli:

- 1) ON TRAFFIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*ON TRAFFIC*”) po stronie Zamawiającego i
- 2) TOWING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*TOWING*”) po stronie Odwołującego.

Kopie zgłoszeń przystąpień zastały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron

i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 11 września 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ON TRAFFIC jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenie oferty ON TRAFFIC jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenie oferty ON TRAFFIC jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TOWING, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 5) art. 8 ust 3 w zw. z art. 96 ust. 3, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy ON TRAFFIC dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określonej w formularzu ofertowym.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. ujawnienia treści wyjaśnień wykonawcy ON TRAFFIC dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określonej w formularzu ofertowym;
3. udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wykonawcy ON TRAFFIC dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określonej w formularzu ofertowym;
4. odrzucenia oferty wykonawcy ON TRAFFIC;
5. wykluczenia wykonawcy TOWING;
6. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
7. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj., iż oferta ON TRAFFIC zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł następujące okoliczności.

Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał na konieczność porównania - w celu oceny czy cena nie jest rażąco niska - ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych, jak również do średniej cen ofert (wyroki: KIO/UZP 2604/10, KIO/UZP 2338/10, KIO/UZP 1663/10, KIO/UZP 1126/09, KIO/UZP 1227/08, KIO 460/12).

Podkreślił, że wykazanie istnienia ceny rażąco niskiej wymaga posiadania wiedzy specjalnej z zakresu rentowności inwestycji rodzajowo i zakresowo podobnych na danym rynku, a zamawiający nie zawsze posiada specjalistyczne informacje w zakresie rentowności konkretnych przedsięwzięć, ale przepisy ustawy Pzp nie zwalniają go w takiej sytuacji od oceny czy cena konkretnej oferty w danym postępowaniu jest ceną rażąco niską, w szczególności wskazując na procedurę wyjaśnień wynikającą z art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Wskazał, że przy podjęciu decyzji o wszczęciu wskazanej procedury pomocne może być orzecznictwo. Wskazał w tym zakresie na takie wyznaczniki, jak sytuacja, gdy cena oferty odbiega choćby o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (KIO/UZP 117/10), czy też rozbieżność kilkunastoprocentowa pomiędzy złożonymi ofertami, która czasem może stanowić podstawę wystąpienia do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień, a czasem nie (KIO/UZP 671/08), a także na okoliczność, iż wystąpienie do wykonawcy we wskazanym trybie ustanawia domniemanie prawne zaproponowania ceny rażąco niskiej (KIO/UZP 2338/10).

Odwołujący wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia w zakresie części I to ustalona przez Zamawiającego kwota: 18.921.584,07 zł, jednocześnie wskazując na kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie części I, tj. kwotę: 20.240.000,00 zł. Podkreślił też, że cena oferty wykonawcy ON TRAFFIC 10.978.200,00 zł brutto stanowi 54,24% kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia oraz 74,76% ceny oferty wykonawców znajdujących się na drugim miejscu, tj. Odwołującego oraz wykonawcy TOWING (14.684.400 zł brutto), zaś oferta wykonawców, którzy zajęli drugie miejsce, w tym Odwołującego, stanowi 72,55% wartości, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Powyższe wskazuje, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwość, czy cena oferty ON TRAFFIC nie jest ceną rażąco niską. Powyższe, jego zdaniem, dawało podstawę do przyjęcia, że oferta mogła zostać przez wykonawcę ON TRAFFIC źle skalkulowana lub zaniżona poniżej kosztów wytworzenia tego zamówienia. Na potwierdzenie swojego

stanowiska powołał się na orzecznictwo (wyrok KIO w sprawie KIO 2783/12 oraz wyrok SO w Katowicach w sprawie: XIX Ga 3/07 i KIO w sprawie: KIO 1056/14 i KIO 1059/14, a także KIO w sprawie KIO 1354/12).

Podkreślił, że ceną rażąco niską jest zarówno cena oferty ogółem zaproponowana przez wykonawcę ON TRAFFIC, jak również poszczególne wymienione elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Według niego skoro Zamawiający wezwał wykonawcę ON TRAFFIC do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza to, że powziął podejrzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże, jak wskazał, ze względu na objęcie wyjaśnień wykonawcy ON TRAFFIC tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący nie mógł odnieść się do ich szczegółowych, konkretnych zapisów. Niemniej wskazał, iż zaoferowanie cen 115 zł za usunięcie pojazdu w trybie art. 130a pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie oraz 36 zł za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu usuniętego w trybie art. 130a pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie determinuje cenę całkowitą oferty. De facto więc, w jego ocenie, podane przez wykonawcę ceny jednostkowe stanowią o rażąco niskiej cenie wartości ceny całkowitej za przedmiot zamówienia. Twierdzenie to poparł przywołaniem wyroków KIO (KIO 791/13, KIO 2632/12, KIO 1734/12). W tych okolicznościach Odwołujący podkreślił, że ceny jednostkowe mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie, wobec powyższego, ceny te, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy.

Podkreślił, że ocenę, czy zaproponowane przez ON TRAFFIC w niniejszym postępowaniu ceny są cenami rażąco niskimi należy oprzeć o przedmiot i specyfikę zamówienia, a skoro przedmiotem zamówienia w zakresie części I jest usługa usuwania i przechowywania pojazdów usuwanych z dróg na terenie Warszawy lewobrzeżnej, na cenę oferty złożonej w omawianym postępowaniu składają się cena za usunięcie pojazdu oraz cena za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu usuniętego. Wskazał, że formularz ofertowy stanowiący załącznik SIWZ wskazywał na następujące elementy rozliczeniowe:

- 1) cena jednostkowa za usunięcie pojazdu w trybie art. 130a pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie - przewidywane średnie miesięcznie ilości to 1650 usuwanych pojazdów, ilość miesięcy obowiązywania umowy - 36
- 2) cena jednostkowa za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu usuniętego w trybie art. 130a pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie - przewidywane średnie miesięcznie ilości to 3200 dób przechowywania, ilość miesięcy obowiązywania umowy – 36.

Wykonawca ON TRAFFIC wskazał w formularzu cenowym 115 zł za usunięcie pojazdu w trybie art. 130a pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie oraz 36 zł za każdą

rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu usuniętego w trybie art. 130a pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie. Odwołujący podniósł zaś, że dotychczasowe ceny wykonawcy, który aktualnie świadczy usługę to 292,74 zł za usunięcie oraz powyżej 19,74 zł za przechowywanie, co wskazuje na wyraźną dysproporcję. Podkreślił, że cena za usunięcie w tym przypadku spadła prawie trzykrotnie, a cena za przechowywanie wzrosła prawie dwukrotnie, a na rynku nie zaszły żadne istotne zmiany, które uzasadniałyby takie zmiany. Jego zdaniem wyraźnie widać niedoszacowanie ceny, kosztów usuwania i przeszacowanie kosztów przechowywania. Według Odwołującego zaproponowana przez wykonawcę ON TRAFFIC cena nie uwzględnia zysku, a cena jednostkowa za usunięcie pojazdu jest ceną zaniżoną przez ON TRAFFIC, co ma bezpośredni wpływ na cenę za całość przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego ceny jednostkowe wskazane w formularzu ofertowym wykonawcy ON TRAFFIC są wystarczające do uznania, iż mamy do czynienia z ceną rażąco niską, z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych sytuacją. Według Odwołującego, są podstawy do uznania ceny zaoferowanej przez wykonawcę ON TRAFFIC za cenę rażąco niską, a tym samym do uznania za zasadne odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podkreślił, że oferta z rażąco niską ceną to oferta, która pozostaje w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia, w sytuacji, gdy realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa. Celem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest realizacja umowy z należytą starannością. Według Odwołującego wskazany cel nie zostanie osiągnięty gdyby umowę zawarto z wykonawcą ON TRAFFIC, a oferowana przez niego cena nie umożliwi prawidłowego wykonania zamówienia.

Co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj., iż złożenie oferty ON TRAFFIC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł następujące okoliczności.

Powołał się na art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji w tej regulacji. Wskazał, że z formularza ofertowego wykonawcy ON TRAFFIC wynika, że dokonał on przeniesienia rzeczywistych kosztów, które musiałby ponieść pomiędzy poszczególnymi pozycjami w taki sposób, że dochodzi do finansowania jednej usługi deficytowej, to jest usuwania pojazdu, przez drugą usługę – przechowywanie pojazdu, co wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji. Jego zdaniem przyjęty przez ON TRAFFIC sposób ukształtowania ceny oferty, w którym zakłada się znaczne zniżenie pozycji dotyczącej usuwania pojazdów narusza interesy innych przedsiębiorców poprzez utrudnienie im dostępu do rynku, co jest niezgodne z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Cena jednostkowa za usuwanie pojazdu winna być w jego ocenie skalkulowana w sposób rynkowy, dodatkowo miała obejmować zgodnie z SIWZ wszystkie koszty, w tym bezpośrednie i pośrednie, zaś działanie ON TRAFFIC doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a czynności te zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a celem było utrudnienie dostępu do uzyskania zamówienia. Jego zdaniem skoro ON TRAFFIC złożył ofertę z rażąco niską ceną, na którą wpływa rażąco zaniżenie kosztów za usuwanie pojazdów, to należy wskazać, że w konsekwencji przyjęcia, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Podkreślił, że wobec przyjęcia, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, nie budzi wątpliwości fakt, iż oferta stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Powołał się na orzecznictwo KIO w tym zakresie (wyrok w sprawie: KIO 791/13, wyrok w sprawie: KIO 267/13, uchwała KIO w sprawie KIO/KD 30/14, wyrok KIO w sprawie 2587/13, wyrok KIO w sprawie: KIO 1515/13).

Co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj., iż treść oferty ON TRAFFIC nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł następujące okoliczności.

Zdaniem Odwołującego wykonawca ON TRAFFIC Sp. z o.o. dokonał wyceny poszczególnych elementów niezgodnie z zaleceniami Zamawiającego, co jest niezgodne z treścią SIWZ i wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołał pkt 12 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, zgodnie z którym cena oferty powinna zostać wyliczona przez wykonawcę w oparciu o całkowity zakres prac przedstawiony w Opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział V SIWZ) i, w oparciu o który uznaje się, że w całości pokrywa wynagrodzenie wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać całość przedmiotu zamówienia (odpowiednio do składanej części). Wskazał, że w postępowaniu oferowane ceny jednostkowe musiały obejmować wszystkie koszty, w tym również bezpośrednie i pośrednie koszty towarzyszące wykonaniu prac i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym SIWZ, w tym Opiszem Przedmiotu Zamówienia i projektem umowy. Jego zdaniem powyższe zapisy SIWZ jednoznacznie wskazują, że wykonawca zobowiązany był, kalkulując cenę jednostkową, uwzględnić wszystkie wskazane koszty. Zdaniem Odwołującego, ON TRAFFIC w swojej ofercie dokonał wyceny poszczególnych cen jednostkowych niezgodnie z zaleceniami Zamawiającego. Podkreślił, że w zakres kosztów usuwania pojazdów muszą zgodnie z pkt 12.4 SIWZ także wchodzić koszty biura i dyspozytorni, bowiem są bezpośrednio związane z usługą usunięcia - zaczyna się od telefonu do dyspozytorni - nie zawsze kończy się przechowywaniem



(np. jest odstępianie), niezależnie od tego duża część pracy dyspozytorni oraz biurowej (raportowanie wymagane przez Zamawiającego) jest ściśle związana z usuwaniem pojazdów. Zdaniem Odwoływającego, wskazana cena jednostkowa wykonawcy ON TRAFFIC nie uwzględnia powyższego w kalkulacji kosztów lub będzie finansowana za pomocą drugiej usługi (przechowywania). ON TRAFFIC, dokonując wyceny poszczególnych cen jednostkowych niezgodnie z zapisami SIWZ, poprzez sztuczne zaniżanie cen pozycji za usuwanie pojazdu, nierzetelnie oszacował koszt usługi tejże pozycji, tym samym jego zdaniem wynikający z formularza ofertowego sposób przygotowania oferty narusza wymagania formalne określone w SIWZ, co z kolei wskazuje na konieczność odrzucenia oferty ON TRAFFIC. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO w tym zakresie (wyrok w sprawie: KIO 2007/12, wyrok w sprawie: KIO 578/13).

Co do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj., iż wykonawca TOWING podlega wykluczeniu, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł następujące okoliczności.

Wskazał na wymogi wynikające z pkt 7.3.1 ppkt 1 SIWZ co do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zgodnie z którymi wykonawca musi wykazać, że dysponuje następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi: wymagane jest, aby wykonawca posiadał lub dysponował parkingami do przechowywania pojazdów, dla każdej z wymienionych w pkt 2 poniżej kategorii pojazdów, spełniającymi następujące warunki:

a) dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym parkingi:

- mają być umiejscowione w granicach m.st. Warszawy, w tej jego części, której dotyczy oferta,
- mają posiadać powierzchnię łączną umożliwiającą jednorazowe przechowywanie min. 150 pojazdów,
- mają posiadać utwardzoną, lub w inny sposób zabezpieczoną przed zaleganiem wody i błota nawierzchnię,
- mają być chronione (ochrona fizyczna) całodobowo,
- mają posiadać ogólnodostępną toaletę;
- mają posiadać ogrodzenie, oświetlenie i oznakowanie posesji,

b) dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym parkingi:

- mają być umiejscowione w granicach m. st. Warszawy lub gmin sąsiadujących,
- mają posiadać powierzchnię łączną umożliwiającą jednorazowe przechowywanie min. 300 pojazdów,
- mają być chronione (ochrona fizyczna) całodobowo,

- mają posiadać ogólnodostępną toaletę,
- mają posiadać ogrodzenie, oświetlenie i oznakowanie posesji.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie powyższego wykonawca TOWING przedstawił wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, z którego wynika, że dysponuje parkingiem dla 150 miejsc, 120 miejsc, 80 miejsc, 70 miejsc, 80 miejsc, łącznie 500 miejsc oraz parkingiem dla 150 miejsc, 500 miejsc, łącznie 650 miejsc. Odwołujący podniósł, że zgodnie z zobowiązaniem zawartym we wzorze umowy oraz opisie przedmiotu zamówienia wykonawca musi dysponować parkingiem umożliwiającym jednorazowe przechowywanie min. 300 pojazdów podczas realizacji umowy dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym oraz min. 150 dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym. Wykonawca TOWING zaś – jego zdaniem - nie spełnia warunku w zakresie posiadania lub dysponowania parkingami, określonego w pkt 7.3.1 ppkt 1 oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Tym samym w ocenie Odwołującego TOWING nie spełnia warunku udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dlatego winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał też na wymogi pkt 7.3.2.2 SIWZ odnoszące się do sytuacji ekonomicznej wykonawcy, zgodnie z którymi wykonawca winien wykazać się, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej 600.000,00 zł. Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca TOWING załączył do oferty polisę ubezpieczeniową o ograniczeniu do 150.000,00 zł i Zamawiający wezwał go do uzupełnienia opłaconej polisy. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca ten przedstawił aneks do polisy, który - zdaniem Odwołującego - nie potwierdza, że wykonawca TOWING w dniu składania ofert spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej 600.000,00 zł. Powyższe jego zdaniem wskazuje na to, że TOWING nie spełnia warunku udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Co do naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, tj., iż Zamawiający zaniechał odtajnienia wyjaśnień wykonawcy ON TRAFFIC dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określonej w formularzu ofertowym, Odwołujący

w uzasadnieniu odwołania podniósł następujące okoliczności. Wskazał na dyspozycję art. 8 ust 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że, aby określona informacja uzyskała status tajemnicy przedsiębiorstwa musi spełniać łącznie trzy warunki:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Podkreślił, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie w sytuacji, gdy spełnia łącznie powyższe wskazane przesłanki oraz jeśli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert, złożył oświadczenie o jej zastrzeżeniu, zaś sferą tajemnicy można tym samym objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Wskazał, że obszar tajemnicy przedsiębiorstwa nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć, a w szczególności nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czyli zostały ujawnione do wiadomości publicznej). Na poparcie swoich twierdzeń wskazał na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 lutego 2012 r. (sygn. akt I ACa 968/11) oraz z dnia 24 listopada 2010 r. (sygn. akt I ACa 887/10). Podkreślił, że ON TRAFFIC zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określonej w formularzu ofertowym. Zamawiający nie odtajnił ww. wyjaśnień. Wskazał, że gdyby uznać, że wyjaśnienia wykonawcy zawierają szczegółową analizę poszczególnych elementów cenotwórczych mających wykazać, że zaoferowana cena jest rzetelna, Zamawiający mógłby pokusić się o rozważenie zaniechania odtajnienia, natomiast w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia odnosiłyby się przede wszystkim do cen stosowanych u innych przedsiębiorców Zamawiający winien odtajnić taki dokument, skoro wiedzę na temat cen rynkowych można uzyskać w zwykłej formie. Jego zdaniem informacja ta nie spełnia ww. wymaganych cech jakie ustawa przewiduje dla informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż przede wszystkim szczegółowe informacje w zakresie cen stosowanych przez inne podmioty działające na rynku usług są ujawnione do publicznej wiadomości, co pozbawia je w ten sposób waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i informacje te są podane do wiadomości publicznej w taki sposób, że każdy uczestnik rynku w toku zwykłych i dozwolonych prawem czynności może powziąć informacje o cenach stosowanych w danym sektorze. Powyższe argumenty świadczące o braku przesłanek zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jego zdaniem - potwierdza orzecznictwo KIO (wyrok KIO w sprawie KIO 1955/12; KIO 1956/12; KIO 1961/12, wyrok KIO

w sprawie KIO 1457/12 oraz wyrok KIO w sprawie KIO 59/12). W ocenie Odwołującego zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy ON TRAFFIC dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określonej w formularzu ofertowym stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Swoje stanowisko Odwołujący zasadniczo podtrzymał w toku rozprawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie też w toku rozprawy nie potrzywał zarzutu odnoszącego się do wykonawcy TOWING co do niespełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy (polisa) i podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Wniósł też jako dowody w sprawie sporządzoną przez siebie kalkulację ustalenia ceny, tj. za holowanie jednego pojazdu samodzielnie przez wykonawcę, jak i przy użyciu podwykonawców, załączając do niej dowody w postaci ofert z internetu, własnych wyliczeń i oświadczeń firm, zajmujących się realizacją wskazanych usług - na okoliczność wykazania, że zaproponowana cena za holowanie pojazdów, jest ceną odbiegającą od cen rynkowych i kosztów, które trzeba ponieść w związku z realizacją niniejszego zamówienia.

Zamawiający w dniu rozprawy złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 11 września 2014 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania. Do swojej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył kilka ofert (wydruków) z internetu dla wykazania funkcjonujących na rynku cen za holowanie pojazdu.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Przystępujący ON TRAFFIC w swoim zgłoszeniu przystąpienia, jak i w toku rozprawy popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący TOWING w swoim zgłoszeniu poparł w całości stanowisko Odwołującego co do zarzutów odnoszących się do oferty ON TRAFFIC, wnosząc o uwzględnienie odwołania w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również dowody złożone przez Odwołującego i Zamawiającego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone przez niego czynności i zaniechania Zamawiającego odnoszące się do oferty ON TRAFFIC uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w pierwszej części zamówienia oraz oferty TOWING, który to wykonawca we wskazanej części zamówienia złożył ofertę z ceną identyczną jak cena Odwołującego, bezpośrednio pozbawiały Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia we wskazanej części zamówienia, w której także złożył swoją ofertę. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również skuteczność obydwu zgłoszeń przystąpień dokonanych w przedmiotowej sprawie tak po stronie Zamawiającego (ON TRAFFIC), jak i po stronie Odwołującego (TOWING), uznając, że wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały przez wskazanych wykonawców wypełnione.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że jest ono niezasadne.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przez Zamawiającego przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 30 maja 2014 r. Zamówienie zostało podzielone na dwa zadania z możliwością składania ofert częściowych, zaś złożone odwołanie dotyczy części I zamówienia.

Zamawiający w SIWZ, w pkt 7, dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego potencjału technicznego (pkt 7.3.1 SIWZ) i warunku dotyczącego potencjału finansowego i ekonomicznego w zakresie polisy od odpowiedzialności cywilnej (pkt 7.3.2.2 SIWZ).

W pkt 12 SIWZ Zamawiający dokonał opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej. We wskazanym punkcie SIWZ, jak i formularzu ofertowym, wymagał podania odrębnie ceny jednostkowej za usunięcie pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie w trybie art. 130a oraz ceny jednostkowej za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu o d.m.c. do 3500 kg włącznie usuniętego w trybie art. 130a, jak i ceny całkowitej brutto wynikającej z sumowania obydwu wartości cen jednostkowych przemnożonych przez przewidywane średnie miesięczne ilości pojazdów do usunięcia (cena jednostkowa za usuwanie pojazdu) lub ilości dób przechowania pojazdu (cena jednostkowa za przechowanie pojazdu) i ilość miesięcy obowiązywania umowy.

W pkt 16 SIWZ Zamawiający przewidział jedyne – cenowe – kryterium oceny ofert, w ramach którego ocenie podlegała cena ofertowa łączna brutto za realizację całości zamówienia (każdej z części zamówienia).

Zamawiający w protokole z postępowania (pkt 2.2 DRUK ZP-PN) ustalił łączną wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 24 608 902,04 zł netto. Jednocześnie też Zamawiający ustalił odrębnie tę wartość dla części I zamówienia (18 921 584,07 zł netto) i dla części II zamówienia (5 687 317,98 zł netto). Zamawiający wskazał tam również, że wartość zamówień uzupełniających, które przewidział dla niniejszego zamówienia, wynosi łącznie: 8 202 967,35 zł netto. W oparciu o wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w toku rozprawy Izba ustaliła też, że wartość przewidywanych zamówień uzupełniających dla części I zamówienia wynosiła: 12 641 389,38 zł netto oraz, że dla wartości stawki podatku VAT dla usług objętych zakresem niniejszego zamówienia wynosi: 23%.

W oparciu o pkt 8 protokołu z postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę na sfinansowanie niniejszego zamówienia: 25 300 000,00 zł brutto łącznie, w tym: 20 240 000,00 zł dla części I zamówienia i 5 060 000,00 zł brutto dla części II zamówienia.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 15 lipca 2014 r., do Zamawiającego w zakresie części I zamówienia wpłynęły 4 oferty:

1. ON TRAFFIC z ceną: 10 978 200,00 zł brutto;
2. TOWING z ceną: 14 684 400,00 zł;

3. Konsorcjum firm: KLON – R Sp. z o.o. i APT Piotr Niedzielski z ceną: 11 744 244,00 zł brutto;
4. Odwołującego z ceną: 14 684 400,00 zł brutto.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2014 r. wystąpił do wykonawcy ON TARFFIC w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o udzielenie wyjaśnień co do elementów mających wpływ na wycenę ceny ofertowej tego wykonawcy. W piśmie z dnia 12 sierpnia 2014 r. ON TRAFFIC udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień, zastrzegając wobec nich tajemnicę przedsiębiorstwa.

W piśmie z dnia 25 sierpnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do ON TRAFFIC o udzielenie wyjaśnień co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. ON TRAFFIC w piśmie z dnia 25 sierpnia 2014 r. udzielił stosownych wyjaśnień.

W postępowaniu tym w zakresie części I zamówienia ocenie merytorycznej podlegały trzy oferty, gdyż oferta wskazanego Konsorcjum firm została uznana za odrzuconą w wyniku wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie z postępowania.

W wyniku oceny ofert w części I zamówienia jako najkorzystniejsza została uznana oferta ON TRAFFIC. O wynikach oceny ofert Zamawiający poinformował wykonawców w piśmie z dnia 20 sierpnia 2014 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie ON TRAFFIC, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że podstawą oceny, czy cena nie jest rażąco niska, jest jej porównanie do wartości przedmiotu zamówienia, czyli wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania z należytą starannością, stosownie do regulacji zawartych w art. 32 i następne ustawy Pzp. Abyśmy mogli mówić o rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, do czego odwołuje się art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazaną wartość szacunkową przedmiotu zamówienia należy powiększyć o wartość podatku VAT oraz ewentualnie zmniejszyć o wartość planowanych zamówień uzupełniających, które nie mogą stanowić wymiernej wartości porównywalnej wartości przedmiotu zamówienia w stosunku do badanych ofert, bowiem nie wchodzi w zakres zamówienia podstawowego (nie będą realizowane w ramach umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko będą stanowiły przedmiot odrębnego zamówienia, udzielonego w odrębnej procedurze). Tym samym nieuzasadnione jest dokonane przez Odwołującego porównanie wartości oferty

ON TRAFFIC w kontekście ceny rażąco niskiej do wartości części I zamówienia na poziomie: 18 921 584,07 zł – jest to bowiem wartość szacunkowa netto części I zamówienia łącznie z wartością zamówień uzupełniających, ale bez wartości podatku od towarów i usług. Nieuzasadnione jest również porównanie przez Odwołującego wartości oferty ON TRAFFIC do kwoty, jaką Zamawiający podał w niniejszym postępowaniu na otwarciu ofert na sfinansowanie zamówienia, w tym części I zamówienia (20 240 000,00 zł brutto). Kwota podawana przez Zamawiającego na otwarciu ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp - stanowi jedynie określenie przez niego konkretnych środków finansowych, jakie ten podmiot posiada na sfinansowanie w danym momencie konkretnego zamówienia. Kwota ta ma stanowić zabezpieczenie wykonawców przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania przez zamawiającego z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta nie musi stanowić wprost odzwierciedlenia szacunku wartości przedmiotu zamówienia dokonywanego przed wszczęciem postępowania zgodnie z regułami określonymi w art. 32 i następne ustawy Pzp.

Jak ustalono powyżej, wartość szacunkowa ustalona przez Zamawiającego odrębnie dla I części zamówienia, bez wartości zamówień uzupełniających, to wartość: 12 641 389,38 zł netto. Powiększenie tej wartości o wartość podatku VAT daje łączną kwotę wartości przedmiotu zamówienia, którą objęta jest część I zamówienia na poziomie: 15 548 908,94 zł brutto. W sytuacji, gdy oferta ON TRAFFIC w zakresie I części zamówienia opiewała na kwotę: 10 978 200,00 zł brutto zasadnym - w ocenie Izby - było wystąpienie przez Zamawiającego z żądaniem do wskazanego wykonawcy udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie jednak od powyższego słusznym także wydają się twierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie o ustaleniu przez niego wartości zamówienia na nieco zawyżonym poziomie, uwzględniając w tym zakresie dotychczas realizowane na rzecz Zamawiającego usługi tego typu, przy ograniczonej konkurencji. Niezależnie jednak od powyższego, także odnosząc wartość oferty ON TRAFFIC do innych ofert złożonych w postępowaniu uwidacznia się tutaj znacząca różnica wyceny dokonanej przez ON TRAFFIC nie tylko w stosunku do szacunku Zamawiającego, ale i wartości innych ofert. Tym samym skierowanie wezwania przez Zamawiającego do wskazanego wykonawcy w oparciu o przepis art. 90 st. 1 ustawy Pzp było – zdaniem Izby - uzasadnione.

Izba, dokonując oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę ON TRAFFIC, uznała, że uzasadniają one stwierdzoną rozbieżność pomiędzy ustaloną przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wartością przedmiotu zamówienia, a wyceną ofertową dokonaną przez tego wykonawcę. W tym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił stawianego w tym zakresie Zamawiającemu zarzutu. Wykazywanie przez



niego jedynie różnic procentowych w wycenie ofertowej ON TRAFFIC w stosunku do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w ogóle nie ma żadnego znaczenia dla uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną ofertową, bowiem przywołana wartość – jak wskazano powyżej – nie stanowi obiektywnego odniesienia do wyceny przedmiotu zamówienia. Także wykazywane przez Odwołującego odniesienie do wyceny ofertowej drugiego z wykonawców nie może być uznane za przeważający argument o rażąco niskiej cenie w ofercie wykonawcy. Różnice procentowe w wycenach ofertowych dokonywanych przez poszczególnych wykonawców składających oferty w konkretnym postępowaniu, zgodnie z orzecznictwem ETS UE, same w sobie nie mogą mieć znaczenia dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska. Powyższe należy odnosić do stosunków danego rodzaju – konkretnego rodzaju dostaw, usług czy robót budowlanych i ich wyceny ukształtowanej przez rynek, który w danych okolicznościach faktycznych, w danym czasie kształtuje ich właściwy poziom wartościowy. Takiej analizy Odwołujący w odniesieniu do stawianego zarzutu nie przeprowadził.

Podkreślenia wymaga, że stawiany przez Odwołującego zarzut opiera się zasadniczo na stanowisku, iż wykonawca ON TRAFFIC w sposób znaczący dokonał zniżenia ceny jednostkowej za usługę usuwania pojazdu, wyceniając ją na poziomie 115 zł. Odwołujący wskazywał w tym zakresie, że dotychczasowa cena wykonawcy, który aktualnie świadczy taką usługę (usługę usuwania pojazdu) to kwota: 292,74 zł, zaś za przechowywanie pojazdu dotychczasowa kwota to: 19,74 zł. Odwołujący wskazywał, że cena za usuwanie pojazdu w tym przypadku spadła prawie trzykrotnie, zaś cena za przechowywanie pojazdu zwiększyła się prawie dwukrotnie. Odwołujący, stawiając takie tezy, kwestionuje de facto cenę jednostkową w ofercie ON TRAFFIC, zaś w przypadku ustalenia, że w danym postępowaniu mamy do czynienia z rażąco niską ceną koniecznym jest wykazanie nierealności wyceny całkowitej oferty.

Odnosząc się jednakowoż do argumentów Odwołującego o zniżeniu ceny jednostkowej w ofercie ON TRAFFIC za usuwanie pojazdów i przedłożonych w tym zakresie dowodów w postaci sporządzonej przez Odwołującego szczegółowej wyceny oferty ON TRAFFIC przy wykonywaniu usługi usuwania pojazdów przy użyciu podwykonawców, jak i bez nich, łącznie z oświadczeniami i ofertami firm podwykonawczych, które pozyskał Odwołujący, jak i wydrukami ze stron internetowych co do funkcjonujących na rynku cen jednostkowych za usuwanie pojazdów, Izba stwierdziła, że powyższe – w szczególności w kontekście udzielonych Zamawiającemu przez ON TRAFFIC wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – nie potwierdza, że w ofercie ON TRAFFIC mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzić należy, że Odwołujący przedstawia jako dowód w sprawie i powołuje się na poparcie wskazanego zarzutu odwołania zasadniczo jedynie na własne wyliczenia

i kalkulacje sporządzone w oparciu o dostępne Odwołującemu oferty konkretnych firm oraz własną ocenę sytuacji. Podkreślenia wymaga, że oferty, na które powołuje się w swoich wyliczeniach Odwołujący wskazują na możliwości konkretnego – wybranego przez Odwołującego – podwykonawcy i świadczenia przez niego usługi na rzecz Odwołującego, a nie na rzecz wykonawcy ON TRAFFIC. Powyższe nie było przekonujące dla Izby dla uznania, że we wskazanym przypadku mamy do czynienia z rażąco niską ceną w ofercie ON TRAFFIC. Izba, nie ujawniając treści udzielonych przez ON TRAFFIC wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, które – zdaniem Izby – prawidłowo zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazuje jedynie, że wykazane w tych wyjaśnieniach zależności i współpraca tego właśnie wykonawcy świadczącego usługi na rynku w dłuższej perspektywie czasowej, a więc i z określonym doświadczeniem, z konkretnymi podmiotami, w ocenie Izby, wskazują na inne, indywidualne podejście do tego konkretnego klienta przez te firmy podwykonawcze. Wskazać ponadto należy, że przykładowo w oświadczeniu firmy TOWING załączonym jako dowód przez Odwołującego wskazuje się, że podstawę wyceny tego podwykonawcy stanowi okres 2000-2011, kiedy to – jak wynikało z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego, którym nie zaprzeczył Odwołujący - na rynku tego rodzaju usług świadczonych na terenie Miasta Stołecznego Warszawy funkcjonowały bardzo wysokie stawki za świadczenie tego rodzaju usług z racji „naturalnego duopolu” wykonawców świadczących wskazane usługi na terenie Warszawy lewobrzeżnej i prawobrzeżnej. Przyjęcie zatem zawyżonych stawek proponowanych Odwołującemu przez konkretnych podwykonawców w oparciu o ich doświadczenia z lat wcześniejszych, nie są adekwatne do aktualnego stanu rzeczy, tj. rynku tego rodzaju usług ukształtowanego aktualnie w sposób konkurencyjny.

Izba nie uwzględniła także argumentu Odwołującego o braku realności stawki jednostkowej za usuwanie pojazdu przez ON TRAFFIC na poziomie: 115 zł brutto. Dowody przedłożone w tym zakresie przez Odwołującego nie są - zdaniem Izby - wiarygodne. Odwołujący powoływał się na oferty internetowe, wskazując w tym zakresie na różne stawki funkcjonujące na rynku, także na stawki poniżej wartości 115 zł (np. 99 zł, czy 100 zł). Powoływał się on także na stawki 120 zł, wskazując, że są to stawki minimalne, ale również stawki netto. Izba, dokonując oceny tych dowodów, uwzględniając w tym zakresie także wydruki ze stron internetowych podobnych ofert przedłożone przez Zamawiającego, uznała, że wskazane oferty handlowe nie są adekwatne do niniejszego przedmiotu zamówienia. Wskazane oferty kierowane są bowiem do indywidualnych klientów, którzy potrzebują usług holowniczych w miarę ich indywidualnych potrzeb, sprowadzających się do odholowania pojedynczego pojazdu. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z zupełnie inną sytuacją. Przedmiotem

zamówienia jest usługa o skomasowanym charakterze, w ramach której możliwym jest osiągnięcie pewnego efektu skali. W takiej sytuacji zasadniczo inna będzie wycena stawki jednostkowej (holowania jednego pojazdu) w ramach zapewnionej znacznej ilości tego rodzaju usług w określonym czasie, ich stałości, powtarzalności i pewnej systematyczności, niż mielibyśmy do czynienia z wyceną pojedynczej, nieprzewidywalnej z góry usługi holowania jednego pojazdu. Z tych też względów – zdaniem Izby – nie mają znaczenia wywody Odwołującego o tym, czy funkcjonująca w ramach tych internetowych ofert stawka 120 zł za holowanie jednego pojazdu jest stawką brutto, czy netto i, że owa stawka może stanowić punkt wyjścia do wyceny tej ceny jednostkowej w ofercie ON TRAFFIC, a tym samym, iż stawka 115 zł nie jest realna. Izba, wskazując, że wydruki z internetu same w sobie nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu na potwierdzenie się zarzutu odwołania, uznała, że w tym przypadku dodatkowo, ze względu na charakter przedmiotu zamówienia, niniejsze postępowanie pozwalało wykonawcom na zindywidualizowany sposób wyceny usług holowania pojazdu. W przypadku zaś wykonawcy ON TRAFFIC, uwzględniając przede wszystkim treść złożonych przez niego wyjaśnień, istotne znaczenie miało w tym przypadku zbilansowanie poczynionych nakładów na relację przedmiotu zamówienia oraz szczególnie korzystna dla tego wykonawcy sytuacja związana ze świadczeniem wskazanych usług.

Uwzględniając powyższe – zdaniem Izby - nie potwierdził się zarzut odwołania dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie ON TRAFFIC.

W tym kontekście także nie potwierdziły się – zdaniem Izby – zarzuty czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz niezgodności treści oferty ON TRAFFIC z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

W tym zakresie należy podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby na zasadność obydwu zarzutów.

W kwestii zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie ON TRAFFIC Odwołujący wskazywał na dwie okoliczności. Pierwsza kwestia to przeniesienie przez wskazanego wykonawcę rzeczywistych kosztów pomiędzy dwoma usługami wchodzącymi w zakres przedmiotu zamówienia (usługa usuwania i usługa przechowywania pojazdów), co – jego zdaniem - naruszało interesy innych przedsiębiorców, tj. popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nieskodyfikowanego w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z otwartym katalogiem tych czynów określonym w art. 3 ust. 1 wskazanej ustawy. Druga kwestia to złożenie przez wykonawcę ON TRAFFIC oferty z rażąco niską ceną, oferty, w której zaoferowano sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, tj. popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby żadna z przywołanych okoliczności nie

znalazła potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym i Odwołujący żadnej z tych okoliczności nie wykazał. Przywołany zarzut opiera się jedynie na twierdzeniach zawartych w odwołaniu o dokonaniu przez ON TRAFFIC przesunięć w wycenie obydwu usług objętych przedmiotem zamówienia bez próby nawet jakiegokolwiek wykazania, że mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem przepisów prawa, czy też dobrych obyczajów, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Powyższe jest konieczne do wykazania, że w danym, konkretnym przypadku mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Również twierdzenia Odwołującego, że wycena usługi objętej przedmiotem zamówienia stanowiła sprzedaż poniżej kosztów ich wytworzenia nie została poparta żadnymi dowodami. Zarzut popełnienia przez ON TRAFFIC czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący opierał wyłącznie na twierdzeniu, że ON TRAFFIC zaferował rażąco niską cenę. Uwzględniając powyższe zarzut ten nie potwierdził się, w szczególności wobec nie potwierdzenia się zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wskazanego wykonawcy, o czym mowa powyżej.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty ON TRAFFIC z treścią SIWZ zarzut ten również nie został udowodniony przez Odwołującego. Odwołujący niezgodność treści oferty wskazanego wykonawcy z treścią SIWZ wywodzi z postanowień SIWZ odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia określonych w pkt 12 SIWZ, w szczególności powołuje się on na pkt 12.4 SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał od wykonawców, aby oferowane przez nich ceny jednostkowe (za usunięcie pojazdu i za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu) obejmowały wszystkie koszty (w tym również bezpośrednie i pośrednie koszty towarzyszące wykonaniu prac) i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, w tym z opisem przedmiotu zamówienia i projektem umowy. Izba ustaliła, że SIWZ wymagała podania odrębnie wskazanych cen jednostkowych w formularzu ofertowym, jak i wskazania odrębnie ceny całkowitej brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia, która – zgodnie z pkt 16 SIWZ - podlegała ocenie w ramach ustalonego w postępowaniu jedyne kryterium oceny ofert, tj. kryterium ceny. Zdaniem Izby postanowienia SIWZ nie zawierały jakiś szczególnych postanowień, które wymagałyby od wykonawców skrupulatnego oszacowania, odrębnie, wszystkich kosztów związanych z realizacją obydwu usług objętych przedmiotem zamówienia w sposób rozdzielny. Przywoływane postanowienia SIWZ (pkt 12 SIWZ) wskazywały na konieczność objęcia w ramach cen jednostkowych wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Zapisy te nie wskazują na zakaz dokonywania jakichkolwiek przesunięć w dokonywanej wycenie pomiędzy dwoma usługami wchodzącymi w zakres

przedmiotu zamówienia. Naturalnym jest, że niektóre koszty wynikające z realizacji całego zamówienia będą ściśle związane ze świadczeniem jednej, konkretnej usługi, inne zaś koszty ogólne mogą dotyczyć obydwu usług i rolą wykonawcy w tym przypadku – wobec braku odrębnych postanowień SIWZ w tym zakresie – jest wycena tych kosztów wedle własnej oceny tego wykonawcy. Odwołujący także wskazywał, że ON TRAFFIC nie dokonał wyceny kosztów biura i dyspozytorni w ramach ceny jednostkowej za usunięcie pojazdu. Powyższe twierdzenie Odwołującego nie zostało w żaden sposób wykazane, a ponadto – jak wskazano wcześniej – postanowienia SIWZ nie wymagały ścisłego, odrębnego skalkulowania wszystkich kosztów świadczenia usługi usuwania pojazdu od kosztów przechowywania pojazdu.

Tym samym zatem zarzut niezgodności treści oferty ON TRAFFIC z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Co do zarzutu niespełniania przez wykonawcę TOWING warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego i podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji przez tego wykonawcę Izba uznała te zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający wskazany warunek udziału w postępowaniu opisał w pkt 7.3.1 ppkt 1) SIWZ, wskazując tam, iż wykonawca musi wykazać, że dysponuje następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi, tj. wymagane jest, aby wykonawca posiadał lub dysponował parkingami do przechowywania pojazdów, dla każdej z wymienionych w pkt 2 poniżej kategorii pojazdów, spełniającymi następujące warunki:

a) dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym parkingi:

- mają być umiejscowione w granicach m.st. Warszawy, w tej jego części, której dotyczy oferta,
- mają posiadać powierzchnię łączną umożliwiającą jednorazowe przechowywanie min. 150 pojazdów,
- mają posiadać utwardzoną, lub w inny sposób zabezpieczoną przed zaleganiem wody i błota nawierzchnię,
- mają być chronione (ochrona fizyczna) całodobowo,
- mają posiadać ogólnodostępną toaletę;
- mają posiadać ogrodzenie, oświetlenie i oznakowanie posesji,

b) dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym parkingi:

- mają być umiejscowione w granicach m. st. Warszawy lub gmin sąsiadujących,

- mają posiadać powierzchnię łączną umożliwiającą jednorazowe przechowywanie min. 300 pojazdów,
- mają być chronione (ochrona fizyczna) całodobowo,
- mają posiadać ogólnodostępną toaletę,
- mają posiadać ogrodzenie, oświetlenie i oznakowanie posesji.

Wykonawca TOWING w swojej ofercie przedstawił wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, z którego wynika, że dysponuje parkingiem dla 150 miejsc, 120 miejsc, 80 miejsc, 70 miejsc, 80 miejsc, łącznie 500 miejsc oraz parkingiem dla 150 miejsc, 500 miejsc, tj. łącznie 650 miejsc.

Powyższe ustalenia nie były sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Zdaniem Odwołującego wykonawca TOWING nie spełnia wskazanego warunku udziału w postępowaniu i podał w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Odwołujący skupił się tutaj w swoim odwołaniu na ilości miejsc parkingowych, którymi należało się wykazać w ramach tego warunku, nie przedstawiając żadnej dodatkowej argumentacji ani dowodów potwierdzających zasadność stawianych Zamawiającemu zarzutów. W związku z powyższym, zdaniem Izby, powyższy zarzut należało uznać za oczywiście niezasadny. Wykonawca TOWING wykazał w swojej ofercie – jak zresztą wskazywał sam Odwołujący – łącznie 650 miejsc parkingowych, podczas gdy z opisu wskazanego warunku dysponowania potencjałem technicznym należało wykazać się łączną ilością miejsc parkingowych w liczbie: 450.

Tym samym wskazany warunek udziału w postępowaniu został wypełniony zaś Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które przeczyłyby wypełnieniu tego warunku przez TOWING, a tym bardziej podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania.

Izba nie rozpoznawała zarzutu niespełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę TOWING co do potencjału ekonomicznego i podania w tym zakresie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji z racji niepodtrzymywania tych zarzutów przez Odwołującego w toku rozprawy.

Co do zarzutu zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, udzielonych przez ON TRAFFIC Zamawiającemu i zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

Izba dokonała analizy treści wyjaśnień ON TRAFFIC złożonych Zamawiającemu w piśmie z dnia 12 sierpnia 2014 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznała, że zasadne

jest w tym zakresie dokonane przez tego wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający działając w zgodzie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadził właściwe badanie skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę ON TRAFFIC tajemnicy przedsiębiorstwa poprzez ocenę udzielonych przez ON TRAFFIC wyjaśnień z dnia 12 sierpnia 2014 r. Wskazane badanie zostało przeprowadzone także poprzez wezwanie wykonawcy ON TRAFFIC do złożenia na piśmie wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień tego wykonawcy udzielonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie w piśmie z dnia 25 sierpnia 2014 r. Zamawiający uzyskał od wykonawcy ON TRAFFIC stosowne uzasadnienie.

W drugiej kolejności, odnosząc się do właściwego zarzutu podniesionego w tym zakresie, Izba stwierdziła, że złożone przez ON TRAFFIC w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia zawierają informacje, które mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i które wskazują na określoną wartość gospodarczą tego przedsiębiorcy. Informacje o określonym, ograniczonym kręgu kontrahentów, z którymi wykonawca podjął współpracę gwarantującą mu uzyskanie korzystnych warunków realizacji specyficznego rodzaju usług na rynku, zleczanych przez podmiot publiczny, liczonych w efekcie skali zamówienia, stanowią istotną wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, która pozwala ON TRAFFIC na kształtowanie swojej konkurencyjnej pozycji na rynku tego rodzaju usług. Niewiarygodne są też twierdzenia Odwołującego jakoby informacje prezentowane w wyjaśnieniach ON TRAFFIC zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Oferty handlowe skierowane do konkretnego podmiotu gospodarczego (ON TRAFFIC) w związku z realizacją konkretnego zamówienia nie stanowią informacji powszechnie dostępnych, które można uzyskać w zwykłej formie. Nie są to informacje o cenniku usług holowania pojazdów, jaki obowiązuje u danego podwykonawcy, czy podwykonawców ON TRAFFIC, choćby poprzez zamieszczenie oferty handlowej w internecie. Powyższe stanowi efekt współpracy tych podmiotów z ON TRAFFIC w związku z relacją konkretnego zamówienia publicznego. Informacje te także zostały zabezpieczone przez wykonawcę w odpowiedni sposób, z jednej strony poprzez złożenie stosownego oświadczenia o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ON TRAFFIC, z drugiej zaś strony, poprzez ograniczenie kręgu osób znających szczegóły prowadzenia działalności i informacji o warunkach współpracy z kontrahentami oraz zastosowanie fizycznych środków ochrony w siedzibie, w której przechowywana jest dokumentacja zawierająca zastrzeżone informacje. Powyższe okoliczności w sposób bezspreczny potwierdzają wypełnienie wszystkich trzech przesłanek warunkujących, że określone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa, na które wskazuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do którego z kolei odwołuje się art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w swojej dyspozycji.

Zgodzić należało się z twierdzeniami Odwołującego podnoszonymi w toku rozprawy, iż z pewnością nie wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach ON TRAFFIC z dnia 12 sierpnia 2014 r. stanowią w sposób obiektywny tajemnicę przedsiębiorstwa. Takiej informacji z pewnością nie stanowią oczywiste stwierdzenia zawarte we wskazanych wyjaśnieniach o wartości oferty ON TRAFFIC złożonej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też choćby teoretyczne dywagacje na temat pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Informacje te jednak są tak sformułowane, że nie sposób ich wydzielić z jednej całości jaką stanowi treść wyjaśnień wykonawcy ON TRAFFIC, które w całości zawierają elementy prawnie chronionej tajemnicy przedsiębiorstwa, na które wskazują przywołane powyżej elementy tej tajemnicy. Wyjaśnienia te więc jako jedna spójna całość nie podlegają – zdaniem Izby – ujawnieniu. Żądanie Odwołującego ujawnienia części wyjaśnień, które nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wymagałoby od Zamawiającego daleko idącej ingerencji w treść tych wyjaśnień i de facto takiego ich przeformułowania, które tworzyłoby nową jakość i nową treść tych wyjaśnień, co byłoby niedopuszczalną ingerencją Zamawiającego w treść tych wyjaśnień. Ponadto podkreślenia wymaga okoliczność, iż informacje zawarte w treści udzielonych przez ON TRAFFIC wyjaśnień z dnia 12 sierpnia 2014 r., które de facto nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, nie miały – zdaniem Izby – żadnego znaczenia dla merytorycznej oceny udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznania przez Zamawiającego, że oferta ON TRAFFIC nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Tym samym zatem wskazany zarzut odwołania nie potwierdził się.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.



Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie rachunku przedłożonego przez niego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy w kwocie 3 600 zł.

**Przewodniczący:** .....