

Sygn. akt: KIO 2309/19

WYROK
z dnia 29 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **EMTEST a.s. z siedzibą w Zilina** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2309/19 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** oraz **R&G Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2309/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **EMTEST a.s. z siedzibą w Zilina** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **EMTEST a.s. z siedzibą w Zilina** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **EMTEST a.s. z siedzibą w Zilina** na rzecz Zamawiającego - **Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie, dostawę, konfigurację i wdrożenie systemu biletu elektronicznego komunikacji aglomeracyjnej wraz z usługą wsparcia przez okres 48 miesięcy* (znak postępowania: DZ.381.UE-1/19).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 047 – 108844.

W dniu 14 listopada 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EMTEST a.s. z siedzibą w Zilina [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz R&G Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu [dalej „Konsorcjum Mera”] wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Mera, który to wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełnienia warunku udziału odnoszącego się do zdolności technicznej;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy Konsorcjum Mera, pomimo że wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, pomimo iż złożenie oferty przez Konsorcjum Mera stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm. - dalej: „uznk”) wypełniający znamiona czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaoferowanie ceny rażąco niskiej (tj. ceny poniżej faktycznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia) w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
7. w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i 2 – naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mera do przedłożenia dokumentów

potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Mera;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Mera i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Mera oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
3. przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu oraz dokumentów przedłożonych na rozprawie;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołali brzmienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej – pkt 5.5.2.3 i 5.5.2.4 SIWZ. Odwołujący wskazali, że Konsorcjum Mera w celu spełnienia powyższego warunku posłużyło się zasobem podmiotu trzeciego, tj. czeskiej spółki Master IT Technologies a.s. Master IT Technologies a.s., jak wynika z dokumentacji postępowania oraz wiedzy Odwołującego realizował w ramach stosunku podwykonawstwa, który łączył go z T-Mobile Czech Republic a.s. zadanie inwestycyjne w ramach projektu pn. „Wdrożenie platformy komunikacyjnej i transportowej” na rzecz zamawiającego Dopravní Podnik Ostrava a.s. [dalej „DPO”]. Jednocześnie Master IT Technologies a.s. działał w ww. projekcie wyłącznie jako jeden z wielu podwykonawców T-Mobile Czech Republic a.s., i według wiedzy Odwołującego faktyczny zakres jego realizacji wobec całego przedmiotu zamówienia wdrożonego przez T-Mobile Czech Republic dla Dopravní Podnik Ostrava a.s. nie mógł się pokrywać z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Według wiedzy Odwołującego tego typu rozwiązania wymagają zastosowania różnych technologii i rzadko są realizowane przez jeden podmiot. Zazwyczaj wykonawca, w tym przypadku T-Mobile korzysta z różnych platform oferowanych przez wąsko wyspecjalizowanych dostawców. Jak wskazali Odwołujący z publicznie dostępnych informacji dotyczących postępowania prowadzonego w ramach projektu pn. „Wdrożenie platformy komunikacyjnej i transportowej” na rzecz DPO, które jest podstawą doświadczenia podmiotu trzeciego, na które Konsorcjum Mera się powołuje, nie wynika, aby przedmiot zamówienia obejmował realizację funkcjonalności wnoszenia opłat za pomocą płatności dostępnych dla urządzeń mobilnych.

Ponadto Odwołujący wskazali, iż stosownie do warunku, o którym mowa w pkt 5.5.2.3 SIWZ do przedmiotowego postępowania Zamawiający wymagał również doświadczenia w zakresie udostępnienia aplikacji do użytkowania dla klientów za pośrednictwem marketów w tzw. marketach udostępniających aplikacje dla urządzeń mobilnych pracujących pod kontrolą przynajmniej 2 systemów operacyjnych: IOS, Android. W tym zakresie Konsorcjum Mera również wykorzystało doświadczenie podmiotu trzeciego, jednakże faktyczna weryfikacja aplikacji stworzonej w ramach projektu dla DPO wskazuje, że podmiotem udostępniającym jest DPO (Dopravní podnik Ostrava), a nie Master IT Technologies, co wprost wynika z informacji zawartych w Internecie w informacjach o aplikacji <https://play.google.com/store/apps/details?id=cz.dpo.app>. Zdaniem Odwołujących, oznacza to, że Master IT Technologies a.s. nie wdrożył w sposób wymagany przez Zamawiającego aplikacji, co umożliwiłoby zdobycie doświadczenia, którym obecnie posługuje się Konsorcjum Mera. Tym samym należy uznać, że Konsorcjum Mera nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Mera z postępowania narusza art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Kolejno Odwołujący wskazali, iż powyższe oznacza, że nie wszystkie podane przez Konsorcjum Mera informacje w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej są informacjami prawdziwymi. Wbrew temu co wskazało Konsorcjum Mera zakres zamówienia pn. „Wdrożenie platformy komunikacyjnej i transportowej” na rzecz zamawiającego DPO nie obejmował realizacji funkcjonalności wnoszenia opłat za pomocą płatności dostępnych dla urządzeń mobilnych. Tym samym zachowanie Konsorcjum Mera należy oceniać w kategorii uchybienia skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Obowiązkiem wykonawcy było zweryfikowanie podanych przez niego informacji, zwłaszcza jeżeli odnosi się do informacji mających istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania. Nawet jeżeli nie było to zachowanie świadome, to z całą pewnością kwalifikuje się ono pod „niedbalstwo” lub „lekkomyślność”, czyli sytuację, w której wykonawca nie zweryfikował w sposób dostateczny informacji przekazanych mu przez inny podmiot. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przywołali wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 382/17 oraz wyrok KIO z dnia 5 września 2018 r. sygn. akt: KIO 1405/18, KIO 1407/18.

Odwołujący wskazali, że konsekwencją powyższego jest naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wybrał bowiem ofertę wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania.

Jednocześnie z najdalej posuniętej ostrożności Odwołujący wskazali, że zachowanie Zamawiającego wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mera, należy oceniać również w kategoriach naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Opis doświadczenia podmiotu trzeciego konieczny był bowiem w celu wykazania spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Następnie Odwołujący podnieśli, że złożenie oferty przez wykonawcę Konsorcjum Mera stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji.

Z analizy Załączników nr 7A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia -Wycena poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia złożonych przez Odwołującego oraz Konsorcjum Mera wynika znaczna dysproporcja pomiędzy kosztami wyceny poszczególnych pozycji. Przykładowo Odwołujący wskazali, iż:

- a) Konsorcjum Mera wyceniło pozycję 1 na kwotę 690 000,00 zł, podczas gdy Odwołujący tą samą pozycję wycenił na kwotę 4 427 740,99 zł,
- b) Konsorcjum Mera wyceniło pozycję 2 na 200 000,00 zł, podczas gdy Odwołujący tę samą pozycję wycenił na kwotę 849 720,00 zł,
- c) Konsorcjum Mera wyceniło pozycję 4 na 114 660,00 zł, podczas gdy Odwołujący tę samą pozycję wycenił na kwotę 197 066,34 zł.

Odwołujący wskazali, że analogiczne dysproporcje występują również w przypadku wyceny pozostałych wykonawców. Szczegółowe dysproporcje zostały przez Odwołujących zobrazowane w tabeli zawartej w odwołaniu.

Odwołujący uzasadniali, że powyższe różnice w zakresie wyceny nie dają się racjonalnie uzasadnić kwestiami obiektywnymi, związanymi z kosztami zapewnienia funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego a w szczególności utrzymania powyższych elementów w sprawności na wskazanym w OPZ poziomie w zadeklarowanym przez Konsorcjum Mera okresie gwarancji.

Wskazali, że w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił szczegółowo swoje wymagania odnośnie:

- a) Systemu centralnego składającego się z licznych modułów funkcjonalnych takich jak moduł obsługi Klienta, funkcji dot. realizacji sprzedaży obsługi, reklamacji, moduły rozliczeń, administracyjny oraz analiz i raportów zapewniającego szczegółowe liczne funkcjonalności wskazane w OPZ oraz utrzymania tego systemu w sprawności przez okres gwarancji,
- b) Innowacyjnej oraz unikalnej aplikacji mobilnej zapewniającej funkcjonalności dynamicznej taryfy co wymaga zastosowania nie tylko rozwiązań informatycznych w warstwie aplikacyjnej (mobilnej) ale i również rozbudowanych silników zarządzania taryfą w warstwie systemu centralnego,
- c) Automaty stacjonarne o relatywnie wysokich technicznych wymaganiach, które obligują dostawcę do zastosowania drogich w zakupie oraz w utrzymaniu i konserwacji podzespołów tj. selektory monet, selektory banknotów. Zamawiający również wymaga zapewnienia w okresie gwarancji odpowiednich czasów na usuwanie usterek co wymaga wysoko wykwalifikowanego,
- d) Ponadto, w OPZ Zamawiający wymaga aby wdrożony system był kompatybilny

z elementami infrastruktury sprzętowej i systemowej posiadanej już przez Zamawiającego co niesie za sobą konieczność dodatkowego indywidualnego dostosowania swoich rozwiązań do potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący wskazali, że liczba i stopień skomplikowania wymagań Zamawiającego odpowiada wymaganiom w innych podobnych postępowaniach na rynku.

Zdaniem Odwołujących Konsorcjum Mera w sposób zaniżony skalkulowała koszty oferty jednocześnie deklarując możliwe najdłuższy okres gwarancji, aby zdobyć większą ilość punktów i uzyskać zamówienie. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, konieczność wykonania systemu, a następnie zapewnienia odpowiednich zasobów i narzędzi do utrzymania całości w sprawności w wymaganych w OPZ warunkach, wykonanie w sposób należyty przedmiotu umowy w cenach podanych przez Konsorcjum Mera jest niemożliwe. Działanie konsorcjum Mera ma na celu uzyskanie zamówienia i wynagrodzenia z tytułu dostawy, natomiast późniejsza realizacja zobowiązań gwarancyjnych nie będzie spełniać wymagań jakościowych Zamawiającego. W tym miejscu również warto zaznaczyć, iż podobny schemat postępowania Mera zastosowała w postępowaniu na: Dostawę, instalację i uruchomienie 255 sztuk biletomatów mobilnych wraz z oprogramowaniem i prowadzeniem na dostarczonych urządzeniach usługi sprzedaży biletów w Białymstoku dla BKM Białystok, gdzie Mera złożyła ofertę na dostawę systemu o wartości 21 581 455,55 oraz wskazała koszt utrzymania systemu w sprawności przez 144 miesiąc za kwotę 244,89 zł.

Zgodne z definicją legalną sformułowaną w art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust. 2 uznk oraz przepisy art. 5-17 uznk. Nie mniej każde działanie sprzeczne z normami stanowionymi lub dobrymi obyczajami, rozumianymi jako normy postępowania przedsiębiorców w działalności gospodarczej, nie będącymi jednak normami prawnymi (np. zasady współzycia społecznego), które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy musi podlegać pozytywnej kwalifikacji normatywnej w świetle przepisu art. 3 ust. 1 uznk. W świetle powyższego zarówno stwierdzenie wystąpienia tzw. deliktu nazwanego (art. 5-17 uznk), jak i uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, o której mowa w art. 3 ust. 1 uznk stanowić będzie podstawę dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przywołał wyro KIO z 1 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 195/16 oraz wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 640/11.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazali, iż działanie Konsorcjum Mera polegające na oferowaniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia, zagraża interesowi Zamawiającego, gdyż stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Działanie takie winno podlegać pozytywnej kwalifikacji normatywnej w świetle określonej

w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki odrzucenia oferty. Wyżej przywołane okoliczności przesądzają bowiem, że złożenie oferty przez Konsorcjum Mera stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Dalej, Odwołujący zakwestionowali także wycenę dokonaną przez Konsorcjum Mera prac obejmujących pozycje nr 1, 2 i 4 z Załącznika nr 7A do SIWZ (wskazanych w wycenie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia) tj. system centralny, aplikacja mobilna ZTM i Automat stacjonarny. Sumaryczny koszt ww. zakresu zamówienia wynosi według oferty Konsorcjum Mera ok. 8 851 449,00 zł, co stanowi ok. 57% wyceny całkowitej i czyni jednocześnie cenę zaoferowaną przez Konsorcjum Mera rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący przywołali brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wskazali, że Zamawiający powziął dwukrotne wątpliwości odnośnie zaoferowanych w ofercie Konsorcjum Mera pozycji. Pismem z dnia 24 lipca 2019 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień Konsorcjum Mera dotyczących zaoferowanej w ofercie z dnia 17.07.2019 r. ceny za cały przedmiot zamówienia. Konsorcjum Mera zaoferowało cenę za cały przedmiot zamówienia w wysokości 15 324 324,00 zł brutto, która była niższa o 32,21 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz niższa o 41,56 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 26 224 105,97 zł brutto.

Odwołujący wskazali, iż Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości zrealizowania przez wykonawcę poszczególnych komponentów zamówienia, a tym samym całego przedmiotu zamówienia w zakresie zgodnym z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ i wymaganymi funkcjonalnościami za zaoferowaną cenę. W szczególności Zamawiający miał wątpliwości co do wyceny komponentów: poz. 1 System centralny, poz. 2 Aplikacja mobilna, poz. 3-Portal klienta wraz ze sklepem www, pozycja 4 Automat stacjonarny oraz poz. 7 -Czytnik kontrolerski. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła również kalkulacja ceny dla poszczególnych pozycji (komponentów), o których mowa powyżej w szczególności w zakresie kosztów oprogramowania standardowego, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, koszty licencji, zysk Wykonawcy, koszty gwarancji, koszty materiałów, koszty modyfikacji, koszty utrzymania aplikacji, koszty praw autorskich, a także innych kosztów znanych wykonawcy, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, oryginalności projektu, kosztów pracy, pomocy publicznej.

Konsorcjum Mera udzieliło odpowiedzi Zamawiającemu, jednakże merytoryczna zawartość tej odpowiedzi nie jest znana Odwołującemu z uwagi na zastrzeżenie treści pisma z dnia 1 sierpnia 2019 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przedstawione przez konsorcjum Mera wyjaśnienia okazały się jednak niewystarczające, ponieważ pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. ponownie wezwał Konsorcjum Mera do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących

zaoferowanej ceny. W szczególności Zamawiający dociekał, czy wycena poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia według Załącznika nr 7A do SIWZ uwzględnia koszty opisanego w pkt 4.2.2 ppkt d OPZ, tj. dostarczenie licencji na oprogramowanie Systemu Centralnego i Systemów operacyjnych serwerów umożliwiających Nielimitowany dostęp do Systemu centralnego Operatorom systemu upoważnianym przez Zamawiającego, zastosowanych systemów bazodanowych oraz systemów wirtualizacji, zwłaszcza w przypadku dostępu aplikacyjnego do Systemu Centralnego, a nie przez przeglądarkę internetową. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło między innymi czy wycena poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia wg załącznika nr 7A do SIWZ uwzględnia koszty utworzenia Środowiska testowego spełniającego wymogi OPZ oraz czy kalkulacja na sprzęt- terminale uwzględnia koszty stworzenia aplikacji spełniającej wymogi OPZ. Zamawiający powziął również inne wątpliwości, jednakże z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień Konsorcjum Mera jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołujący nie ma wiedzy o ich rodzaju. Również jednak kolejne wyjaśnienia Konsorcjum Mera zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum Mera zdołało przekonać Zamawiającego, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia przez co Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum Mera. Gdyby jednak Zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert w sposób zgodny z normami PZP, wówczas dokonałby czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Mera. Wyliczenia i argumenty, które zostaną przedstawione poniżej przez Odwołującego jednoznacznie świadczą o tym, że zaoferowana przez Konsorcjum Mera cena jest nierealna.

Jak zostanie dowiedzione przez Odwołującego cena zaoferowana przez Konsorcjum Mera jest nierealistyczna, odbiega istotnie od zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, co czyni ją ceną „nierynkową” i uniemożliwiającą wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, biorąc pod uwagę jego zakres, aby realizować zamówienie.

Analiza zawierająca realne koszty wytworzenia systemu centralnego, aplikacji mobilnej oraz automatów stacjonarnych obejmujących, dostawę sprzętu, wykonanie oprogramowania, koszt niezbędnych licencji, pozostałe usługi niezbędne do należytego wykonania umowy, a także koszty utrzymania narzędzi i zasobów do zapewnienia warunków gwarancji wymaganej przez Zamawiającego zostanie przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Całokształt wyżej podniesionych okoliczności faktycznych i prawnych prowadzi do jednoznacznej konkluzji, iż ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Mera z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wobec zaniechania dokonania tej czynności przez Zamawiającego, oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum Mera jako

najkorzystniejszej, niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione i winno zostać uwzględnione w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 25 listopada 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił stanowisko w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mera wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej oraz z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Mera z uwagi na okoliczność, iż złożenia oferty przez ww. wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji oraz z uwagi na okoliczność, że oferta ww. wykonawcy zawierała rażąco niską cenę Zamawiający wskazał, iż nie można zgodzić się z Odwołującym w zakresie użytego stwierdzenia dotyczącego powziętych wątpliwości przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający działając zgodnie z literą prawa na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej przez Konsorcjum Mera ceny za cały przedmiot zamówienia. Zamawiający przywołał brzmienie art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 1a pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp wskazując, że Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO z 6 sierpnia 2015 r. sygn. akt: KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15 oraz wyrok SO w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt: V Ga 122/10.

Zamawiający wskazał, iż pismem z 24 lipca 2019 r. zwrócił się do Konsorcjum Mera o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wskazując w wezwaniu zakres oczekiwanych od wykonawcy wyjaśnień. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 1.08.2019 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z obszernym materiałem w postaci załączników. Po dokonaniu analizy przedstawionych wyjaśnień wraz z załącznikami Zamawiający pismem z dnia 23.08.2019 r. wezwał Konsorcjum do dodatkowych wyjaśnień w celu doprecyzowania informacji przedstawionych na wezwanie Zamawiającego, tj. - czy w przedstawionej wycenie zostały uwzględnione koszty niezbędnych

licencji na oprogramowanie Systemu Centralnego i Systemów operacyjnych oraz Środowiska testowego. W/w pozycje mogą stanowić elementy kosztotwórcze w całości zamawianego Systemu.

Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie złożone na wezwanie wyjaśnienia były wystarczająco precyzyjne, wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, zostały poparte dowodami, które potwierdzały prawidłowość kalkulacji. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.

Zamawiający wskazał, iż nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

Zamawiający zauważył, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z bardzo specyficznym i niewątpliwie specjalistycznym przedmiotem zamówienia. Rynek podmiotów funkcjonujących w tym segmencie nie jest rozbudowany, a jednocześnie występujące na nim podmioty oferują autorskie rozwiązania systemowe, które nawet jeżeli są podobne w warstwie logicznej systemu, to nakład pracy ich wytworzenia może być diametralnie różny. To zaś przekłada się na okoliczność, że wysokość wartości szacunkowej obliczona przez Zamawiającego nie może być jedynym miarodajnym punktem odniesienia dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny, jako że nie nosi cech ceny rynkowej. Głównym czynnikiem kosztotwórczym w przedmiotowym postępowaniu jest wartość wytworzenia dóbr o charakterze niematerialnym, a korzystanie z rozwiązań autorskich, stworzonych i wyprodukowanych przez Konsorcjum Mera niewątpliwie pozwala na obniżenie ceny oferty. Argumentował, że wykonawca jest zobowiązany powołać się na czynniki sobie tylko właściwe, które pozwoliły wyłącznie jemu zaoferować niższe ceny od pozostałych wykonawców. Zamawiający nie odstąpił od wezwania z uwagi na to, że rozbieżność pomiędzy cenami wykonawców wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp) wobec czego uznał, że domniemanie rażąco niskiej ceny istnieje (zob. wyrok z dnia 19 listopada 2018 r. o sygn. akt KIO 2255/18).

Dalej Zamawiający wskazał, iż w ramach posiadanej wiedzy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Białystok na *„Dostawę, instalację i uruchomienie 255 sztuk biletomatów mobilnych wraz z oprogramowaniem i prowadzeniem na dostarczonych urządzeniach usługi sprzedaży biletów”*, odrzucenie oferty Konsorcjum firm: Mera Systemy Sp. z o.o. oraz ATOS POLSKA S.A. nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

a nie w związku z rażąco niską ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Mera i ATOS POLSKA w stosunku do przedmiotu zamówienia. (...) Tym samym nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego zawarte w pkt 32 odwołania jakoby Konsorcjum Mera w sposób zaniżony skalkulowała koszty oferty jednocześnie deklarując możliwie najdłuższy okres gwarancji, aby zdobyć większą ilość punktów i uzyskać zamówienie. Tak sformułowane zarzuty Odwołującego sugerują, iż zarówno w postępowaniu, które jest przedmiotem odwołania jak i prowadzonym przez Gminę Białystok oferta Konsorcjum Mera zawierała rażąco niską cenę. Takie twierdzenia i zarzut w świetle podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Mera przez Gminę Białystok (za niezgodność oferty z zapisami siwz) i oceny z badania ofert w postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem są niezgodne ze stanem faktycznym i stanowią właśnie manipulację faktami i informacjami w celu zdyskredytowania Konsorcjum Mera, jak ocenia to Zamawiający.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w punkcie 32 odwołania wskazuje, iż Konsorcjum Mera dąży jedynie do uzyskania zamówienia i wynagrodzenia z tytułu dostawy, natomiast późniejsza realizacja zobowiązań gwarancyjnych przez Konsorcjum nie będzie spełniała wymagań jakościowych Zamawiającego. Twierdzenia te są przedwczesne i nieuprawnione Zamawiający w tym zakresie jako jednostka sektora finansów publicznych bardzo szczegółowo zabezpieczył swoje interesy określając w załączniku nr 5 do umowy (załącznik do siwz) warunki gwarancji, wskazując je również w § 11 umowy, a także określając w § 16 ust. 5 bardzo wysokie kary, w tym między innymi za opóźnienie terminów usuwania usterek określonych w warunkach gwarancji nawet na poziomie 5000 zł, za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia dla usterek krytycznych, czy dodatkowe kary za spowodowanie na skutek dokonania naprawy o której jest właśnie mowa w warunkach gwarancji nowej usterki w wysokości 500 złotych za każdą nową usterkę stwierdzoną w trakcie weryfikacji (§ 16 ust. 17 umowy). Tym samym nie ma mowy o tym, aby jakkolwiek realizacja zobowiązań gwarancyjnych w przyszłości przez wykonawcę nie odpowiadała określonym wymogom i parametrom jakościowym Zamawiającego, a wszelkie kary umowne Zamawiający ma prawo potrącać z wynagrodzenia wykonawcy (w okresie gwarancji np. z płatnych godzin dla dewelopera).

Zamawiający podkreślił również, iż ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Nie czynią tego również przepisy dotychczas obowiązujących dyrektyw unijnych ani orzecznictwo TSUE. Stąd też zasadnym jest odwołanie się do przepisów ustaw regulujących uczciwą konkurencję (przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej u.z.n.k) w celu właściwego ujęcia tego pojęcia. Z uwagi na powyższe rażąco niską cenę należy rozumieć jako cenę powodującą stratę transakcyjną. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 uzk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uzk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 uzk łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uzk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Swoją argumentację o złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący oparł na okolicznościach związanych z zaniżoną ceną oferty. Zamawiający nie znalazł podstaw do uznania, że złożenie oferty przez Konsorcjum Mera wypełniało przesłanki popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Za działanie takie nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana.

Następnie Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Podkreślić jednak należy, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą ww. zarzutu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania odwoławczego ciężar dowodowy (tak KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2540/17).

Końcowo Zamawiający wskazał na aktualną tezę KIO, iż „brak uznania ceny za rażąco niską oznacza w konsekwencji, iż złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym zamawiający nie narusza w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p” (wyrok z dnia 4 lipca 2018 r. KIO 1186/18).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 14 listopada 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępujących, oddaliła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawcy Asseco Data Systems S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, który zgłosił przystąpienie w dniu 18 listopada 2019 r.

Zamawiający wniesioną opozycję uzasadniał tym, że ww. wykonawca nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, gdyż w treści zgłoszenia przystąpienia nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia potwierdzającego interes, w szczególności nie wskazano korzyści w rozstrzygnięciu w zakresie szansy na uzyskanie zamówienia, zapobiegnięcia określonej uszczerbkowi w postaci zmniejszenia albo pozbawienia przystępującego szansy na uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. Pierwsze ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba uznała za dopuszczalne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Asseco Data Systems S.A. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, który w sposób wystarczający wykazał interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wskazując w szczególności, że zarzuty Odwołującego wobec czynności i zaniechań Zamawiającego są zasadne i właściwie udowodnione. Wskazał, iż pewne działania i zaniechania Zamawiającego naruszają interes wykonawcy, gdyż pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta wykonawcy będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza zważywszy na to, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępujących, oddaliła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Atos Polska S.A., Avista Sp. z o.o. oraz Atos Global Delivery Center Polska Sp. z o.o. Sp. k. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wniesioną opozycję Zamawiający uzasadniał tym, że ww. wykonawca nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, gdyż w treści zgłoszenia przystąpienia nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia potwierdzającego interes, w szczególności nie wskazano korzyści w rozstrzygnięciu w zakresie szansy na uzyskanie zamówienia, zapobiegnięcia określonej uszczerbkowi w postaci zmniejszenia albo pozbawienia przystępującego szansy na uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem, jak również brakiem jednoznacznego wskazania przez wykonawcę strony, do której przystępuje, gdyż zdaniem Zamawiającego wykonawca wyraził wolę przystąpienia po obu stronach postępowania odwoławczego jednocześnie.

Izba wskazuje, iż całościowa analiza treści zgłoszonego przystąpienia pozwala określić w sposób jednoznaczny stronę postępowania odwoławczego, do której wykonawca zgłosił przystąpienie. Powyższego zdaniem Izby nie zmienia omyłka w jednym miejscu przystąpienia, w którym wykonawca wskazał, że przystępuje do postępowania po stronie Zamawiającego. Nadto Izba uznała, że ww. wykonawca w sposób wystarczający wykazał interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wskazując w szczególności, że uwzględnienie odwołania w części lub całości może spowodować unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert. W wyniku tych czynności oferta Przystępującego będzie ponownie oceniana i ma szansę zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a tym samym Przystępujący ma szansę na realizację przedmiotowego zamówienia i wygenerowanie z jego realizacji odpowiedniego zysku.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż nie dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Atos Polska S.A., Avista Sp. z o.o. oraz Atos Global Delivery Center Polska Sp. z o.o. Sp. k. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika, a to z uwagi na okoliczność, iż zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej po upływie terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wynika z akt sprawy, Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom w dniu 14 listopada 2019 r., zatem termin na zgłoszenie przystąpień przez wykonawców upływał w dniu 18 listopada 2019 r. Ww. wykonawca zgłaszając przystąpienie w dniu 19 listopada 2019 r. uchybił terminowi na dokonanie ww. czynności.

Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz R&G Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 18 listopada 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz zmianami, ofertę wykonawcy Konsorcjum Mera, wezwania Zamawiającego z 24 lipca 2019 r. oraz z 23 sierpnia 2019 r. skierowane do ww. wykonawcy, wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum Mera z 1 i 28 sierpnia 2019 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 4 listopada 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 listopada 2019 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego przy odwołaniu oraz wskazanych w piśmie Odwołującego z dnia 25 listopada 2019 r. (20 dokumentów), jak również dowód z dokumentu złożony przez Zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie z 25 listopada 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 1 do SIWZ wraz z załącznikami.

Zgodnie z punktem 10.6.2. SIWZ wraz z ofertą wykonawcy obowiązani byli złożyć Zamawiającemu uzupełniony załącznik nr 7A do SIWZ - Wycenę poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 7A do SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców wyceny 10 pozycji, w tym m.in.: poz. 1 System Centralny (1 szt.), poz. 2 Aplikacja mobilna ZTM (1 szt.) oraz poz. 4 Automat Stacjonarny (55 szt.). Zgodnie z informacją zawartą w tabeli załącznika nr 7A do SIWZ, cena netto za 1 szt. miała obejmować wszelkie koszty związane z dostawą produktu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia Zamawiający przeznaczył 22 604 202 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców, tj.: 1) Konsorcjum Mera z ceną 15 324 324,00 zł oraz 72 miesięcznym okresem gwarancji dla automatów stacjonarnych, automatów mobilnych, kasowników, na system centralny i stronę www, na aplikację mobilną ZTM oraz pozostałe oprogramowanie, 2) Odwołujący z ceną 29 398 057,32 zł oraz 72 miesięcznym okresem gwarancji dla ww. komponentów, 3) Asseco Data Systems S.A. z ceną 33 117 151,09 zł oraz 49 miesięcznym

okresem gwarancji dla ww. komponentów oraz 4) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Atos Polska S.A., Avista Sp. z o.o. oraz Atos Global Delivery Center Polska Sp. z o.o. Sp. k. z ceną 27 058 891,47 zł oraz 61 miesięcznym okresem gwarancji dla ww. komponentów.

Konsorcjum Mera w załączniku nr 7A do SIWZ podało: dla poz. 1 – 690 000 zł netto, dla poz. 2 – 200 000 zł netto oraz dla poz. 4 – 114 660 zł netto.

Pismem z dnia 24 lipca 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Mera na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp do wyjaśnienia ceny za cały przedmiot zamówienia. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, że po przeanalizowaniu oferty ww. wykonawcy w zakresie załączonej do oferty Wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia sporządzonej wg Załącznika nr 7A do SIWZ, powziął wątpliwości, co do możliwości zrealizowania przez wykonawcę poszczególnych komponentów zamówienia, a tym samym całego przedmiotu zamówienia w zakresie zgodnym z przedstawionym przez zamawiającego opisem i wymaganymi funkcjonalnościami, za zaoferowaną cenę, gdyż znacząco odbiega ona od pozostałych cen przedstawionych przez pozostałych oferentów oraz od ceny oszacowanej przez Zamawiającego. Wskazał, że największe wątpliwości budzi wycena komponentów: poz. 1 - System centralny, poz. 2 - Aplikacja mobilna ZTM, poz. 3 - Portal klienta wraz ze sklepem www, poz. 4 - Automat stacjonarny, oraz poz. 7 - Czytnik kontrolerski. Zamawiający zwrócił się również o przekazanie szczegółowej kalkulacji w szczególności dotyczącej wyliczenia ceny dla poszczególnych pozycji (komponentów), o których mowa w wezwaniu uwzględniającej, w szczególności:

- 1) koszty oprogramowania standardowego,
- 2) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy,
- 3) koszty licencji,
- 4) zysk Wykonawcy,
- 5) koszty gwarancji,
- 6) koszty materiałów,
- 7) koszty modyfikacji,
- 8) koszty utrzymania aplikacji,
- 9) koszty praw autorskich,
- 10) a także inne koszty, wiadome wykonawcy
oraz
- 11) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy

z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);

12) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

13) wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

14) wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska.

Zamawiający zwrócił się o dostarczenie wyjaśnień, które będą w szczególności zawierać czynniki i elementy oferty, mające wpływ na podaną w ofercie cenę wraz z dowodami.

Nadto z ww. pisma wynikało, iż Konsorcjum Mera zaoferowało cenę za cały przedmiot zamówienia niższą o 32,21 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz niższą o 41,56 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 26 224 105,97 zł brutto.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r. Konsorcjum Mera złożyło wyjaśnienia w zakresie ceny oferty wraz z dowodami, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i nieodtajnione przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Mera do dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty w związku z wątpliwościami, które powstały na tle wyjaśnień z 1 sierpnia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o wyjaśnienie sześciu kwestii, które w części zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa jako, że dotyczyły wyjaśnień wykonawcy z 1 sierpnia 2019 r. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2019 r. Konsorcjum Mera złożyło dodatkowe wyjaśnienia w zakresie ceny oferty wraz z dowodami, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i nieodtajnione przez Zamawiającego.

W dniu 4 listopada 2019 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Mera. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Odwołujący cofnął zarzuty zawarte w punkcie 1 i 2 petitum odwołania. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. Ww. zarzuty nie podlegały zatem rozpoznaniu przez Izbę.

Izba wskazuje, iż w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mera do przedłożenia dokumentów potwierdzających

spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, podniesionego w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zawartego w punkcie 1 i 2 petitum odwołania, wobec braku formalnego oświadczenia Odwołującego o wycofaniu ww. zarzutu, Izba zobowiązana była rozpoznać rzeczony zarzut. Powyższy zarzut nie zasługiwał jednak na uwzględnienie, jako że Odwołujący cofnął zarzuty dalej idące w postaci zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Mera z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej oraz z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą nie kwestionował już spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Mera, to brak było podstaw do uznania zasadności przedmiotowego zarzutu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Mera, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei 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 (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, iż brak jest po stronie zamawiającego automatycznego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdy zostanie spełniony jeden z mierników, o którym mowa w ww. przepisie. Zatem ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty winna być dokonywana *ad casum*, bowiem w okolicznościach danej sprawy zamawiający może nie skorzystać z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność między ceną oferty a ubrutowioną wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W tym miejscu podkreślić należy, iż odstępnie przez zamawiającego od wezwania wykonawcy w ww. trybie winno mieć charakter wyjątkowy i nie może być interpretowane w sposób rozszerzający.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Ponadto Izba wskazuje, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy, przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez Konsorcjum Mera wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska.

Przed przejściem do oceny niniejszego zarzutu, w ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się

do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp oraz aktem wykonawczym do tejże ustawy.

Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

W kontekście powyższego Izba zauważa, iż Odwołujący w treści wniesionego odwołania postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Mera jako zawierającej rażąco niską cenę, kwestionując realność wyceny trzech pozycji załącznika nr 7A do SIWZ, tj. poz. 1, 2 i 4. Odwołujący poza przywołaniem stanu faktycznego sprawy, tj. postanowień załącznika nr 1 do SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz wezwań Zamawiającego skierowanych do ww. wykonawcy nie przedstawił w treści odwołania żadnej argumentacji potwierdzającej, że ww. pozycje zostały zaniżone przez Konsorcjum Mera,

a w konsekwencji, że cena oferty ww. wykonawcy jest rażąco niska. Odwołujący wskazał w treści odwołania, iż analizę zawierającą realne koszty wytworzenia systemu centralnego, aplikacji mobilnej oraz automatów stacjonarnych obejmujących dostawę sprzętu, wykonanie oprogramowania, koszt niezbędnych licencji, pozostałe usługi niezbędne do należytego wykonania umowy, a także koszty utrzymania narzędzi i zasobów do zapewnienia warunków gwarancji wymaganej przez Zamawiającego przedstawi na rozprawie przed Izbą, co też uczynił składając pismo z 25 listopada 2019 r. wraz z załącznikami, obejmując prawie całość argumentacji będącej fundamentem twierdzeń Odwołującego w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba stwierdza, iż powyższe działanie Odwołującego, który w treści odwołania w sposób nad wyraz ogólny formułuje zarzut zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę (kwestionując wycenę 3 pozycji załącznika nr 7A do SIWZ), nie podając przy tym żadnej argumentacji, którą przedstawia wraz z pismem procesowym złożonym dopiero na rozprawie, objętym prawie w całości tajemnicą przedsiębiorstwa, godzi w zasadę kontradyktoryjności postępowania. Działanie Odwołującego w istocie uniemożliwiło przeciwnikom procesowym odniesienie się do utajnionej argumentacji, mającej potwierdzać stanowisko Odwołującego.

Izba wskazuje, iż z uwagi na skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z 1 i 28 sierpnia 2019 r. złożonych przez Konsorcjum Mera w przedmiocie rażąco niskiej ceny, brak jest możliwości szczegółowego odniesienia się do poszczególnych aspektów tych wyjaśnień. Tożsama sytuacja występuje w odniesieniu do dowodów złożonych przez Odwołującego w celu wykazania okoliczności, iż wykonawca Konsorcjum Mera złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, które w znaczącej mierze zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a których odtajnienia nie domagali się Uczestnicy postępowania odwoławczego.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, Izba wskazuje, iż nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego uchybień w zakresie przeprowadzonej oceny wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty złożonych przez Konsorcjum Mera. Tak pierwsze, jak i drugie wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Mera zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i czyniły zadość wymaganiom wskazanym w treści konkretnych i szczegółowych wezwań Zamawiającego, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z dochowaniem należytej staranności. Izba podkreśla, iż wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Mera nie ograniczały się do jednozdaniowego przedstawienia poszczególnych elementów cenowych, których wyjaśnienia Zamawiający wymagał od wykonawcy, ale stanowiły szeroki wywód pozwalający w sposób pozytywny ocenić ich treść, jak również wywieść wnioski co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia zawierały konkretne wyliczenia poszczególnych pozycji składających się na cenę zaoferowaną przez wykonawcę

za realizację zamówienia. Ponadto złożone przez Konsorcjum Mera wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały poparte licznymi dowodami, korelującymi z treścią udzielonych wyjaśnień.

Podkreślić należy, iż wykonawca Konsorcjum Mera w złożonych wyjaśnieniach przedstawił, jakie obiektywne czynniki umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, wykazał, iż realizacja niniejszego zamówienia nie przyniesie mu straty, jak również przedstawił sposób zbudowania zaoferowanej ceny za realizację zamówienia wraz z przyjętą przez siebie metodologią i właściwą wykonawcy polityką cenową.

Odnosząc się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 1 sierpnia 2019 r. Izba zauważa nadto, że Konsorcjum Mera przedstawiło wyjaśnienia co do elementów cenotwórczych w odniesieniu do wszystkich pozycji przewidzianych w załączniku nr 7A do SIWZ, a zatem i tych kwestionowanych przez Odwołującego mimo, że jak wynika z wezwania Zamawiającego, wątpliwości gospodarza postępowania, budziła wycena komponentów, o których mowa w poz. 1, 2, 3, 4 i 7 ww. załącznika. W związku z powyższym Zamawiający oczekiwał od wykonawcy przekazania szczegółowej kalkulacji dotyczącej w szczególności wyliczenia ceny dla poszczególnych pozycji (komponentów) wskazanych w wezwaniu. Powyższe zdaniem Izby potwierdza, iż Konsorcjum Mera w sposób kompleksowy i rzetelny przedstawiło Zamawiającemu, w jaki sposób zbudowało cenę oferty, nie ograniczając się tylko do tych elementów cenowych, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego.

W zakresie kwestionowanych przez Odwołującego pozycji załącznika nr 7A do SIWZ, Izba stwierdza, iż oprócz szerokich wyjaśnień zawartych w piśmie z 1 sierpnia 2019 r., realność wyceny poz. 1 potwierdza, w szczególności załącznik nr 12 do ww. pisma. W odniesieniu do poz. 2 kluczowym jest zwłaszcza załącznik nr 11 do wyjaśnień wykonawcy. Co się z kolei tyczy poz. 4 załącznika nr 7A do SIWZ, to wyjaśnienia wykonawcy zostały poparte dowodami stanowiącymi w szczególności załącznik nr 1, 2, 3, 5 i 6 do ww. pisma.

Ponadto na szczególną uwagę zasługuje załącznik nr 17 do ww. pisma, który musi być czytany kompleksowo z treścią udzielonych wyjaśnień, a w którym wykonawca w sposób pełny i konkretny przedstawił wyliczenia dotyczące poszczególnych pozycji załącznika nr 7A, z rozbiciem na poszczególne elementy, w tym uwzględniając zakładany zysk. Izba wskazuje również, iż w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Konsorcjum Mera wielokrotnie odnosił się do kalkulacji elementów cenotwórczych w perspektywie 72 – miesięcznego okresu gwarancji.

W kontekście wyjaśnień z 28 sierpnia 2019 r. Izba zauważa, iż mimo, że treść wezwania Zamawiającego z 23 sierpnia 2019 r. w odniesieniu do niektórych pozycji ograniczała się do potwierdzenia ujęcia w cenie ofertowej poszczególnych elementów cenotwórczych, to wykonawca Konsorcjum Mera nie ograniczył się do jednozdaniowego potwierdzenia, iż dane składniki zostały wliczone w cenę. Wykonawca w odniesieniu do każdego z sześciu aspektów poruszonych przez Zamawiającego w powtórnym wezwaniu przedstawił szerszy wywód merytoryczny. Za Zamawiającym Izba wskazuje, że

na szczególną uwagę zasługuje załącznik nr 2 do ww. wyjaśnień, w którym, jak akcentował Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą, wykonawca Konsorcjum Mera, w odniesieniu do systemu centralnego przedstawił, w jakim zakresie oferowany system już istnieje, a w jakim wymaga pewnych modyfikacji.

Przechodząc z kolei do oceny dowodów złożonych przez Odwołującego, które w znaczącej mierze zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba wskazuje, że nie podważają one sposobu kalkulacji ceny oferty przez Konsorcjum Mera. Złożone przez Odwołującego dowody, jak wskazał sam wykonawca, dotyczą sposobu i metody kalkulacji cen poszczególnych elementów wynikających z indywidualnego doświadczenia Odwołującego, stanowią elementy polityki i strategii cenowej Odwołującego, jak również stanowią oferty handlowe partnerów Odwołującego, warunki biznesowe oraz sposoby realizacji przedmiotów tych oferty handlowych. Co więcej, Izba zauważa, że część dokumentów złożonych przez Odwołującego dotyczyła innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez innych zamawiających, co w żadnej mierze nie przekłada się na sposób kalkulacji ceny oferty przez Konsorcjum Mera w niniejszym postępowaniu. Warto również podkreślić, iż znacząca część dowodów złożonych przez wykonawcę była archiwalna.

W ww. aspekcie Izba podkreśla, że słusznie zauważył Zamawiający, iż nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty. A zatem założenia czynione przez jednego wykonawcę nie wykluczają poprawności założeń innego wykonawcy. Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, iż własne założenia Odwołującego pozostają w oderwaniu od sposobu wyliczenia ceny ofertowej przez wykonawcę Konsorcjum Mera, gdyż nie dotyczą one faktycznych wyliczeń ceny, przedstawionych Zamawiającemu w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, Konsorcjum Mera składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, udowodniło Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc z kolei do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Mera, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wypełniający znamiona czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaoferowanie ceny rażąco niskiej, tj. ceny poniżej faktycznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że brak uznania w okolicznościach niniejszej sprawy ceny za rażąco niską oznaczał w konsekwencji, iż złożenie oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym Zamawiający nie naruszył w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie natomiast z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Nadto za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego dotyczącą praktyki stosowanej przez Konsorcjum Mera w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a polegającej na kalkulowaniu ceny oferty w sposób zaniżony z jednoczesną deklaracją możliwie najdłuższego okresu gwarancji, celem uzyskania większej ilości punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny oferty, a w konsekwencji zdobycia danego zamówienia. Odnosząc się do powyższego, Izba wskazuje, iż na podstawie jednego postępowania o udzielenie zamówienia, do którego odnosi się Odwołujący (postępowanie prowadzone przez Gminę Białystok) nie można mówić o praktyce Konsorcjum Mera. Nadto zauważyć należy, iż w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Białystok brał udział inny podmiot niż w rozpoznawanej przez Izbę sprawie. W końcu za Zamawiającym, Izba wskazuje, że w ww. postępowaniu, do którego referował Odwołujący,

oferta Konsorcjum Mera nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Pzp.

Nadto, za przedwczesną i niepotwierdzoną Izba uznała także argumentację Odwołującego, jakoby Konsorcjum Mera dążyło jedynie do uzyskania niniejszego zamówienia i wynagrodzenia z tytułu dostawy, natomiast późniejsza realizacja zobowiązań gwarancyjnych przez Konsorcjum nie będzie spełniała wymagań jakościowych Zamawiającego.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum Mera z uwagi na okoliczność, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: