

Sygn. akt: KIO 2055/22

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 sierpnia 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 sierpnia 2022 roku** przez wykonawcę **mPay Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy Flowbird Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **mPay Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - mPay Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. zasądza od **Odwołującego - mPay Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie - kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie, z wykorzystaniem platform/ kanałów mobilnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 096-251173 z dnia 19.05.2021 r.

Dnia 5 sierpnia 2022 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) (dalej jako „PZP”) odwołanie w prowadzonym postępowaniu złożył wykonawca mPay Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodne z przepisami PZP czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego, zarzucając naruszenie następujących przepisów PZP:

1. art. 126 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Flowbird Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Flowbird”), jako wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, czym Zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności w postępowaniu – w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) o sygn. 1496/22 z dnia 28 czerwca 2022 r., ewentualnie,
2. art. 126 ust. 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie wezwania Flowbird do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia w sytuacji, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, czym Zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności w postępowaniu;
3. art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie żądania od Flowbird wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz kosztów i istotnych ich części składowych, w obliczu wątpliwości, że zaoferowane koszty lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

4. art. 223 ust. 2 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Flowbird oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, zawiadamiając o tym niezwłocznie Wykonawcę;
5. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Flowbird jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
6. art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Flowbird z uwagi na fakt, że została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1995 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w warunkach zмовы przetargowej;
7. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. 118 ust. 2 PZP poprzez wybór oferty Flowbird, jako najkorzystniejszej, pomimo tego, iż Flowbird nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
8. art. 18 ust. 3 PZP poprzez nieujawnienie informacji zawartych w ofercie i dokumentach składanych przez Flowbird w toku postępowania, podczas gdy Flowbird nie wykazał skutecznie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649);
9. art. 74 ust. 2 pkt 1) PZP poprzez nieudostępnienie wszystkich dokumentów postępowania w odpowiedzi na wniosek Odwołującego, przy czym załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, w tym oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia ich otwarcia, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie PZP.

Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Flowbird jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) uznanie oferty Wykonawcy Flowbird za odrzuconą;
- 4) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą i sklasyfikowana na pierwszym miejscu w przypadku wykluczenia lub odrzucenia oferty Flowbird. Naruszenie przepisów PZP ma istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z niezyskanego zamówienia.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 26 lipca 2022 r. Termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP został on dochowany. Wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania podano, że w dniu 28 czerwca 2022 r. KIO wydała orzeczenie o sygnaturze KIO 1496/22, w którym nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej (pierwotnie Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego) oraz powtórzenie badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym unieważnienie odrzucenia oferty Flowbird. W dniu 26 lipca 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Flowbird jako najkorzystniejszej oraz poinformował Wykonawców o powtórzeniu czynności i wyborze oferty Flowbird jako najkorzystniejszej.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 126 UST. 1 W ZW. Z ART. 16 PZP, EWENTUALNIE ART. 126 UST. 3 W ZW. Z ART. 16 PZP

Z treści wyroku KIO 1496/22 wynika jednoznacznie, iż Zamawiający miał dokonać powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważniając tym samym te, które zostały zrealizowane przed wydaniem orzeczenia. Oznacza to, że Zamawiający ma w takiej sytuacji obowiązek zachować się tak, jakby nie znał wcześniej treści ofert oraz nie otrzymał żadnych informacji lub dokumentów od Wykonawców. Dotyczy to również wezwania do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych zgodnie z treścią przepisu art. 126 ust. 1 PZP.

W postępowaniu Zamawiający zaniechał realizacji powyższego obowiązku i dokonał ponownego badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, jednak bez skierowania do Wykonawcy Flowbird jakiegokolwiek wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Nawet jeżeli przyjąć, że Zamawiający nie zechciał pominąć faktu fizycznego posiadania wcześniej złożonych dokumentów, winien on co najmniej zrealizować obowiązek wynikający z treści art. 126 ust. 3 PZP i potwierdzić aktualność posiadanych już dokumentów. Zamawiający nie wykonał żadnej z tych czynności, wobec czego nie zachował zasady przejrzystości w postępowaniu, naruszając przy tym zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności.

Obowiązek narzucony przez KIO mający na celu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu nie może być rozumiany wąsko i ograniczany w interpretacji jedynie do wykonania czynności czysto formalnych, tj. sporządzenia stosownych pism i oświadczeń przez Zamawiającego. Wykonanie czynności wchodzących w zakres badania i oceny ofert musi zyskać wymiar realny dokładnie w taki sam sposób, jak odbywało się do za pierwszym razem, które to czynności Zamawiającego zostały w wyniku wydania orzeczenia unieważnione.

Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych ma na celu zbadania aktualności przekazywanych w toku postępowania informacji – w tym między innymi potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazaniu braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający musi mieć na uwadze, iż upływ

czasu pomiędzy pierwotnym złożeniem podmiotowych środków dowodowych a wyborem oferty najkorzystniejszej może oznaczać też zmianę sytuacji danego. W tym przypadku Zamawiający, ani też Odwołujący nie może stwierdzić, czy Flowbird spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu z postępowania, albowiem Zamawiający zaniechał wezwania Flowbird w trybie art. 126 PZP.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 224 UST. 1 PZP

Z treści załącznika do Formularza ofertowego, tj. kalkulacji kosztów, złożonego przez Flowbird wynika, że Wykonawca ten pominął w swojej wycenie funkcjonalność, którą Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia jako zapewnienie Użytkownikowi możliwości wyboru sposobu określenia czasu postój. Użytkownik powinien mieć możliwość rozpoczęcia wnoszenia opłat za postój bez określania godziny zakończenia tzw. „bilet otwarty” oraz z określeniem czasu zakończenia wnoszenia opłat lub wysokości opłaty za postój tzw. „bilet zamknięty” (tj. możliwość wykupienia biletu „na czas”, „na kwotę” oraz „start-stop”). W każdym przypadku pobieranie opłat musi być ograniczone do godzin i dni, w jakich zgodnie z uchwałą Rady m. st. Warszawy pobiera się opłaty za postój.

Flowbird nie uwzględnił tego elementu w wycenie oferty, nie wskazał także podwykonawców, którzy mieliby świadczyć tę część zamówienia.

Jeśli przyjąć, że Wykonawca będzie jednak świadczył usługę w tym zakresie, pomimo iż nie wskazał w ofercie podwykonawcy dla tego zakresu (z treści strony <https://flowbird.pl/legal/dostawczyzewnetrzni/> wynika, że Flowbird nie wykonuje tej części usługi samodzielnie), jej wycena powinna pojawić się w kosztorysie. W żadnej pozycji koszt ten nie został jednak ujęty.

Z kolei w przypadku, gdy Flowbird nie jest w stanie zapewnić realizacji tego zakresu przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Flowbird jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W obu jednak przypadkach konieczne wydaje się działanie ze strony Zamawiającego w ramach czynności badania ofert i ich dogłębnej analizy. Z treści dokumentacji postępowania bezwzględnie wynika, że czynności te nie zostały podjęte a Zamawiający nie dokonał analizy i nie wyciągnął odpowiednich wniosków z treści oferty Flowbird.

Flowbird wskazał stosunkowo niskie koszty osobowe w wycenie swojej oferty, tj. koszt Opiekuna Klienta to w ofercie Flowbird 48,05 złotych miesięcznie, Inżyniera projektanta/ programisty – 141,24 złote miesięcznie na 2 osoby, co daje 70,62 złotych na osobę, koszt 5 pracowników wsparcia technicznego miesięcznie wyliczono na 553,50 złotych, co daje kwotę 110,70 złotych per pracownik. Informacją powszechnie dostępną są dokumenty takie, jak sprawozdanie finansowe Flowbird, z którego wprost można odczytać, że w 2021 roku Wykonawca zatrudnił 14 osób, a wskazany koszt wynagrodzeń wyniósł 1.681.939,21 złotych rocznie, co podzielone przez liczbę pracowników (14) daje kwotę

średniego zarobku rocznie 120.138,51 złotych na osobę i tym samym 10.011,54 zł miesięcznie. Gdyby dodać do tego narzuty, które zgodnie z treścią sprawozdania w pozycji Ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia wynoszą 384.282,22 zł, podzielone tak, jak wynagrodzenia, daje to łączną średnią kwotę miesięcznego wynagrodzenia pracownika w wysokości 12.298,93 zł. Dzieląc ją przez średnio 160 godzin roboczych w miesiącu otrzymujemy wynik 76,87 złote za godzinę. Z powyższego wynika, że średnio pracownik na godzinę zarabia 76,87 złotych, tymczasem Flowbird skalkulował koszt miesięczny na poziomie niższym – czyli 48,05 złotych.

Widząc, jakie stawki na miesięczne utrzymanie pracowników wskazał w ofercie Flowbird łatwo dojść do wniosku, że Wykonawca ten musiał założyć, że będzie obsługiwał Zamawiającego przez niecałą godzinę miesięcznie (około 0,5 godziny) w zakresie opieki klienta, około 1 godziny w miesiącu w zakresie czynności projektanta/programisty oraz podobnie realizując zadania z zakresu wsparcia technicznego. Taki wymiar czasowy dla realizacji zamówienia wydaje się nie tylko absurdalny, ale także fizycznie niemożliwy do zachowania wobec startu usługi stanowiącej przedmiot przyszłego kontraktu i z uwagi na fakt, że będzie ona świadczona w Warszawie – mieście tak licznie zamieszkanym przez osoby korzystające z zamawianych funkcjonalności. Z powyższego wynikać może, że Wykonawca dopuścił się znacznej nierzetelności w wycenie oferty po to, aby uzyskać największą liczbę punktów w kryterium oceny, nie zważając przy tym na jakość świadczonych usług oraz profesjonalny poziom oferowanej usługi.

W pozycji kosztowej nr 6 załącznika do Formularza ofertowego (rozbicie ceny ofertowej) „Wirtualna portmonetka (opłaty bankowe za utrzymanie rachunku lub rachunków oraz za przelewy – zasilenia) – KLIENT INDYWIDUALNY” Flowbird wskazał udział w kosztach realizacji zamówienia na poziomie 46,729% i kwotę 1.350 złotych. Zdziwienie budzi fakt, iż Wykonawca nie posiada przy tym uprawnień w zakresie realizacji tej usługi. Z żadnego z oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby także nie wynika, że Flowbird podzleci ten zakres usługi, nie wpisano również podwykonawców, którzy mieliby tę usługę świadczyć.

W takiej sytuacji nieuprawnione wydaje się przypisanie tak dużej wagi procentowej funkcjonalności Wirtualnej portmonetki i Flowbird powinien przyjąć założenie, iż większość transakcji odbywać się będzie z użyciem karty płatniczej, co jest założeniem słusznym także z uwagi na to, że Wirtualna portmonetka stanowi pewnego rodzaju novum, którą użytkownicy będą musieli poznać i do której będą musieli się przekonać. Przyjmując, że Wykonawca procesuje płatności kartą płatniczą, obiguje go to do zapewnienia dostawcy procesora płatności kartowych. Zakładając, że prowizja takiego dostawcy wyniesie tylko 0,5 % (co jest mało prawdopodobne z punktu widzenia praktyki rynku), to koszt miesięczny, jaki powinien wykazać Flowbird w tej pozycji kosztorysu powinien wynosić 4.687,50 złotych. Tymczasem w

ofercie Flowbird w pozycjach kosztorysu Karta płatnicza oraz Wirtualna portmonetka widnieje łącznie kwota 1.659,37 złotych. Przykładowa kalkulacja:

Liczba transakcji rocznie	Liczba transakcji miesięcznie	Wartość pojedynczej transakcji	Wartość transakcji miesięcznie	Prowizja od transakcji kartą	Wartość prowizji = koszt procesowania
1.500.000	125.000	7,50 zł	937.500 zł	0,5%	4.687,50 zł

Uwzględniając założenia Zamawiającego, z których wynika, że nawet 100% transakcji będzie wykonywane kartą płatniczą, zdaniem Odwołującego Wykonawca Flowbird nierzetelnie przygotował wycenę oferty. Tak samo Zamawiający nierzetelnie podszedł do analizy tych kosztów, samemu przyjmując pewne założenia sposobu realizacji zamówienia, pod kątem których powinien bardzo krytycznie i szczegółowo przyrzeć się kalkulacji kosztów zamawianej usługi.

Nawet, gdyby przyjąć, że Wykonawca skorzysta z podwykonawcy w zakresie usługi Wirtualnej portmonetki, to współpraca z innym podmiotem wygeneruje koszty realizacji zamówienia. Zakładając, że ma to być podmiot Yellowbird, którego zobowiązanie do udostępnienia zasobu Odwołujący uważa za nieprawidłowe, należy zauważyć, że Flowbird nie ujawnił i, tym samym, nie uwzględnił w swojej wycenie takich kosztów. Miał taką możliwość, ponieważ w załączniku do Formularza ofertowego, gdzie Wykonawcy wyceniali koszty usługi Zamawiający wprowadził na końcu pozycję nr 11 Inne, którą każdy oferent mógł wypełnić treścią samodzielnie, uwzględniając w tej niej wszelkie koszty, które z różnych przyczyn nie znalazły się w pozycjach od 1 do 10. W kalkulacji Wykonawcy Flowbird pozycja ta pozostała pusta, czym dał on jednoznacznie wyraz, że nie wlicza do ceny oferty żadnych kosztów poza wskazanymi w tabeli. W ofercie brakuje więc kosztów współpracy z podmiotem zewnętrznym, który świadczyłby usługę Wirtualnej portmonetki.

W pkt 6 części IV opisu przedmiotu zamówienia „Podstawowe wymagania Zamawiającego dla prawidłowego funkcjonowania usługi” Zamawiający postawił następujące wymaganie: *Połączenie Systemu z Szyną Danych ZDM w taki sposób, aby w czasie zbliżonym do rzeczywistego (maksymalne dopuszczalne opóźnienie nie może być większe niż 5 sek.) przekazywać informacje dotyczące zdarzeń przetwarzanych w Systemie, zwłaszcza w kontekście transakcji przeprowadzanych w celu wniesienia opłaty za postój za pośrednictwem Systemu. Specyfikację Usług sieciowych niezbędnych do realizacji tego zobowiązania stanowi Załącznik nr 1 do OPZ.*

W kalkulacji Flowbird nie sposób odnaleźć jakkolwiek pozycję kosztową, z której wynika uwzględnienie prac związanych z szyną integracyjną, której wymaga Zamawiający. Z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, że jest to jedno z podstawowych wymagań dla prawidłowego funkcjonowania usługi, nie można więc z niego zrezygnować ani

traktować go opcjonalnie. Wszystko wskazuje na to, że Flowbird pominął w wycenie także ten element oferty.

Zamawiający nie może dopuścić do wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie zawiera podstawowych elementów, jakich sam oczekuje. Nie wszystko też jest możliwe do skorygowania w drodze wyjaśnienia treści oferty. Jeżeli jej kalkulacja nie zawiera pewnych elementów, nawet w drodze wezwania do wyjaśnienia, nie będzie już możliwa jej modyfikacja. To kolejny aspekt, nad którym Zamawiający powinien się pochylić. Można bowiem dojść do wniosku, że ocena oferty Flowbird stanowiła proces bezrefleksyjnego działania Zamawiającego, co generuje nie wysokie ryzyko nieprawidłowej realizacji przyszłego kontraktu na realizację przedmiotu zamówienia.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 223 UST. 2 PKT 2) PZP

W ramach badania ofert obowiązkiem Zamawiającego jest między innymi sprawdzenie poprawności dokonanych przez Wykonawcę kalkulacji pod kątem matematycznym. Z treści dokumentacji postępowania, która została Odwołującemu udostępniona nie wynika, że Zamawiający wywiązał się z tego obowiązku, gdyż w załączniku do Formularza ofertowego Wykonawca Flowbird błędnie podsumował pozycje kosztowe wskazując jako ich sumę kwotę 2.899 złotych, podczas gdy poprawna kwota to 2.889 złotych. Zamawiający winien był uznać powyższe jako oczywistą omyłkę rachunkową, dokonać jej poprawienia protokołując tę czynność.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 5) PZP

Z treści załącznika do Formularza ofertowego, tj. kalkulacji ceny, złożonego przez Flowbird wynika, że Wykonawca ten pominął w swojej wycenie funkcjonalność, którą Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia jako „zapewnienie Użytkownikowi możliwości wyboru sposobu określenia czasu postój”. Użytkownik powinien mieć możliwość rozpoczęcia wnoszenia opłat za postój bez określania godziny zakończenia tzw. „bilet otwarty” oraz z określeniem czasu zakończenia wnoszenia opłat lub wysokości opłaty za postój tzw. „bilet zamknięty” (tj. możliwość wykupienia biletu „na czas”, „na kwotę” oraz „start-stop). W każdym przypadku pobieranie opłat musi być ograniczone do godzin i dni, w jakich zgodnie z uchwałą Rady m. st. Warszawy pobiera się opłaty za postój. Flowbird nie uwzględnił tego elementu w wycenie oferty, nie wskazał także podwykonawców, którzy mieliby świadczyć tę część zamówienia.

Należy dokonać analizy kosztów skalkulowanych przez Flowbird i jeśli przyjąć, że Wykonawca będzie jednak świadczył usługę w tym zakresie i nie wskazał podwykonawcy (choć z treści strony <https://flowbird.pl/legal/dostawcy-zewnetrzni/> wynika, że Flowbird nie wykonuje tej części usługi samodzielnie), jej wycena powinna pojawić się w kosztorysie. W żadnej pozycji koszt ten nie został jednak ujęty. W przypadku, gdy Flowbird nie jest w stanie zapewnić realizacji tego zakresu przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien

podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Flowbird jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W takiej sytuacji niezbędne staje się działanie ze strony Zamawiającego w ramach czynności badania ofert i ich dogłębnej analizy. Z treści dokumentacji postępowania wynika, że czynności te nie zostały podjęte a Zamawiający nie wyciągnął odpowiednich wniosków z treści oferty Flowbird.

W pozycji kosztowej nr 6 załącznika do Formularza ofertowego (rozbicie ceny ofertowej) Wirtualna portmonetka (opłaty bankowe za utrzymanie rachunku lub rachunków oraz za przelewy – zasilenia) – KLIENT INDYWIDUALNY Flowbird wskazał udział w kosztach realizacji zamówienia na 46,729% i kwotę 1.350 złotych. Wykonawca nie posiada przy tym uprawnień w zakresie realizacji tej usługi. Z żadnego z oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby także nie wynika, że Flowbird podzleci ten zakres usługi, nie wpisano również podwykonawców.

Przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29) ustawy Pzp, rozumieć należy warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. To zadaniem Wykonawcy jest odnalezienie pełnej listy oczekiwań Zamawiającego, które to wskazane mogą być w różnych częściach dokumentacji postępowania oraz odniesienie się do nich w treści oferty, w tym między innymi uwzględnienie ich w kalkulacji ceny składanej oferty.

Z oferty Flowbird oraz wskazywanych przez Odwołującego braków wynikających z jej treści Zamawiający powinien co najmniej dojść do wniosku, iż konieczne jest wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, a w przypadku potwierdzenia, że elementy te zostały pominięte, winien on odrzucić ofertę Flowbird jako niezgodną z dokumentami zamówienia.

Aby świadczyć usługę Wirtualnej portmonetki Podmiot, który ją świadczy musi posiadać status Krajowej Instytucji Płatniczej (KIP - działalność krajowych instytucji płatniczych jest działalnością koncesjonowaną, co oznacza, że wymaga uprzedniego uzyskania zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego oraz wpisu do prowadzonego przez Komisję Nadzoru Finansowego rejestru dostawcy usług płatniczych) oraz figurować w rejestrze prowadzonym przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego. Ujawniane są tam informacje na temat podmiotów posiadających status m.in. instytucji płatniczych, małych instytucji płatniczych (jeżeli dane państwo przewidziało ich rejestrację), instytucji pieniądza elektronicznego, małych instytucji pieniądza elektronicznego (jeżeli dane państwo przewidziało ich rejestrację) oraz podmiotów prowadzących działalność na wyłączeniu, w tym w ramach limited network (dotyczy podmiotów składających powiadomienie po przekroczeniu wartości 1 mln transakcji w ciągu ostatnich 12 miesięcy).

Z uwagi na to, że we wskazanym rejestrze Flowbird nie widnieje (jako dowód załączono wydruk ze strony Komisji Nadzoru Finansowego), powinno to co najmniej wzbudzić niepokój Zamawiającego o prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz skłonić go choćby do wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty. Nie wynika z niej bowiem ani kto będzie świadczył wskazany zakres usługi wobec braku uprawnień przez samego Wykonawcę i czy jest do tego uprawniony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawy o usługach płatniczych.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający w pkt 6 Części IV zażądał połączenia z Szyną Danych ZDM. Z treści oferty Flowbird wynika, że nie uwzględnił on prac nad szyną integracyjną w swojej ofercie, co potwierdzałoby jej niezgodność z dokumentami postępowania.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 7) PZP

W rozumieniu przepisów, zmowa jest formą porozumienia antykonkurencyjnego. Zgodnie z definicją pojęcia porozumienie, działaniami stanowiącymi porozumienia będą przede wszystkim bezpośrednio ustalenia pomiędzy wykonawcami dotyczące treści składanych ofert lub samej decyzji o złożeniu oferty. Formę zakazanego porozumienia mogą stanowić również powiązane z ofertami działania wykonawcze (takie jak wzajemne ustalenie podwykonawstwa czy zawarcie konsorcjum) lub działania dążące do wpłynięcia na rozstrzygnięcie przetargu.

Zgodnie z praktyką Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, formą zawarcia porozumienia może być wymiana maili, telefon, spotkanie, uchwała stowarzyszenia zawodowego lub przedsiębiorców, praktyka wykonywania umów i pisemne ustalenia między stronami. Odnośnie trzeciego elementu, zmowa przetargowa ma za przedmiot ustalenie lub określenie zasad uczestnictwa dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców w postępowaniu przetargowym.

W ocenie Odwołującego zachodzi uzasadniona obawa, że wykonawcy Flowbird oraz Pango Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Pango”) mogli wejść w niedozwolone porozumienie mające na celu utrudnienie prowadzonego postępowania i porozumieć się co do części, na które będą składane oferty, cen, jak również innych warunków zamówienia (zmowa przetargowa).

Wykonawcy ci posłużyli się potencjałem tego samego podmiotu trzeciego – spółki Gallup Arteria Management Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Warszawie („Gallup”) w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zarówno Flowbird jak i Pango złożyły Jednolity Europejski Dokument Zamówienia („JEDZ”) dotyczący Gallup. JEDZ przedłożony przez Flowbird oraz Pango a dotyczący Gallup zawiera tożsame „błędy” – w Sekcji A JEDZ zaznaczono, że wykonawca zamierza złożyć ofertę na część 1, 2 oraz 3 postępowania. Ostatecznie oferty zostały złożone na część 1 oraz 4 postępowania.

Dodatkowo, co wynika z analizy złożonych ofert, Flowbird wniósł wadium w postępowaniu dla części 4, określając w treści przelewu, że wadium faktycznie wnosi na część 2 postępowania – na którą nie złożono ostatecznie żadnych ofert.

Co więcej, Pan Tomasz Krajewski, w poprzednim postępowaniu przetargowym o tożsamym przedmiocie zamówienia reprezentował spółkę Pango, a obecnie reprezentuje Flowbird jako pełnomocnik. Pan Tomasz Krajewski nie widnieje oficjalnie w rejestrze handlowym Flowbird, jako członek zarządu, Rady nadzorczej lub prokurent tej spółki.

Wobec powyższych informacji i spostrzeżeń Odwołującego, wynikających z analizy dokumentów postępowania, Zamawiający powinien co najmniej podjąć działania mające na celu wyjaśnienie powstałych wątpliwości a w razie upewnienia się, że zмова przetargowa między tymi oferentami miała miejsce, odrzucić ofertę Wykonawcy Flowbird.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 2) LIT. B) W ZW. Z ART. 128 UST. 1 W ZW. Z ART. 118 UST. 2 PZP

Wykonawca Flowbird posiłkuje się w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu podmiotami udostępniającymi zasoby, w tym Yellowbrick. Z treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów złożonego przez Yellowbrick nie wynika jednoznacznie, że podmiot ten wykona zakres usługi, do realizacji której Zamawiający wymaga zasobu a jedynie to, że udzieli Wykonawcy Flowbird wsparcia merytorycznego w formie konsultacji. Z oświadczenia wynika także, że Flowbird będzie korzystał z doświadczenia i doradztwa Yellowbrick w zakresie pozyskania klientów indywidualnych i biznesowych.

Wykonawca nie wykazał w ocenie Odwołującego, że podmiot udostępniający zasoby będzie realnie wykonywał przypisaną warunkowi udziału w postępowaniu usługę. Podmiot udostępniający zasób oświadcza m.in., że będzie brał czynny i aktywny udział poprzez konsultacje techniczne i wsparcie merytoryczne, aby zapewnić nadzór dla działania systemu. Treść zobowiązania jest dość lakoniczna i opiera się na wsparciu i konsultacjach, co nie wypełnia normy art. 118 ust. 2 PZP. Wsparcie, nawet określane, tak jak w treści zobowiązania „bezpośrednim” jest usługą o charakterze dodatkowym, pomocniczym a nie realizacją usługi de facto.

W takiej sytuacji Zamawiający powinien w pierwszej kolejności wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, ewentualnie zobowiązania o prawidłowej treści podmiotu Yellowbrick, innego podmiotu lub grupy podmiotów, ewentualnie samodzielnie potwierdzić, że wykona dany zakres usługi i spełnia przy tym warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał jednak takiego działania w procesie badania ofert, czego skutkiem był wybór oferty Flowbird ze szkodą dla Odwołującego.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 18 UST. 3 PZP

Wykonawca Flowbird został w toku postępowania wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia ceny. W dniu 18 lutego 2022 r. Flowbird udzielił odpowiedzi, zastrzegając przy tym zarówno treść wyjaśnień, jak i samego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na fakt, że w odpowiedzi na poprzednie wezwanie, na które Wykonawca odpowiedział 8 listopada 2021 r., samo zastrzeżenie jest jawne, można powziąć wątpliwość, iż Zamawiający nadmiernie ukrył przed Odwołującym treść uzasadnienia w przypadku kolejnych wyjaśnień. Zastrzeżenie może przy tym dotyczyć treści informacji, którą przekazuje Wykonawca a nie samego dokumentu.

Aby zastrzec treść uzasadnienia tajemnicy powody takiego działania powinny reprezentować wysoki poziom istotności. Wydaje się czytając pismo z dnia 18 lutego 2022 r., że takowe nie istnieją.

Z uzasadnienia z dnia 8 listopada 2021 r., jego treść nie przedstawia w żaden sposób indywidualnego podejścia do know-how i interesu Wykonawcy. Z treści oświadczenia odczytać można jedynie, że generalnie uznaje on za tajemnicę to, co znajduje się w treści wyjaśnień i zastrzega je w całości, czyniąc jednocześnie ich treść niedostępną dla Odwołującego i innych uczestników postępowania.

Zastrzeżenia co do ukrycia treści wyjaśnień ceny budzi również fakt, iż powinny się w nich znaleźć informacje metodyczne, które nie stanowią wyniku pracy nad indywidualnym rozwiązaniem wytworzonym na potrzeby know-how przedsiębiorstwa a przedstawiają sposoby kalkulacji ceny czy informacje szczegółowe, takie jak np. fakt zawarcia umowy o pracę z osobą zatrudnioną, czy datę jej zawarcia, wykluczając oczywiście dane objęte ochroną z mocy obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący powziął wątpliwości co do sposobu wyceny usług przez Flowbird także z uwagi na fakt, że usługa aplikacji mobilnej znalazła się w portfelu usług tego Wykonawcy dopiero w połowie 2021 roku. Tym samym po 2 czy 3 miesiącach realizacji takiej usługi kalkulacje i wnioski, o które przeprowadził wycenę Flowbird mogą być zbyt daleko idące lub po prostu niewystarczające co do doświadczenia na rynku. Informacja o krótkim okresie świadczenia usługi wynika ze sprawozdań finansowych Flowbird z 2020 i 2021 r. Zamawiający powinien poczuć się zaniepokojony tym faktem i podejść do wyjaśnień i zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez tego Wykonawcę bardzo ostrożnie, analizując pojedyncze informacje i co do każdej z nich podejmując decyzję, czy nie powinna zostać odtajniona.

Zamawiający powinien powziąć decyzję o wezwaniu Wykonawcy do wyjaśnienia oraz do głębokiej analizy przedstawionych dokumentów a nie pozornie zachowywać prawidłowość i w obawie przed potencjalnym ryzykiem pozostawiać dla zasady dokumenty utajnionymi. Odwołujący stoi na stanowisku, że wyjaśnienia Flowbird powinny zostać odtajnione.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 74 UST. 2 PKT 1) PZP

W dniach 17 września 2021 r. oraz 14 czerwca 2022 r. oraz 1 sierpnia 2022 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty postępowania, w odpowiedzi na jego wcześniejszy wniosek. Nie była to kompletna dokumentacja postępowania, a jedynie te z dokumentów, które Zamawiający uznał za stosowne udostępnić wobec argumentacji, iż we wcześniejszej korespondencji Odwołujący dostał już część z nich. Tym samym bezwzględnie Odwołujący stwierdził brak Wykazu usług, Wykazu osób oraz sprawozdania finansowego, do którego złożenia Flowbird został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 23 lutego 2022 roku.

Z analizy Odwołującego wynika, że nie otrzymał od Zamawiającego kompletnej dokumentacji, czego dowodzi fakt, iż w korespondencji nie znalazł się np. Wykaz osób, do którego złożenia Zamawiający wezwał Flowbird w dniu 23 lutego 2022 r. Odwołujący nie jest w stanie wskazać wszystkich braków, ponieważ o części z nich może w ogóle nie wiedzieć.

Zamawiający jest odpowiedzialny za prowadzenia postępowania w sposób uporządkowany i systematyczny, a z zawartości korespondencji otrzymywanej przez Odwołującego można by wywieść zupełnie odwrotny wniosek. Odwołujący stawia więc zarzut nieudostępnienia kompletnej dokumentacji postępowania, co mogło wpłynąć w znaczący sposób na wagę i merytoryczną wartość uzasadnienia pozostałych zarzutów odwołania. Podsumowując, w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien dołożyć wszelkiej staranności w zakresie swojego działania w toku postępowania.

Wobec powyższych zarzutów, Odwołujący wnosił jak we wstępie odwołania.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy i możliwość zaniechania czynności przez Zamawiającego, do których był w ocenie Odwołującego zobowiązany, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci uzyskania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Flowbird Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako Przystępujący lub Flowbird). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Przystępujący przedstawił pisemne stanowisko procesowe, w którym wnosił o uznanie odwołania za bezzasadne.

Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, zgromadzony materiał dowodowy, po wysłuchaniu Stron i Uczestnika postępowania, Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i oddaliła je w całości.

Zarzuty 1 i 2

W zakresie tych zarzutów Izba ustaliła, że w dniu 28 czerwca 2022 roku w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1496/22, w którym uwzględniła odwołanie wykonawcy Flowbird, „*nakazując Zamawiającemu w części nr 1 postępowania: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Flowbird Polska sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert*”.

W ocenie składu wydającego niniejsze orzeczenie Odwołujący błędnie utożsamia treść przytoczonej sentencji w sprawie KIO 1496/22 z obowiązkiem powtórzenia wszystkich czynności w postępowaniu, tak jakby żadna z nich nie miała wcześniej miejsca. Tutejsza Izba nakazała Zamawiającemu jedynie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przystępującego. Oznacza to, że wszystkie inne czynności Zamawiającego, które dotychczas miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachowują swoją aktualność. Dotyczy to także czynności wezwania Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i oceny złożonych dokumentów. Uwzględnienie odwołania przez Izbę nie powoduje utraty ważności czynności, które w danym odwołaniu nie były kwestionowane. Najistotniejsze jest zawsze brzmienie sentencji danego orzeczenia w zestawieniu z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu, które stanowią dla Zamawiającego wskazówkę, które czynności musi on ponowić i dokonać jeszcze raz. Skoro orzeczeniem Izby objęta była czynność odrzucenia oferty Przystępującego z określonych powodów, tę czynność oceniała i badała Izba. W wyniku uwzględnienia odwołania Zamawiający zobowiązany został po

pierwsze do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Przystępującego, po drugie do powtórzenia czynności badania i oceny oferty. W ocenie Izby Zamawiający powtarzając badanie i ocenę ofert mógł bazować na dokumentach, które znajdują się już w jego posiadaniu i zobowiązany był do ich analizy w ramach oceny ważności podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli wobec złożonych dokumentów nie zachodziły wątpliwości co do ich aktualności, Zamawiający nie musiał wzywać ponownie wykonawcy do ich złożenia, czy potwierdzenia ich aktualności. To obowiązkiem Odwołującego, który formułuje zarzuty, było wskazanie, opisanie okoliczności poświadczających, że upływ czasu od złożenia dokumentów do ich oceny mógł spowodować ich nieaktualność. Takich okoliczności Odwołujący nie opisał, co więcej nie wskazał nawet jakichkolwiek okoliczności, które mogłyby rzutować na aktualność oświadczeń składających się na podmiotowe środki dowodowe.

Z tych względów Izba nie uznała zasadności zarzutów odwołania.

Zarzut nr 3

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 2 listopada 2021 roku, na podstawie przytoczonego przepisu ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie zaoferowanej przez Wykonawcę ceny za realizację przedmiotu zamówienia w części 1. Zamawiający wskazał na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, na którego podstawie Zamawiający - w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi - musi żądać wyjaśnień, o których mowa w 224 ust. 1 ustawy Pzp, co najmniej w zakresie określonym w pkt 4) i 6), czyli: 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przystępujący złożył w dniu 8 listopada 2021 roku wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa (wraz z uzasadnieniem przesłanek zastrzeżenia). Podając ogólne informacje w ramach złożonych wyjaśnień, Izba ustaliła, że wyjaśnienia odnosiły się do wskazania sprzyjających warunków wykonania zamówienia, wskazano jakie elementy działalności Wykonawcy doprowadziły do oszczędności, podano jakie wynagrodzenie i stawki Wykonawca przewiduje dla zespołu osób, wytłumaczono poziom przewidzianych stawek, wskazano na oszczędności, których źródłem jest używana technologia i unikalność zakładanego rozwiązania. Przystępujący załączył kalkulację, gdzie wyodrębniono między innymi koszty ogólne, koszty osobowe, podział kosztów w ramach zakładanych kanałów korzystania przez klientów z oferowanego rozwiązania. Do wyjaśnień dołączono dowody potwierdzające poziom przyjętych kosztów.

Następnie Zamawiający w dniu 16 lutego 2022 roku, poprosił Przystępującego o dodatkowe wyjaśnienia, między innymi odnoszące się do przewidzianych stawek wynagrodzenia osobowego i założonych liczby godzin pracy danego eksperta, niektórych elementów ujętych w kosztach ogólnych w odniesieniu do załączonych dowodów oraz wyliczenia jednostkowego kosztu utrzymania systemu.

Przystępujący w dniu 18 lutego 2022 roku złożył odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, w której podał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (wraz z uzasadnieniem przesłanek), następnie odniósł się szczegółowo do pytań postawionych przez Zamawiającego i przedstawił sposób wyliczenia kosztu utrzymania systemu w ujęciu jednostkowym.

Odwołującemu złożone wyjaśnienia i dowody nie były znane, tym niemniej formułując zarzut uznał, że Przystępujący powinien być ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów, na które uwagę zwrócono w odwołaniu. Odwołujący stawiając zarzut kierował się treścią załącznika nr 7 do oferty – formularza ofertowego.

Izba podziela stanowisko przedstawione przez Przystępującego, że zarzut zaniechania zastosowania art. 224 ustawy Pzp został postawiony niewłaściwie. Zamawiający skorzystał z przywołanego przepisu, uzyskał wyjaśnienia a nawet w ramach tych wyjaśnień uzyskał również dodatkowe informacje i wyliczenia, a także dowody potwierdzające wysokość ponoszonych przez Flowbird kosztów. Tym samym zasadnym w ocenie składu orzekającego Izby byłoby raczej postawienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu wystąpienia rażąco niskiej ceny. Na taki zarzut jednak Odwołujący się nie zdecydował. Jeżeli zdaniem Odwołującego oferta cenowa Przystępującego nie zawiera wyceny elementów, na które zwrócił On uwagę w odwołaniu, to uzyskanie dodatkowych wyjaśnień nic nie zmieniłoby w tej kwestii.

Dalej, dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący zarzut zaniechania żądania wyjaśnień wywodzi raczej z treści formularza ofertowego i ujętych tam wyliczeń, podnosząc,

iż z formularza nie wynika, że oferowane są pewne funkcjonalności (bilet otwarty) czy też zaniżone są koszty osobowe oraz brakuje innych kosztów (szyna usług).

W tej materii zauważyć należy, iż bez względu czy załącznik nr 7 miał charakter pomocniczy, czy też kluczowy dla oceny ceny, to treść główną do jego wypełnienia wskazał Zamawiający, podając, iż przedstawić należy koszty osobowe w ujęciu pracowników, koszty ogólne, koszty transakcji, koszty kontroli, koszty finansowe i inne. Wypełnienie rubryki „Inne” nie było obowiązkiem a uprawnieniem Wykonawców, gdyby uważali, że konieczne jest jeszcze poniesienie kosztów nie wymienionych przez Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego rubryka ta nie dotyczyła kosztów odnoszących się do wykonania przedmiotu zamówienia w całości, nie ujętych w pozostałych rubrykach tabeli. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nie było zadaniem załącznika prezentacja pełnej wyceny każdego elementu prac związanych z realizacją zamówienia czy implementacji określonych funkcjonalności. Gdyby tezy te uznać za prawdziwe, to z pewnością ostatnia z rubryk musiałaby odnosić się do wielu innych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego, a nie wymienionych w innych miejscach tabeli. Opis przedmiotu zamówienia nie ograniczał się przecież tylko do tej jednej funkcjonalności, na której skoncentrował się Odwołujący. Natomiast braków wyceny innych funkcjonalności Odwołujący nie kwestionował. Na marginesie zauważyć należy, iż sam Odwołujący nie wypełnił załącznika nr 7 we wnioskowany sposób. Trudno bowiem Izbie uwierzyć, zwłaszcza w obliczu zarzutów odwołania, że inne koszty (które mają wyczerpywać opis przedmiotu zamówienia) zamykają się kwotą 96,87 zł.

Izba w pełni podziela twierdzenia Zamawiającego, że *„brak podania kosztów wymienionych przez Odwołującego funkcjonalności oraz prac nie oznaczał, iż Wykonawca Flowbird nie deklaruje ich wykonania albo, że nie uwzględnił ich w cenie ofertowej. O tym, że Wykonawca deklaruje realizację pełnego zakresu prac decydowała treść samej oferty (Formularza ofertowego)”*.

Dokonując analizy zarzutów odwołania w przedstawieniu przez Przystępującego zaniżonych kosztów osobowych, to samo oparcie zarzutu na danych wynikających z ogólnie dostępnych sprawozdań finansowych, bez znajomości szczegółowo złożonych przez Przystępującego w tym zakresie wyjaśnień obarczone było błędne. Flowbird w wyjaśnieniach przedstawił i opisał czynniki, które pozwoliły na przyjęcie określonych stawek dla poszczególnych specjalistów, przy czym podano również stawki wynagrodzenia miesięcznego i liczbę godzin zaangażowania pracownika w projekt Zamawiającego. Wnioskowanie z treści sprawozdań finansowych jest nietrafne i obarczone ryzykiem błędu, ponieważ pensje pracowników na poszczególnych szczeblach przedsiębiorstwa są zróżnicowane, Odwołujący zaś próbuje wywodzić wnioski ze stawek uśrednionych. Wszelkie zaś rozważania o zbyt małej liczbie godzin przyjętej dla danego projektu dla

zaangażowania pracowników stanowią dywagacje własne Odwołującego, któremu „wydaje się”, że liczby te muszą być zaniżone. Z czego powyższe wywodzi, Izbie nie wskazano, a przede wszystkim nie wykazano na podstawie złożonego materiału dowodowego.

Co do założeń przyjętych przez Przystępującego dla udziału „wirtualnej portmonetki” w kosztach transakcji, to Izba podkreśla, że Zamawiający żadnych założeń Wykonawcom nie narzucał. Wykonawcy mogli bazować na własnym doświadczeniu biznesowym i rozwiązaniach własnych aplikacji. Zamawiający słusznie zwrócił w odpowiedzi na odwołanie uwagę, że kwestia ta była przedmiotem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i wyjaśnienia Flowbird uznano za racjonalne i uzasadnione, a Przystępujący opisał w jaki sposób zamierza osiągnąć deklarowany próg transakcji. Wykonawca deklaruwał w wyjaśnieniach powszechne uruchomienie możliwości wnoszenia opłat z przedpłaconej portmonetki w ramach swoich usług. Doświadczenia Odwołującego mogły być inne i miał prawo przyjąć On założenie, że w jego przypadku większość transakcji wykonywanych będzie przy użyciu karty płatniczej. Nie znaczy to jednak, że było to jedyne właściwe podejście, ani tym bardziej, że z tego powodu cena oferty Przystępującego jest rażąco niska. Złożone przez Odwołującego w toku rozprawy dowody nie potwierdzają tez odwołania, wskazują, że możliwe jest osiągnięcie różnych poziomów prowizji, czemu z resztą żaden z uczestników postępowania odwoławczego nie przeczył.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących braku uprawnień do świadczenia określonych usług i braku wpisu do rejestru prowadzonego przez KNF, to zgodnie z zapisami SWZ, takie wymagania nie zostały wykonawcom postawione.

Jeżeli chodzi o koszt wyceny szyny usług, to również z oferty Odwołującego nie wynika on z żadnego elementu tabeli formularza, w tym wydaje się, że nie może wynikać z rubryki „Inne”, zważywszy na kwotę tam ujętą. Nie jest więc wiadomym na jakiej podstawie i przede wszystkim, z których zapisów SWZ Odwołujący wywodził taki obowiązek dla Przystępującego.

Podsumowując, zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody, podobnie jak Zamawiający, uznała za wyczerpujące, logiczne i spójne.

Zarzut nr 4

Zamawiający przyznał, że istotnie w formularzu ofertowym Przystępującego dała się zauważyć omyłka rachunkowa przy sumowaniu wszystkich pozycji.

Jednakże, tak Zamawiający, jak i Przystępujący zauważyli, że nawet zaniechanie zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Niezależnie bowiem od tego, czy Zamawiający poprawiłby omyłkę

rachunkową, czy też nie, wynik postępowania byłby niezmieniony. Oferta Przystępującego nadal byłaby najkorzystniejsza, a sama czynność poprawienia tego typu omyłki nie wymaga uzyskania zgody danego Wykonawcy. Izba przedstawione stanowisko popiera i przyjmuje za własne. Sam zaś Odwołujący nie przestawił w jaki sposób zaniechanie poprawienia omyłki przekłada się na wynik postępowania.

Zarzut nr 5

W kwestii merytorycznego zakresu zarzutu jest on tożsamy z zarzutem naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, to znaczy odnosi się do tych samych elementów, czyli nieuwzględnienia w ofercie biletu otwartego, szyny usług i wirtualnej portmonetki. Aktualne pozostają więc rozważania Izby przedstawione przy omawianiu zarzutu naruszenia art. 224 ustawy Pzp.

Ponownie Izba musi przytoczyć argumentację, iż brak podania kosztów wymienionych przez Odwołującego funkcjonalności oraz prac w załączniku do Formularza ofertowego nie oznaczał, iż Flowbird nie deklaruje ich wykonania albo, że nie uwzględnił ich w cenie ofertowej.

W ramach rozważań ogólnych dostrzeżenia wymaga, iż za treść oferty uważa się zadeklarowane spełnienie wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, oraz że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby z budowy formularza ofertowego – załącznika nr 7, nie sposób wywieść wniosku, że należało ująć w nim wszystkie elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia, opis wymagań, które przy realizacji przedmiotu zamówienia będzie musiał spełnić każdy wykonawca. Zakres treściowy załącznika odnosi się do kosztów za przedmiot zamówienia i to w ujęciu głównych kosztów, które określił we wzorze dokumentu sam Zamawiający. Nie odnosi się on do funkcjonalności, których w opisie przedmiotu zamówienia wymaga Zamawiający. Tym samym założenia odwołania z gruntu są nietrafne. Także z formularza Odwołującego nie wynika, w której rubryce ujął on koszty szyny usług, czy biletu otwartego. Jak celnie zauważył na rozprawie Przystępujący, rubryka nr 4 – hosting, utrzymanie i rozwój aplikacji może się do tych kosztów odnosić, a do jej wysokości Odwołujący nie miał zastrzeżeń.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach dotyczących ceny wskazał także sposób, w jaki będzie wykonywał poszczególne elementy przedmiotu zamówienia wymagane przez Zamawiającego (w tym szynę usług), przy pomocy jakich podmiotów, jeżeli uprawnień w tym zakresie sam nie posiada. Jak już zauważono w niniejszym uzasadnieniu, Zamawiający nie

wymagał składania dokumentów poświadczających możliwość wykonywania określonych czynności płatniczych przez podmiot realizujący usługi.

Złożony przez Odwołującego materiał dowodowy w postaci wydruku z aplikacji, który miał świadczyć o braku w aplikacji Przystępującego możliwości wyboru biletu otwartego, okazał się być niezwiązany z przedmiotem sporu, albowiem dotyczy zupełnie innego rozwiązania, to jest wirtualnego parkometru.

Dlatego też Izba nie uznała zasadności powyższego zarzutu.

Zarzut nr 6

Z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzuca, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do niedozwolonego porozumienia wykonawców Pango i Flowbird, wywodząc istnienie takie porozumienia, ponieważ oba podmioty posługują się potencjałem tego samego podmiotu trzeciego, złożyły JEDZ podmiotu trzeciego z tymi samymi błędami; błędnie określono części postępowania w tytule przelewu wadium przez Flowbird; obaj Wykonawcy reprezentowani byli przez tego samego pełnomocnika w różnych postępowaniach.

Poza przytoczeniem powyższych okoliczności na istnienie jakiegokolwiek porozumienia między wskazanymi wykonawcami Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. W toku rozprawy wskazywał natomiast, że opisane okoliczności powinny wzbudzić w Zamawiającym co najmniej wątpliwości.

Z tak lakonicznie sformułowanym zarzutem i w obliczu braku jakiegokolwiek materiału dowodowego Izbie trudno nawet prowadzić rozważania merytoryczne i polemizować z Odwołującym. By zamawiający mógł odrzucić na podanej podstawie ofertę, konieczne jest chociaż uprawdopodobnienie, że opisane okoliczności świadczą o niedozwolonym porozumieniu wykonawców. Tymczasem Odwołujący poprzestał na wskazaniu kilku nie powiązanych ze sobą elementów i na tym zakończył proces dowodzenia, nie próbując chociaż przedstawić dowodów pośrednich. Odwołujący nie starał się nawet zobrazować, że doszło lub co najmniej mogło dojść do zaburzenia konkurencji. Zmowa przetargowa jest jednym z najcięższych deliktów nieuczciwej konkurencji, więc jej stwierdzenie nie może być oparte na pewnych wątpliwościach, bliżej nieokreślonych okolicznościach czy też podejrzeniach jednego podmiotu wobec drugiego.

W orzecznictwie unijnym prezentowane jest stanowisko, że istnienie antykonkurencyjnego porozumienia może zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów, które dopiero łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia,

stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia, rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji (tak wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 Technische Unie BV v. Komisja, Dz. Urz. C 294).

Izba pragnie podkreślić, że zarówno Zamawiający oraz Przystępujący w złożonych pismach procesowych podnieśli celną i słuszną argumentację, którą Izba przyjmuje za własną. W kwestii korzystania z potencjału tego samego podmiotu trzeciego, dostrzeżenia wymaga, że nie jest to sytuacja wyjątkowa i niespotykana w zamówieniach publicznych, zwłaszcza jeżeli przedmiotem zamówienia są specjalistyczne usługi lub krąg podmiotów świadczących danego rodzaju usługi nie jest rozbudowany. Złożenie JEDZ podmiotu trzeciego z tymi samymi błędami jest w ocenie składu orzekającego Izby jeszcze łatwiejsze do wytłumaczenia. Nie powinny bowiem dziwić takie same błędy w dokumencie przygotowanym przez jeden i ten sam podmiot, który następnie udostępnił swój potencjał różnym wykonawcom i przekazał im ten sam dokument, tym bardziej, że podmioty te nie musiały być poinformowane, że taka sytuacja ma miejsce. Co do błędów w przelewie wadium Flowbird, to Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób przemawia to za istnieniem niedozwolonego porozumienia wykonawców. Za zupełnie niezrozumiałą Izba uważa argumentację, że pełnomocnikiem różnych wykonawców w różnych postępowaniach była ta sama osoba. Pomijając tak oczywiste wytłumaczenie jak możliwość zmiany pracy przez daną osobę lub też prowadzenie specjalistycznej działalności gospodarczej w zakresie zamówień publicznych i rozwiązań, które zamawia się w przedmiotowym postępowaniu, trudno dopatrzeć się Izbie logicznych argumentów, które mogłyby świadczyć o istnieniu porozumienia.

Odwołujący nie wykazał, aby zarzucane przez niego niedozwolone porozumienie antykonkurencyjne zostało zawarte, a nawet, aby mogło zostać zawarte, kto był jego stroną, kiedy do niego doszło i jaki efekt przez to osiągnięto. Nawet poszlaki, które przedstawiał, nie mogły ułożyć się w logiczny ciąg pozwalający na analizę zaistnienia takiego czynu w oparciu o domniemanie faktyczne. Dla wszystkich przedstawionych okoliczności, Zamawiający i Przystępujący przedstawili logiczne wytłumaczenie danego stanu faktycznego.

W konsekwencji Izba nie uznała zasadności zarzutu.

Zarzut nr 7

W odwołaniu zakwestionowano zobowiązanie Yellowbrick B.V. do udostępnienia Przystępującemu niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie zasługiwała na uwzględnienie. Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, że przedmiotem zamówienia są usługi o charakterze niematerialnym, czyli dostarczenie Zamawiającemu rozwiązania (systemu), które umożliwi pobieranie opłat w strefie płatnego parowania przy pomocy kanałów mobilnych. Tym samym treścią zobowiązania Wykonawcy, z którym Zamawiający podpisze umowę jest dostarczenie zbioru opisanych funkcjonalności, który umożliwi wnoszenie opłat przy użyciu rozwiązań mobilnych o różnym charakterze. Zatem udział w wykonywaniu usługi nie polega na wykonywaniu materialnych czynności mających wymierny charakter ale na zapewnieniu sprawnego działania dostarczanych aplikacji i rozwoju tej aplikacji.

Jak słusznie zauważył Przystępujący, zakres i charakter zobowiązania podmiotu trzeciego winien być zawsze badany w stosunku do specyfiki danego zamówienia. Dokonując analizy złożonego zobowiązania Yellowbrick, to wynika z niego, że udostępnianym zasobem jest zdolność techniczna i zawodowa, a w szczególności wiedza i doświadczenie w realizacji usług polegających na pobieraniu opłat z wykorzystaniem platform mobilnych w ilości co najmniej 1 500 000 transakcji rocznie, w szczególności wiedza i znajomość procesów logistycznych związanych z obsługą i pobieraniem opłat za postój w strefach płatnego parkowania z wykorzystaniem nowoczesnych platform lub kanałów mobilnych, będących tożsamych z przedmiotem zamówienia. Następnie z zobowiązania wynika, że sposobem, w jaki nastąpi udostępnienie będzie *„bezpośrednie wsparcie merytoryczne i konsultacje specjalistów Podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie przedmiotu Zamówienia, możliwych rozwiązań technicznych dla operatora systemu pobierania opłat za postój w strefie płatnego parkowania za pomocą platform / kanałów mobilny, przez cały okres realizacji Zamówienia. Ponadto Wykonawca będzie korzystał z doświadczenia i doradztwa Podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie pozyskania klientów indywidualnych, a także szczególnie biznesowych w zakresie przedmiotowego Zamówienia”*. Innymi słowy, eksperci podmiotu udostępniającego zasoby będą merytorycznie wspomagali pracowników Przystępującego, przekazując im wiedzę na temat możliwych rozwiązań technicznych, serwisu systemu, będą prowadzili niezbędne konsultacje, doradzali w zakresie pozyskiwania klientów indywidualnych i biznesowych. W ocenie Izby w ten sposób wyrażał się będzie udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że taki opis nie wyczerpuje znamion bezpośredniego udziału, czy też stanowi o nierealności udostępnienia zasobu. Dodatkowo z treści zobowiązania wynika, że *„podmiot udostępniający zasoby będzie brał czynny i aktywny udział poprzez konsultacje techniczne z Wykonawcą, wsparcie merytoryczne nt. rozwiązań technologicznych oraz zapewni nadzór nad działaniem systemu (...)”*. W ocenie Izby trudno o bardziej konkretny opis uczestnictwa danego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 118 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzać powinno, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Izba wyraża pogląd, że zobowiązanie znajdujące się w ofercie Przystępującego wypełnia ustawowe przesłanki opisane dla treści danego rodzaju dokumentu. Sam Odwołujący nie opisał i nie wytłumaczył w jakich elementach zobowiązania upatrywać należy jego błędów i dlaczego opisanemu sposobowi udostępnienia zasobów brakuje cechy realności.

Zarzut nr 8

Skład orzekający Izby uważa, że zarzut ma charakter spóźniony. Odwołujący już w czerwcu 2022 roku, po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej uzyskał informację, że w przypadku wyjaśnień cenowych ma miejsce zastrzeżenie części informacji przez Przystępującego. Odwołujący już wtedy zdawał sobie sprawę, że skoro Zamawiający udostępnił dokumenty w sposób świadczących o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, to honoruje on zastrzeżenie Wykonawcy i uważa, że wykazane zostały przesłanki zastrzeżenia.

Jednocześnie fakt, że Zamawiający odtajnił część wyjaśnień samego Odwołującego, ma znaczenie irrelevantne dla zarzutu odwołania. Odwołujący winien bowiem wykazać, że to Przystępujący nie uczynił zadość wykazaniu przesłanek, w przypadku zaistnienia których pewną pulę informacji można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący tymczasem w żaden sposób nie próbuje dokonać analizy, dlaczego, w jego ocenie, nie zachodzą przesłanki uznania informacji zastrzeżonych przez Flowbird za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący przedstawia swoje wątpliwości a nie odnosi się do okoliczności znanych mu z uzasadnienia zastrzeżenia. W ramach sformułowanych żądań nie podano również odtajnienia jakich dokumentów Odwołujący się domaga. Zauważyć należy, iż ze sformułowaniem zarzutem nie jest skorelowane żadne z żądań odwołania.

Tajemnica przedsiębiorstwa powinna być oceniana w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli wykonawcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co wykonawca arbitralnie uzna za zastrzeżone, kiedy informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorię danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. W odwołaniu, oprócz ogólnych rozważań, że zbiór informacji, który został przez Przystępującego w wyjaśnieniach opisany, nie wpisuje się w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ma żadnych konkretów.

Konkludując, zarzut dotyczący nieprawidłowego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut nr 9

Zdaniem składu orzekającego Izby opis zarzutu charakteryzuje niekonsekwencja i chaotyczność twierdzeń. Z jednej bowiem strony Odwołujący pisze, w dniach 17 września 2021 roku, 14 czerwca 2022 i 1 sierpnia 2022 roku otrzymał od Zamawiającego dokumentację postępowania. Z drugiej strony Odwołujący wskazuje, że dokumentacja była niepełna. Przy czym Odwołujący nie podaje na czym owa niepełność polegała. Także w toku rozprawy Odwołujący nie umiał sprecyzować jakie dokładnie dokumenty od Zamawiającego otrzymał, by możliwe było sprawdzenie, czy rzeczywiście doszło do nieprzekazania części dokumentacji postępowania i oceny, czy Zamawiający działał z należytą starannością, czy też zaniechał przekazania części dokumentów. Odwołujący nie przedstawił żadnego spisu otrzymanych dokumentów, podczas gdy Zamawiający złożył wydruki z platformy, na której prowadzone jest postępowanie, które wskazywałyby na przekazanie Odwołującemu szeregu obszernych plików (w formacie pdf i zip), z opisu których można wnioskować, że Odwołujący otrzymał wszystkie elementy dokumentacji. Odwołujący kilkakrotnie pytany na rozprawie, nie umiał udzielić Izbie odpowiedzi, co konkretnie (czyli jakie dokumenty) otrzymał w poszczególnych datach od Zamawiającego. Skoro Odwołujący był stroną twierdzącą, że przekazana dokumentacja postępowania jest niepełna, nic nie stało na przeszkodzie, by przygotować spis (czy też wydruk z platformy) otrzymanych dokumentów, by udowodnić, że rzeczywiście po stronie Zamawiającego doszło do zaniechania czynności.

Odwołujący nie zaprzeczył także twierdzeniom Zamawiającego, że ostatecznie, przed rozpoznaniem niniejszego odwołania otrzymał dodatkowe pliki, w tym także wspomniany Wykaz usług i osób, a więc jego żądania zostały zaspokojone.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....