

Sygn. akt: KIO 1298/21

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**  
**Ernest Klauziński**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **MERA-SERWIS SGL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi;**

przy udziale wykonawcy **Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MERA-SERWIS SGL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MERA-SERWIS SGL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**, tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **MERA-SERWIS SGL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** na rzecz zamawiającego **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego – Łódź Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) 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

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający” lub „MPK”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” - w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Dzierżawa, wraz z kompleksową obsługą serwisową, automatów mobilnych, służących do sprzedaży biletów lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi na przejazd pojazdami komunikacji miejskiej”. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-633418.

30 kwietnia 2021 r. wykonawca MERA-SERWIS SGL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej: „Odwołujący” lub „wykonawca MERA-SERWIS”) wniósł odwołanie wobec:

- czynności wyboru w dniu 20 kwietnia 2021 r. oferty wykonawcy MENNICA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Mennica”, „Przystępujący” lub „Wykonawca”), jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- zaniechania odrzucenia oferty Mennicy;
- zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących zaferowanej przez Mennicę ceny z dnia 19 marca 2021 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Mennicy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w tym zakresie, mimo że oferta Mennicy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1-2 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 7 ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu;
4. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących zaferowanej przez Mennicę ceny, pomimo, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym wykonawca MERA-SERWIS wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Mennicy, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Mennicy;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
5. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień dot. zaoferowanej przez Mennicę ceny;
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wykonawca MERA-SERWIS podniósł m.in., że:

- I. Rażąco niska cena w ofercie Wykonawcy i nieprawidłowa ocena złożonych przez niego wyjaśnień cenowych

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości ceny Mennicy i wezwał ją 10 marca 2021 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wskazując, że „cena oferty Wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do określonego przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”. W odpowiedzi na to wezwanie, Mennica w dniu 19 marca 2021 r. złożyła wyjaśnienia w sprawie ceny ofertowej.

Odwołujący wyjaśnił, że nie uzyskał dostępu do zasadniczej części merytorycznej wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Mennicę ze względu na niezasadne - jego zdaniem - zastrzeżenie ich, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a udostępnione mu zostały jedynie ich fragmenty o charakterze ogólnym. Niezależnie jednak od nieznamomości szczegółowej treści złożonych przez Mennicę wyjaśnień i kalkulacji, Odwołujący wskazywał, że Mennica nie jest zdolna zrealizować przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za zaoferowaną cenę mającą charakter dumpingowy.

Odwołujący podkreślił, że w pierwotnej treści dokumentacji postępowania, Zamawiający w pkt 11.1 OPZ określił przedmiot zamówienia automaty używane, które zostały zdefiniowane w

następujący sposób: 1.1. wyprodukowane w latach 2012-2020; 1.2. były eksploatowane w autobusach, tramwajach lub pociągach; 1.3. nadają się do dalszego użytku. Jedynym kryterium oceny ofert, zgodnie z pkt XIII.1 SIWZ, była wówczas cena o wadze 100%. Mennica złożyła do KIO 4 stycznia 2021 r. odwołanie, w którym zakwestionowała treść OPZ w zakresie nie uwzględnienia automatów nowych. Zamawiający uwzględnił wówczas zarzuty odwołania, modyfikując treść pkt 11.1 OPZ i dopuszczając - oprócz automatów używanych - także zaoferowanie automatów nowych, które zdefiniowane, jako „automaty fabrycznie nowe, wyprodukowane po 1 stycznia 2020 r. i nieeksploatowane, niemontowane w pojazdach; podzespoły biletomatu nie mogą być starsze niż z 2020 r.”. Zamawiający wprowadził jednocześnie dodatkowe kryterium oceny ofert do pkt XIII.1 - stan (automat nowy/używany) o wadze 15%. Zgodnie z ppkt XIII.2.2 SIWZ, w wypadku zaoferowania automatów nowych, oferent uzyskiwał 15 pkt w ramach tego kryterium, a w wypadku zaoferowania automatów używanych 0.

Zdaniem wykonawcy MERA-SERWIS istotnym jest, że w treści złożonego odwołania Mennica wprost wskazała, że rynkowy koszt urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego wynosi ok. 20 000 zł. Natomiast pomiędzy powyższą wartością rynkową automatu spełniającego wymagania OPZ a ceną jednostkową przyjętą przez Mennicę zachodzi ogromna różnica. Po przemnożeniu, bowiem powyższej ceny jednostkowej przez 553 liczbę sztuk automatów wymaganych przez Zamawiającego - okazuje się, że rynkowe koszty pozyskania samych biletomatów w cenie rynkowej powinny wynieść 11 000 000 zł, a więc znacznie ponad zaoferowaną przez Mennicę cenę (6 705 014,40 zł). Tymczasem w ofercie złożonej przez Mennicę cena jednostkowa jednego urządzenia wraz z instalacją, przygotowaniem oprogramowania oraz z kompleksową obsługą serwisowo-eksploatacyjną przez okres 45 miesięcy została wyceniona jedynie na kwotę 12.124,80 zł netto (taka kwota wynika z zaoferowanej ceny przy braku jakichkolwiek kosztów dodatkowych, które również należało uwzględnić w cenie, o czym mowa poniżej), a więc na prawie 8 tys. złotych mniej niż wartość rynkowa wskazana przez samą Mennicę za samo urządzenie. Odwołujący zwracał uwagę, że Mennica nie jest producentem urządzeń i musi kupić urządzenia od innego podmiotu (Emtest a.s.), a więc musi uwzględnić jego marżę. Podwykonawstwo w tym zakresie zostało wyraźnie potwierdzone zarówno w złożonych przez Mennicę wyjaśnieniach cenowych (części jawnej), jak i w uzupełnionym oświadczeniu dot. zakresu podwykonawstwa z 10 maja 2021 r.

Kolejno Odwołujący stwierdził, że Mennica podjęła przy tym w treści złożonych wyjaśnień cenowych próbę zdyskredytowania wagi własnego twierdzenia o rynkowym koszcie jednostkowym automatu - 20 000 zł, wskazując, że nie stanowi ono żadnego rodzaju deklaracji, co do kosztów ponoszonych przez Mennicę. Koszt ten, oparty o „najlepszą wiedzę Mennicy” (cytat z odwołania Mennicy), posłużył, jako główny argument do przekonania Zamawiającego do zmiany treści dokumentacji Postępowania na korzystną dla Mennicy. Brak obowiązku oferowania ceny opartej na dokładnie takim samym koszcie jak wskazany w odwołaniu nie przeczy tezie, że sama Mennica potwierdziła w odwołaniu, że 20 000 zł to koszt rynkowy za tego typu automat, a co za tym idzie zaoferowanie tak znacząco niższej ceny jak 12 124,80 zł za całość zamówienia (tj. znacznie szerszy przedmiot obecnego zamówienia niż produkcja samych automatów), nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego i świadczy o dumpingu cenowym.

Zdaniem wykonawcy MERA-SERWIS nieprawidłowym jest także stanowisko Mennicy zajęte w treści złożonych wyjaśnień, jakoby zmiany wprowadzone przed terminem składania ofert w treści SIWZ mogły doprowadzić do istotnego obniżenia ceny ostatecznie zaoferowanej w stosunku do ceny rynkowej wskazanej w odwołaniu. Wpływ wyjaśnień Zamawiającego jest w rzeczywistości pomijalny, a przez Mennicę został zaprezentowany w sposób ogólnikowy i wyolbrzymiony. Tytułem przykładu, Mennica twierdzi, że Zamawiający zrezygnował z przedstawienia homologacji pojazdowej, tymczasem Zamawiający utrzymał obowiązek spełniania przez automaty mających zastosowanie w tym zakresie wymagań Reg. Nr 10.05 EKG ONZ (pkt 3.1.2 OPZ), co wciąż wiąże się z koniecznością odpowiedniego dostosowania automatów do tego standardu, jak i przeprowadzenia szeregu kosztownych badań przez akredytowane laboratorium w celu potwierdzenia spełniania tych wymagań. Tak samo np. wskazane przez Mennicę parametry ekranu automatu biletowego - Zamawiający złagodził jedynie wymagania dotyczące jasności ekranu, ale pozostałe parametry, czyli wielkość ekranu, rozdzielczość i opisane funkcjonalności nie uległy zmianie. Sama zmiana dotycząca parametru podświetlenia nie ma jakiegokolwiek istotnego znaczenia dla kalkulacji ceny ofertowej. Zresztą znamionym jest to, że Mennica nie wskazała konkretnych, wymiernych kosztów, które udało się zaoszczędzić dzięki wprowadzonym przez Zamawiającego zmianom w dokumentacji postępowania.

W opinii Odwołującego należy też odnotować, że Mennica w złożonym przez siebie odwołaniu wskazywała dodatkowo, że w powyższym koszcie jednostkowym 20 000 (przemnożonym przez 553 sztuk automatów) niezawarte się wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, gdyż konieczne jest jeszcze uwzględnienie kosztów w następującym zakresie:

- a) wyprodukowanie urządzeń lub dostosowanie używanych urządzeń do szczegółowych wymagań Zamawiającego pod kątem konstrukcji, kolorystyki, oznakowania;
- b) dostosowanie sposobu mocowania do istniejących stelaży oraz instalacji elektrycznej Zamawiającego;
- c) dostosowanie oprogramowania do specyficznej taryfy biletowej Zamawiającego, unikalnej tylko dla miasta Łodzi ze względu na stopień skomplikowania;
- d) zapewnienie transportu, dostawy i uruchomienia urządzenia;
- e) zorganizowanie zaplecza technicznego i serwisowego do utrzymania w sprawności urządzeń.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca nie mógł, zatem w zaoferowanej cenie uwzględnić zarówno rynkowej wyceny nowych automatów, jak i wskazanych przez samego siebie kosztów dodatkowych, które są w jego mniemaniu niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym koszty te nie wyczerpują całości kosztów niezbędnych w celu realizacji zamówienia, które odwołujący szerzej przedstawia poniżej. W tym celu zasadnym jest ponowne przytoczenie przez Odwołującego argumentów i szacunków wskazanych w piśmie przesłanym do Zamawiającego 8.03.2021 r., które zachowują swoją trafność i aktualność.

Odwołujący w treści odwołania przedstawił w ujęciu tabelarycznym rynkową własną kalkulację kosztów minimalnych dla realizacji zamówienia z zaoferowaniem urządzeń nowych, uwzględniającą

istotne koszty niezbędne do należytego wykonania całego zamówienia zgodnie z OPZ na poziomie określonym w oparciu o doświadczenie i wiedzę Odwołującego, jako absolutnie minimalny, bez wliczenia jakiegokolwiek marży.

L.p.	Koszt	Cena jednostkowa /zł	Ilość urządzeń/m-cy	SUMA
1)	Koszt urządzenia	11500,00/1 szt.	553	6.359.500
2)	Zapasy części zamiennych na potrzeby utrzymania 553 automatów w sprawności	80.000	koszt jednostkowy	80.000
3)	Rozszerzenie gwarancji 21 miesięcy ponad standardową 24 miesiące ofertowaną przez producentów 3% wartości automatu rocznie	498,75	553	275.808 zł
4)	Koszty eksploatacyjne (smary, sprężone powietrze, specjalistyczne ścierki, płyny do mycia urządzeń, naklejki na urządzenia)	2.000,00/1 m-ce	45 m-cy	90.000
5)	Koszty montażu i płyty pośredniej (specjalistyczne uchwyty złącza elektryczne) umożliwiającej montaż automatów do stelaży w pojazdach.	500,00/1 szt.	553	276.500
6)	Koszt eksploatacyjno-serwisowy - koszty serwisantów na miejscu 4 osoby - koszty utrzymania samochodów oraz paliwa - koszt utrzymania pomieszczenia serwisowego - koszt wyposażenia serwisantów i biura - koszty eksploatacyjne - koszty wsparcia developerskiego programistycznego - koszty help desk	92,91 zł	553 x 45 m-cy	2.312.170
7)	Transmisja danych (karty	4,00/1 karta/ 1 m-ce	553 45 m-cy	99.540
8)	Koszt utrzymania Serwerów pod System Centralny	1.000/1 m-ce	45 m-cy	45.000
9)	Koszty utrzymania aplikacji płatniczej (terminale płatnicze)	8.000/1 m-ce	45 m-cy	360 000

10)	Koszt tokenizacji utrzymanie aplikacji (algorytmu)	18,00/1 szt./ 1 m-ce	553 45 m-cy	447.930
11)	Budowa aplikacji sprzedażowej i systemu centralnego. Integracje z systemami zewnętrznymi.	2000 h	85 zł/h	170.000
12)	Koszt finansowania urządzeń w czasie			
13)	Ubezpieczenie automatów	1 % wartości urządzenia w skali roku		238.481,00
14)	Tokenizacja - karty sam do czytników płatniczych	24 zł netto sztuka + 32 zł koszt personalizacji karty		31.136,00
15)	Koszt weryfikacji stelaży i przyłączy w pojazdach Zamawiającego		1 koszt jednostkowy	20.000,00
16)	Koszty przygotowania dokumentacji tłumaczenia		1 koszt jednostkowy	15 000 zł
17)	Koszty testów i odbiorów		1 koszt jednostkowy	20.000 zł
18)	Dodatkowe automaty biletowe	11 500	5	57 500
<b>Koszty ogółem</b>				<b>10.898.565 zł</b>

Zdaniem wykonawcy MERA-SERWIS uszczegółowienie poszczególnych pozycji z powyższej tabeli przedstawia się następująco:

1. Koszty urządzenia - 11.500 po TKW x 553 = 6.359.500,00

Na koszt składa się:

- koszt podzespołów koszt min. 9500 zł netto,
- koszty produkcji urządzenia min. 2500 zł netto tj. montaż urządzenia, koszt magazynowania, koszt ogólnego Zarządu,

Odwołujący wskazał, że przedstawia minimalne koszty dla producenta urządzeń, jakie są niezbędne do należytego wykonania całego zamówienia i wymagań określonych OPZ. Prezentowana powyżej kwota to koszt materiałowy (TKW Techniczny koszt wytworzenia produktów), który nie uwzględnia kosztów produkcji pracy ludzkiej/ montażu, magazynowania itp.). Odwołujący stwierdził, że przyjął taki niski koszt, aby pokazać, że nawet po kosztach materiałowych Mennica nie była by w stanie położyć tak niskiej oferty, jednakże wskazuje, że zasadniczą wartością rynkową takiego



automatu to - jak wskazano powyżej przez Odwołującego oraz zgodnie ze wcześniejszym twierdzeniem Mennicy – 20 000 zł.

Dodatkową okolicznością potwierdzającą oferowanie przedmiotu zamówienia poniżej kosztów świadczenia jest fakt, że w 2017 r. w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., Mennica za samo jedynie urządzenie EmTest EM416FBT (w dodatku o niższych niż obecnie wymagane parametrach jakościowych), oferowała cenę 13.000 zł netto, a z kosztem świadczenia usługi serwisowo-eksploatacyjnej, oferta opiewała aż kwotę 20.890.033.61 zł netto (ponad trzykrotnie więcej niż obecnie). Tymczasem w obecnej ofercie Wykonawca wyliczył koszt urządzenia EmTest EM 416FBTL wraz z usługami dodatkowymi na kwotę 12.124,80 zł netto (razem jedynie 6.705.014,40 zł netto). Przy czym wymogi Tramwajów Warszawskich wobec automatów stanowiących przedmiot zamówienia były mniej restrykcyjne niż określone w postępowaniu. W szczególności - w odróżnieniu od postępowania warszawskiego - w obecnym postępowaniu automaty biletowe powinny spełniać wymagania opisane w normie wiodącej PN-EN 50155 (pkt 3.1.1 OPZ) oraz Regulaminie Nr. 10.05 EKG ONZ (pkt 3.1.2 OPZ). Spełnienie tych norm wymaga zastosowania urządzeń elektronicznych pracujących w określonych warunkach środowiskowych tj. temperatura pracy. Brak konieczności spełnienia przez przedmiot zamówienia ww. norm wiązał się z istotnymi oszczędnościami dla wykonawców. Dla każdej ze wskazanych norm konieczne jest, bowiem przeprowadzenie szeregu bardzo wymagających badań potwierdzających spełnienie normy. Badania podzielone są na wiele etapów, począwszy od badań elektromagnetycznych (EMC) poprzez szczegółowe badania środowiskowe przeprowadzane w komorze klimatycznej aż do testów wytrzymałościowych pod względem odporności na drgania.

Wykonawca MERA-SERWIS w tabeli wyszczególnił badania, które powinien przeprowadzić Wykonawca by spełnić wymogi pkt 3.1.1 OPZ i 3.1.2 OPZ w postępowaniu. Spełnienie tych norm wymaga zastosowania urządzeń elektronicznych o przeznaczeniu przemysłowym, charakteryzujących się dużą odpornością na zmienne warunki atmosferyczne. Podczas badań sprawdzana jest: poprawność pracy automatu w niskiej temperaturze -25 0 C przez okres 2 godzin, przechowywanie urządzenia (bez napięcia zasilającego) w niskiej temperaturze 40°C przez okres 16 godzin, poprawność pracy w wysokiej temperaturze +55 0 C przez 6 godzin oraz cykliczne wahania temperatur w zakresie od 25°C do 55°C w bardzo wysokiej wilgotności sięgającej 93-95% przez okres 24 godzin. Dodatkowo, automaty muszą charakteryzować się wysoką odpornością na wibracje generowane podczas normalnej pracy pojazdów. Podczas badań przeprowadzane są próby wytrzymałościowe przy zwiększonym poziomie wibracji losowych, próby wibracji losowych oraz próby uderzeń pojedynczych.

Biorąc pod uwagę powyższe aspekty, automaty, które mają być dostarczone do Łodzi muszą być zbudowane z komponentów o obiektywnie lepszej jakości aniżeli urządzenia dostarczone do Tramwajów Warszawskich, gdzie ww. normy nie miały zastosowania. Dodatkowym aspektem wartym uwzględnienia jest cały proces przeprowadzenia badań w celu potwierdzenia spełnienia norm oczekiwanych przez Zamawiającego. Cały proces badawczy generuje koszty, które nie musiały być uwzględniane w przetargu do TW oraz wymaga wielu tygodni dodatkowej pracy po stronie

Wykonawcy. Same koszty badań w tym zakresie zdaniem Odwołującego przewyższają kwotę 50.000 zł netto. Natomiast Emtest a.s. - zadeklarowany podwykonawca Mennicy - nie posiada w swojej ofercie automatów spełniających ww. normy, w związku, z czym niezbędne jest wyprodukowanie automatów posiadających niezbędne zmiany strukturalne w celu zapewnienia zgodności z powyższymi normami, jak i przeprowadzenie ww. kosztownych badań oraz uzyskanie certyfikacji, co powinno zostać uwzględnione w cenie ofertowej. Cena ofertowa musi również uwzględniać marżę podwykonawcy w tym zakresie.

Odwołujący stwierdził, że niemożliwe jest zatem, że Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykazał koszty wyprodukowania automatów zgodnych z ww. normami, w tym lepszych jakościowo materiałów, a także koszty ww. badań. Odwołujący przy tym z ostrożności wskazywał, nie znając jednakże treści wyjaśnień złożonych przez Mennicę w tym zakresie, że w praktyce również i oferta od podwykonawcy może mieć charakter rażąco niski, w szczególności podwykonawcy głównego elementu zamówienia, jakim jest w ramach postępowania produkcja automatów. Może to dotyczyć w szczególności podwykonawców, z którymi utrzymywana jest stała, bliska współpraca biznesowa - tak jak w przypadku relacji między Mennicą i Emtest a.s. Podmioty te występują w różnych konfiguracjach podmiotowych (konsorcjum, podwykonawca - wykonawca) w szeregu postępowań o udzielenie zamówień publicznych - ich „strategiczną współpracę” potwierdza zresztą sama Mennica w treści złożonych wyjaśnień. W takim przypadku nie można wykluczyć, że złożona na potrzeby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez Mennicę oferta podwykonawcy ma charakter rażąco zaniżony, nie stanowiąc jednocześnie wiarygodnego dowodu wartości biletomatów, a ponadto ograniczając Odwołującemu dostęp do rynku. Przy czym odrębnego podwykonawcę (zgodnie z oświadczeniem Mennicy - nieznanego na etapie składania oferty, którego marżę jednak również należy uwzględnić w ostatecznej cenie) zakłada Wykonawca w zakresie dostawy i obsługi aplikacji płatniczej. Koszt rynkowy zestawu płatniczego to około 3.700 złotych netto per automat.

Kolejno wykonawca MERA-SERWIS argumentował, że w ofercie złożonej w postępowaniu musi zostać uwzględniony całkowity koszt urządzenia. Nie można uwzględniać np. połowy lub trzech czwartych wartości amortyzacji urządzenia i zakładać np., że urządzenia te będą mogły zostać po okresie 45 miesięcy wykorzystane w innym projekcie. Zgodnie, bowiem z wyjaśnieniami i zmianami treści SIWZ udzielonymi przez Zamawiającego 21 stycznia 2021 r. (odpowiedź na pytanie nr 6) po okresie obowiązywania umowy Zamawiający ma prawo odkupić dowolną liczbę biletomatów za symboliczną kwotę 1 zł netto za sztukę, o czym Zamawiający musi poinformować wykonawcę najpóźniej na 3 miesiące przed końcem obowiązywania umowy.

## 2. Zapasy części serwisowe - 80 000

Bufor serwisowy części zamiennych na minimum w/w kwotę na utrzymanie automatów w sprawności zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przy takiej populacji urządzeń jest niezbędny. 553 automaty to bardzo duża populacja urządzeń a czas naprawy jest długi, co wynika również z logistyki przykładowo komponenty jak komputery, ekrany, panele dotykowe to produkty sprowadzane zwykle z Chin. Zestawy płatnicze również naprawiane mogą być tylko przez autoryzowane serwisy.

Brak określonego buforu serwisowe może skutkować karami z tytułu nie utrzymania automatów w sprawności.

### 3. Rozszerzenie gwarancji

Podzespoły wchodzące w skład automatu objęte są standardową gwarancją 24- miesięce, rozszerzenie gwarancji wiąże się z poniesieniem dodatkowych kosztów (tzw. rozszerzona gwarancja). Czas utrzymania urządzeń w sprawności to 45 miesięcy, w kalkulację kosztów należy, więc wliczyć dodatkowe 21 miesięcy rozszerzonej gwarancji na komponenty.

### 4. Koszty eksploatacyjne

Koszty związane z bezpośrednim użytkowaniem urządzeń, płyny czyszczące, dezynfekujące, materiały eksploatacyjne, smary, elementy ulegający wyrobieniu z tytułu użytkowania urządzeń.

### 5. Koszty montażu i płyty pośredniej, transport i ubezpieczenie oraz magazyn

Montaż urządzeń jest dosyć skomplikowany, gdyż możliwy jest jedynie na zajezdni, w nocy, gdy pojazdy nie pracują na rzecz miasta (trzeba podać godziny). Zatem potencjalny wykonawca ma ograniczony czas na montaż urządzeń, co generuje dodatkowe koszty, takie jak dodatek nocny dla pracowników zatrudnionych na etat. Dodatkowo, urządzenie musi być zamontowane w pojeździe, wymagana, zatem będzie płyta pośrednia, która umożliwi prawidłowe mocowanie, a później funkcjonowanie biletomatu.

### 6. Koszty serwisu

Na koszty serwisu składa się w szczególności: obsługa pracowników (wynagrodzenie, dodatki nocne - praca głównie w nocy, obsługa bhp pracowników, koszty związane z badaniami lekarskimi, absencja wynikająca z urlopów oraz z choroby. Obsługa serwisowa musi być zapewniona przez 365 dni w roku (w tym również weekendy i święta). W koszcie serwisu należy również uwzględnić najem powierzchni warsztatowej dla pracowników zajmujących się serwisem (koszty lokalizacji, czynszu, mediów itp.). Dodatkowo należy uwzględnić wsparcie programistyczne dla: Systemu Centralnego, Aplikacji Sprzedażowej. Projekt wymaga stałej opieki programistycznej, której głównym zadaniem jest nadzorowanie pracy systemu oraz zmiana parametrów w systemie. Wlicza się w to również zmiany taryf i inne konieczne prace działu IT (usuwanie nieprawidłowości, zarządzanie informacja pasażerską, analiza danych). Zgodnie z OPZ w urządzeniach wbudowany musi być system diagnostyczny oraz system centralny posiadający m.in. narzędzie do zarządzania taryfami (zmiana cen i rodzajów biletów w ramach funkcjonującego drzewa taryfowego i dodawanie nowych biletów), możliwość sporządzania zestawień sprzedaży, zdalnego umieszczania informacji pasażerskiej oraz reklam na ekranach automatów.

#### 7. Transmisja danych (karty SIM)

W celu realizacji usługi niezbędne jest wyposażenie biletomatów w karty SIM, umożliwiające ich komunikację.

#### 8. Koszty utrzymania serwerów pod System Centralny

System centralny do monitorowania, zarządzania urządzeniami oraz gromadzenia danych sprzedażowych wymaga środowiska programistycznego (serwerów) oraz ich utrzymywania.

#### 9. Koszty utrzymania aplikacji płatniczej

Po dostawie urządzeń, w których zamontowany jest zestaw płatniczy, konieczne jest podpisanie umowy na utrzymanie aplikacji płatniczej terminali do płatności z firmą dostarczającą zestawy płatnicze. Wymogiem są względy bezpieczeństwa: oprogramowanie obsługujące transakcje płatnicze powinno być wspierane przez dostawcę zestawów i oprogramowania. Wymóg utrzymania aplikacji płatniczej wynika z restrykcji organizacji płatniczych.

#### 10. Koszty tokenizacji (utrzymania aplikacji do tokenizacji numeru karty płatniczej) - dotyczy funkcji biletu przypisanego do karty płatniczej

Zgodnie z pkt 1.1.4. OPZ wdrożony system ma umożliwiać zakup biletów jednorazowych bez wydruku - biletu przypisanego do karty płatniczej użytej podczas transakcji oraz urządzenia mają umożliwić sprawdzenie uprawnień do przejazdu poprzez przyłożenie karty do czytnika automatu. Jest to rozwiązanie, które musi spełniać bardzo rygorystyczne kwestie bezpieczeństwa związane z procesowaniem kart płatniczych Visa i MasterCard. Jest to specjalna aplikacja tokenizująca pracująca w zgodzie z wymaganiami Visa i MasterCard. Na rynku jest tylko kilka podmiotów oferujących takie aplikacje. Koszt poczynienia takiej aplikacji szyfrującej (algorytm generujący token to min 45 tys. złotych, dodatkowo dochodzi koszt miesięcznego utrzymania aplikacji na poziomie 18 zł netto miesięcznie.

#### 11. Koszty prac programistycznych tj. wytworzenia aplikacji sprzedażowej, koszty integracji z systemem karty miejskiej Migawka, koszty wdrożenia funkcji dodatkowych: opłata mandatu na automacie biletowym, zakup biletów przypisanych do karty płatniczej (bez wydruku)

System ten musi być sparametryzowany i dostosowany do Zamawiającego. Mennica wskazała zresztą w odwołaniu z 4 stycznia 2021 r., że przy realizacji zamówienia trzeba zrealizować i ponieść koszty dostosowania oprogramowania do specyficznej taryfy biletowej Zamawiającego (MPK Łódź) unikalnej tylko dla Łodzi ze względu na stopień skomplikowania.

## 12. Koszty finansowania urządzeń w czasie

Projekt rozłożony jest w czasie. Dostawca otrzymuje wynagrodzenie w ratach miesięcznych, przy czym na etapie dostawy konieczne jest poniesienie kosztów związanych z produkcją urządzeń, wytworzenia oprogramowania, montażu i uruchomienia.

## 13. Ubezpieczenie automatów przez okres dzierżawy

## 14. Tokenizacja - karty sam do czytników płatniczych

Konieczność zapisania kluczy kryptograficznych na kartach sam i instalacji w czytnikach płatniczych.

## 15. Wizja lokalna przyłączy i stelaży na pojazdach.

## 16. Koszty przygotowania dokumentacji projektowej tj. dokumentacja techniczna, dokumentacja użytkowa urządzeń, dokumentacja użytkowa systemu centralnego

## 17. Koszty testów i odbiorów urządzeń, wspólne odbiory techniczne urządzeń, test pełnej funkcjonalności urządzeń

## 18. Dodatkowe urządzenia na potrzebę wymiany urządzeń w przypadku braku możliwości naprawy w urządzeniu i konieczności wymiany (uszkodzenie obudowy - lakieru, uszkodzenie zamka drzwi, uszkodzenia wiązek elektrycznych)

Odwołujący podkreślał, że wskazane przez niego koszty są kosztami minimalnymi i nawet bez znajomości treści szczegółowych wyjaśnień Mennicy, Odwołujący jest w stanie z pełną pewnością stwierdzić, że przyjęcie kosztów niższych niż zaprezentowane powyżej na potrzeby kalkulacji ofertowej nie pokryłoby realizacji zamówienia, a Mennica nie mogła skutecznie wykazać kosztów niższych niż zaprezentowane powyżej, tym bardziej nie jest możliwe złożenie dowodów potwierdzających takie koszty.

## II. Czyn nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego zaoferowanie ceny za przedmiot zamówienia znacznie poniżej jego realnej wartości było ponadto w okolicznościach rozpoznawanej sprawy podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W realiach sprawy Wykonawca usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, które nie obejmują wszystkich wymaganych kosztów dostaw biletomatów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Kontekst udzielenia niniejszego zamówienia przemawia za nakierowaniem tego działania na eliminację z rynku lokalnego konkurencyjnego przedsiębiorcy - Odwołującego. Swoimi działaniami (opisanymi wyżej) Wykonawca przekonał Zamawiającego do zmiany wymogów postępowania, aby następnie złożyć ofertę przeczącą prezentowanym wcześniej Zamawiającemu argumentom. Co więcej, jak wynika z podstaw aksjologicznych zwalczania rażąco niskich cen, zaniżanie ceny w stosunku do kosztów zazwyczaj jest

związane z poszukiwaniem oszczędności jakościowo-ilościowych przez wykonawcę podczas realizacji zamówienia. Wykonawca, oferując nowe biletomaty (za co otrzymał dodatkową jeszcze punktację w ramach kryterium oceny ofert) za rażąco niską cenę, działa w celu pokrzywdzenia konkurencji, co także stanowi powód do odrzucenia jego oferty. Mennica jest, bowiem jednym z dwóch podmiotów świadczących obecnie usługi w zakresie obsługi biletowej dla miasta Łódź - drugim jest Odwołujący. W zakresie tego samego rynku Mennica dostarczyła do Łodzi system karty miejskiej „Migawka”, którą utrzymuje, jak również ma podpisaną z Zamawiającym umowę operatorską na sprzedaż biletów, w ramach, której prowadzi sprzedaż w automatach stacjonarnych na terenie miasta, a także dostarczyła system Open Payment w wybranych tramwajach kursujących w Łodzi. W żywotnym interesie Mennicy leży eliminacja jedyne go konkurenta na rynku łódzkim - Odwołującego, który świadczy w tym momencie usługi dzierżawy automatów biletowych wraz z kompleksową obsługą serwisowo-eksploatacyjną.

Odwołujący podkreślał, że zaoferowanie przez Wykonawcę cen na nierealnym poziomie stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym rynku, który stanowi rozpoznawane postępowanie. Na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania Wykonawcy, naruszony zostanie interes Odwołującego - który utraci możliwość uzyskania zamówienia, jak i Zamawiającego - który zostanie narażony na niezrealizowanie zamówienia zgodnie z umową.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że w realiach prowadzonego postępowania oferta Wykonawcy, jako całość i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, jak i w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

### III. Zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Mennicę

Wykonawca MERA-SERWIS wyjaśnił, że niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wyborze oferty Mennicy, jako najkorzystniejszej zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie załączników do protokołu postępowania, w tym w szczególności pełnej korespondencji między Zamawiającym a Mennicą. Zamawiający w odpowiedzi na powyższy wniosek poinformował o udostępnieniu Odwołującemu wyjaśnień cenowych w części nieobjętej, jako tajemnica przedsiębiorstwa Mennicy, przy czym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach obejmuje ich przeważającą większość, pozostawiając jawną jedynie część ogólną, „wstęp” do wyjaśnień, niezawierającą żadnej treści merytorycznej. Zdaniem Odwołującego Mennica nie wykazała w sposób wystarczający spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w żaden właściwie sposób nie wykazał, a nawet nie opisał wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji, a jedynie zawarła w nim ogólne stwierdzenia i cytaty z orzecznictwa KIO. Odwołujący podniósł, że Zamawiający miałby

obowiązek nieujawniania informacji zastrzeżonych przez Mennicę, jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko w przypadku, gdyby zastrzeżona część wyjaśnień taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowiła.

Odwołujący ponownie wyjaśnił, że nie zna treści wyjaśnień, które nie zostały mu udostępnione, jednakże nie ulega wątpliwości, że możliwe jest takie udostępnienie wyjaśnień, aby nie ujawniać treści stanowiących rzeczywistą tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, ale dać innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu możliwość zweryfikowania, czy zostały w nich wskazane, co najmniej kluczowe, bezsporne koszty realizacji zamówienia. Za bezprawne należy uznać a priori utajnienie treści merytorycznej dokumentu, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie informacji o elementach kosztowych podlegających wyjaśnieniu - które uwzględnić w cenie ofertowej musiał również Odwołujący - bez nawet udostępniania danych liczbowych czy nazw partnerów biznesowych.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu stwierdził, że w postępowaniu wzięło udział dwóch wykonawców:

1. Odwołujący - oferując automaty używane - 0 pkt, a także cenę 5.723.550,00 zł netto - łączna punktacja 85,00 pkt);
2. Przystępujący - oferując nowe automaty - 15 pkt, a także cenę 6.705.014,00 zł netto - łączna punktacja 87,56 pkt).

Zamawiający wyjaśnił, że w ramach szacowania wartości zamówienia wskazał wartość, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podał kwotę 8.000.000,00 zł netto. Różnica między wartością oszacowania dokonaną przez Zamawiającego, a ceną oferty Mennicy wynosiła 16%. Jednakże biorąc pod uwagę okoliczność, że różnica w cenie obu oferentów nie jest duża, a jeden z nich oferuje urządzenia nowe, a drugi urządzenia używane Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp podjął czynności celem wyjaśnienia czy w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Zamawiający skierował do Mennicy wezwanie do wyjaśnienia związanych z rażąco niską ceną. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Mennica przygotowała obszernie wyjaśnienia wraz z dokumentami źródłowymi, które w większości objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający stwierdził, że pomimo braku obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1a Pzp podjął czynności wyjaśniające, a treść dokonanych czynności potwierdziła, w ocenie Zamawiającego, tezę, że oferta przygotowana przez Mennicę nie budzi wątpliwości, co do możliwości jej realizacji. Wręcz przeciwnie Zamawiający wręcz mógł pokusić się o wniosek, że to oferta Odwołującego, który oferował sprzęt używany za niewiele większe wynagrodzenie niż oferta Mennicy jest ofertą gdzie cena jest rażąco wygórowana w stosunku do realiów rynku. Wyjaśnienia złożone przez Mennicę były przekonujące i w ocenie Zamawiającego w zakresie, w którym możliwa była weryfikacja poszczególnych informacji samodzielnie przez Zamawiającego - przedstawione kalkulacje miały poparcie w cenach rynkowych i w realiach rynkowych.

Odnosząc się do treści samego odwołania Zamawiający wskazywał, że w jego ocenie, na kilka elementów, które wskazują na niespójność i brak pełnej rzetelności wyliczeń dokonywanych

przez Odwołującego. Odwołujący w treści swojego odwołania wylicza, jakie w jego ocenie, są koszty oferowania dzierżawy nowych urządzeń. Nie może, bowiem porównać swojej kalkulacji do kalkulacji Mennicy z uwagi na okoliczność, że Odwołujący oferuje sprzęt używany.

Kolejno Zamawiający wskazywał, że w tabeli umieszczonej w odwołaniu (str. 9-11 odwołania) jest kilka nieprecyzyjności, a niektóre pozycje są zdublowane powodując nieprecyzyjność wyliczeń Odwołującego. Przykładem takim jest pkt 2 i pkt 18 tabeli. W pkt 2 Odwołujący wskazuje na zasadność uwzględnienia kosztów zapasu części zamiennych na potrzeby utrzymania 553 automatów, by jednocześnie w pkt 18 tabeli przewidzieć koszt dodatkowych 5 sztuk automatów zapasowych. W ocenie Zamawiającego te dwie pozycje to sztuczne dublowanie kosztów. Ponadto takiego wymogu nie było w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Następną pozycją uwzględnioną w hipotetycznej kalkulacji Odwołującego jest pkt 3 tabeli (str. 9 odwołania) - w pkt 3 Odwołujący uwzględnił koszt 275.808,00 zł z tytułu rozszerzonej gwarancji ponad standardowe 24 miesiące oferowane przez producentów automatów. Wymóg taki nie wynika z Opisu Przedmiotu Zamówienia. Ponadto pozycja ta częściowo także łączy się z elementem kosztów części zamiennych (pkt 2) i zapasowych automatów (pkt 18). Skoro Wykonawca decyduje się na rozszerzoną gwarancję to zapewne po to by móc zgłaszać wszelkie naprawy - w ramach uprawnień z gwarancji, zatem nieuzasadnionym jest dodatkowe doliczanie kosztów zapasowych części zamiennych i zapasowych automatów, biorąc pod uwagę, że w tabeli przewidziano także pkt 13 - tj. koszt 238.481 zł z tytułu ubezpieczenia nowych automatów. Kolejną pozycją jest koszt certyfikacji opisanej na str. 13 odwołania. Odwołujący wskazuje, że w swojej kalkulacji przygotowanej na potrzeby niniejszego odwołania uwzględnia koszty certyfikacji - jednakże wskazać należy, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Zamawiający nie wymagał dokonania czynności certyfikacji, lecz jedynie spełnienia przez sprzęt określonych norm. Sama okoliczność, że dane urządzenie spełnia jakąś normę - nie wymaga automatycznie przedkładania certyfikatów i konieczności wykonywania drogich badań do certyfikacji.

Zamawiający zwracał uwagę, że jego zdaniem nieuzasadnionym jest zarzut Odwołującego, który podnosi, że w zakresie poprzedniego odwołania na postanowienia SIWZ – Mennica w treści odwołania podała szacowany koszt nowego urządzenia 20.000,00 zł, a jej aktualna cena ofertowa wskazuje, że koszt ten jest niższy niż 20.000,00 zł. Zamawiający wskazywał, że nie można czynić zarzutu wobec wykonawcy, że w swojej ofercie dał inną cenę niż ta, która wynikała z innych ogólnodostępnych czynności (tj. odwołanie od zapisów SIWZ - takim działaniem wykonawca pozbawiłby się możliwości bycia konkurencyjnym.

Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności w ocenie Zamawiającego, nie można postawić zarzutu, że wbrew przepisom prawa nie dokonał odrzucenia oferty Mennica w związku z rażąco niską ceną. Zamawiający stał na stanowisku, że w tym postępowaniu zachował się daleko idącą ostrożnością i wdrożył procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Złożone przez Mennica wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i precyzyjne oraz miały poparcie w realiach rynkowych i cenach rynkowych, które mógł zweryfikować w części sam Zamawiający. W związku z tym nie było podstaw do odrzucenia oferty Mennicy, a działanie Zamawiającego w tym zakresie było w pełni prawidłowe.



Również Przystępujący przedstawił swoje stanowisko na piśmie, w którym analogicznie jak Zamawiający, wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu wyjaśniał, że:

I. Rzetelna wycena ceny ofertowej zaoferowanej przez Przystępującego, która nie zakłóca uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1-2 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk dotyczącego wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez Przystępujący podkreślał, że jego oferta jest ofertą rzetelnie przygotowaną, uwzględniającą wszystkie wymagania Zamawiającego, pokrywającą wszystkie koszty, jak również zakładającą uczciwy zysk. Przystępujący wskazywał, że złożone przez niego wyjaśnienia są konkretne, rzetelne i wyczerpujące oraz szczegółowo przedstawiają sposób zbudowania zaoferowanej ceny za realizację zamówienia wraz z przyjętą przez siebie metodologią i właściwą Przystępującemu polityką cenową. Dodatkowo do rzeczonych wyjaśnień zostały załączone liczne dowody potwierdzające realność zaoferowanej ceny. Przystępujący stał na stanowisku, że złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnienia oraz dowody są wystarczające dla uznania, że nie może być mowy o nierzetelnej wycenie przedmiotu zamówienia, a tym samym złożona przez Przystępującego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Kolejno Wykonawca ustosunkował się zaś do twierdzeń Odwołującego wskazując, że treść jego wyjaśnień zawierająca wyliczenia i dowody, została przez Przystępującego skutecznie zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec powyższego Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wiedzy o przyjętej przez Przystępującego metodzie kalkulacji, czy o czynnikach pozwalających na zaoferowanie cen jednostkowych niższych niż konkurencja, dlatego treść odwołania nie przedstawia argumentacji potwierdzającej, że cena zaoferowana przez Przystępującego została zaniżona, a jedynie odnosi się do hipotetycznych wyliczeń i założeń własnych Odwołującego. Jednakże, takie własne założenia Odwołującego nie mają nic wspólnego z ofertą Przystępującego, gdyż nie dotyczą one faktycznych wyliczeń, złożonych w toku wyjaśnień. Gdyby, bowiem Odwołujący faktycznie znał możliwości Przystępującego i czynniki pozwalające mu na kalkulację ceny ofertowej, to wówczas Odwołujący miałby świadomość, jak nietrafione są jego zarzuty. W zasadzie uzasadnienie zarzutów Odwołujący oparł na własnych wyliczeniach, czy też odwołaniach do historycznych postępowań o udzielenie zamówienia w postaci przetargu dla Tramwajów Warszawskich. W ocenie Przystępującego własne, hipotetyczne założenia Odwołującego obarczone są nieprawidłowością już chociażby z tego względu, że nie uwzględniają okoliczności związanych z tym, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. 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. Pozytywnie wyceny, na które wskazywał Odwołujący nie muszą być jedynymi, które należało uwzględnić w kalkulacji, nie wyczerpują ani katalogu minimalnego, ani nie są zakresem maksymalnym, do którego mógł odwoływać się dany wykonawca. Założenia Odwołującego nie uwzględniają zatem, że poprawność jednych założeń nie wyklucza poprawności innych założeń. Przystępujący podał, że przedstawiona

kalkulacja w złożonych wyjaśnieniach, odzwierciedla jego doświadczenie, które pozwala mu zaoferować cenę, która pokrywa wszystkie koszty, ryzyka, a także zapewnia wypracowanie racjonalnego i uczciwego zysku.

Mając na uwadze powyższe Przystępujący stwierdził, że Odwołujący dowodził poprawności własnych założeń, a nie niepoprawności założeń Przystępującego. Ewentualna poprawność założeń Odwołującego nie wyklucza, bowiem poprawności założeń Przystępującego. Nie mając, zatem wiedzy na temat możliwości ofertowych Przystępującego, Odwołujący nie jest w stanie odnieść się do tych czynników, które budują przewagę konkurencyjną Przystępującego. Wykonawca podkreślał, że każdorazowo wycena przedmiotu zamówienia odbywa się po szczegółowej analizie zakresu zamówienia, wyspecyfikowanych potrzeb zamawiającego, cech indywidualnych zamówienia i warunków rynkowych. Z tych też względów, możliwości Przystępującego, a co za tym idzie - wyceny zaoferowane w poszczególnych przetargach, różnią się od siebie, co odzwierciedlone jest w rankingu ofert przedmiotowego zamówienia. Przystępujący ponownie zwracał uwagę, że Odwołujący nie zna treści tych wyjaśnień, gdyż zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, w związku, z czym kalkulacje Odwołującego - przyjmujące za faktyczny inny stan rzeczywisty niż charakterystyczny dla Przystępującego - obciążone są wadą. Wobec tego formułował tezę, że skoro Przystępujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena jest realna, bezzasadne są zarzuty Odwołującego dotyczące się ceny rażąco niskiej oraz złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący podniósł jednocześnie, że Odwołujący poza przywołaniem stanu faktycznego sprawy, fragmentów opisu przedmiotu zamówienia oraz wezwania Zamawiającego skierowanego do Przystępującego nie przedstawił w treści odwołania żadnej argumentacji potwierdzającej, że cena oferty Przystępującego została zaniżona, a w konsekwencji, że cena oferty ww. wykonawcy jest rażąco niska oraz nie podważa sposobu kalkulacji ceny oferty przez Przystępującego. Przyjęte przez Odwołującego założenia do wyceny dotyczą sposobu i metody kalkulacji cen poszczególnych elementów wynikających z indywidualnego doświadczenia Odwołującego, stanowią elementy polityki i strategii cenowej Odwołującego, warunki biznesowe oraz sposoby realizacji przedmiotów tych oferty handlowych Odwołującego, które w żadnej mierze nie przekładają się na sposób kalkulacji ceny oferty przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący podkreślił, że 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, że własne założenia Odwołującego pozostają w oderwaniu od sposobu wyliczenia ceny ofertowej przez Przystępującego, gdyż nie dotyczą one faktycznych wyliczeń ceny, przedstawionych Zamawiającemu w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Reasumując Wykonawca stwierdził, że należy uznać, że składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, 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, a w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny powołał się na czynniki sobie tylko właściwe, które pozwoliły wyłącznie jemu zaoferować niższe ceny od pozostałych wykonawców. Tym samym brak jest podstaw do uznania za zasadnych zarzutów postawionych w odwołaniu.

Niezależnie od argumentacji zaprezentowanej wyżej Przystępujący odniósł się do wyszczególnionych przez Odwołującego argumentów:

(a) Homologacja

Zdaniem Przystępującego brak konieczności uzyskania formalnego certyfikatu wystawionego przez akredytowaną jednostkę stanowi bez wątpienia oszczędność czasu po stronie producenta i kosztów związanych z samym przeprowadzeniem badań w określonym czasie i wystawienia dokumentów. Nie zmienia to faktu, że koszt dostosowania urządzeń do wymagań zawartych w OPZ niniejszego postępowania wraz z ewentualnymi czynnościami badawczymi, które to potwierdzą został uwzględniony w ofercie Emtest (str. 6 i 7 pkt 1 wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Dowód nr 14 Oferta Emtest). Ponadto, Emtest oświadczył, że w ramach złożonej oferty, dostarczone rozwiązanie będzie zaprojektowane oraz wyprodukowane zgodnie z obowiązującymi w Polsce i UE normami i przepisami prawa oraz będzie spełniać wymagania norm opisanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, w tym w szczególności PN-EN 50155 oraz Regulamin Nr. 10 EKG ONZ.

(b) Jasność ekranu

Zdaniem Przystępującego, wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, kwestia jasności ekranu ma istotne przełożenie na koszty produkcji, albowiem im wyższe wymagania odnoszące się do parametrów ekranu, tym wyższe koszty jego produkcji. Złagodzenie, zatem wymogów w tym zakresie przez Zamawiającego, przyczyniło się do obniżenia ceny.

(c) Przedstawiona na stronach 9-11 odwołania Tabela

Przystępujący wskazywał, że są to koszty, które najprawdopodobniej ponosi Odwołujący, a nie koszty, które ponosi Przystępujący. Jakie koszty ponosi Przystępujący w związku z realizacją zamówienia zostały określone w jego wyjaśnieniach dotyczących ceny.

(d) Postępowanie w Tramwajach Warszawskich

Przystępujący wskazywał, że porównywanie tych dwóch projektów w wymienionych przez Odwołującego aspektach jest nieuzasadnione. Oferowany, bowiem produkt firmy Emtest to inny model produktu, aniżeli produkt, który został zaoferowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia na rzecz Tramwajów Warszawskich, do którego odnosi się Odwołujący. Pewne cechy wspólne oczywiście da się wyspecyfikować, niemniej jednak brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby porównywać te ceny. Ponadto każde postępowanie rządzi się swoimi prawami, jak również okoliczności towarzyszące

złożeniu określonej i konkretnej oferty są zupełnie inne zwłaszcza, jeżeli porównuje się postępowania, które dzieli niemal 3 lata różnicy.

(e) Badania, które zostały opisane na str. 12 Odwołania

Przystępujący podniósł, że Emtest oświadczył, że w ramach złożonej oferty, dostarczone rozwiązanie będzie zaprojektowane oraz wyprodukowane zgodnie z obowiązującymi w Polsce i UE normami i przepisami prawa oraz będzie spełniać wymagania norm opisanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, w tym w szczególności PN-EN 50155 oraz Regulamin Nr. 10 EKG ONZ. Dowód w postaci oświadczenia EMTEST zostanie przedstawione podczas rozprawy. Ponadto Emtest w swojej ofercie skierowanej do Mennicy (oferta ta stanowi załącznik nr 14 do wyjaśnień dot. ceny oferty Mennicy) wskazał, wyraźnie, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego w tym postępowaniu.

(f) Dostawa i obsługa aplikacji płatniczej - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 8 pkt 3 oraz str. 28 pkt 14. Wskazana przez Odwołującego cena, to raczej cena dostępna za produkt Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(g) Zapas części, rozszerzona gwarancja - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 26 i 27 pkt 11, 12.

(h) Koszty eksploatacyjne - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Koszt ten został uwzględniony w kosztach serwisu terenowego, o którym jest mowa w wyjaśnieniach str. 22-23 pkt 9

(i) Koszty montażu i płyty pośredniej - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 18 pkt 8.

(j) Koszty serwisu - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 22-25 pkt 9 Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(k) Transmisja danych - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 25-26 pkt 10. Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(l) Koszt utrzymania serwerów - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 16-18 pkt 7 Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(ł) Koszt utrzymania aplikacji płatniczej - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 28 pkt 14 Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(m) Koszty tokenizacji - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 9-16 pkt 6. Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(n) Koszty prac programistycznych - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 9-16 pkt 6 Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(o) Koszty urządzeń finansowania w czasie - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 30-31 pkt 18 Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(p) Ubezpieczenie - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 28 pkt 13 Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(r) Tokenizacja – karty sam do czytników płatniczych - elementy te zostały wliczone w cenę oferty. Jest o tym mowa w wyjaśnieniach str. 7-8 pkt 2 Wyliczenie natomiast Odwołującego to najprawdopodobniej cena produktu/usługi dostępna Odwołującemu, a nie cena rynkowa.

(s) Wizja lokalna przyłączy i stelaży w pojazdach - koszt wizji lokalnej jest wliczony w cenę montażu urządzeń.

(t) Koszty dokumentacji projektowej - koszty te zostały wliczone w cenę oferty w pozycjach prac programistycznych oraz Project Managementu – zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami str. 9-16 pkt 6 oraz str. 29-30 pkt 17.

Przystępujący stwierdził, że za nietrafiony należy uznać także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 12 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w sytuacji, gdy oferta Przystępującego nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę, to nie można mówić w tym przypadku o jakimkolwiek naruszeniu przepisów uznk. Wykonawca wskazywał, że za działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana.

## II. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego

Ustosunkowując się do twierdzeń Odwołującego wskazanych na uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust.1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Mennicę, zdaniem Przystępującego zarzut powyższy należy uznać za bezprzedmiotowy. Treść wyjaśnień Przystępującego zawierająca wyliczenia i dowody oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, została przez Przystępującego skutecznie zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Szczegółowe uzasadnienie wraz z dowodami znajduje się w uzasadnieniu zastrzeżenia, które zostało złożone wraz z wyjaśnieniami dot. zaoferowanej ceny. Przystępujący stał na stanowisku, że nie tylko wyjaśnił przyczyny objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, ale też uprawdopodobnił ziszczenie się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, co oznacza, że Zamawiający prawidłowo uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne, jako, że tego rodzaju informacje mogą mieć

wpływ na konkurencyjność Przystępującego i jego pozycję rynkową. Wobec powyższego przedmiotowy zarzut nie ma w tej sytuacji racji bytu, a Odwołujący powinien na wcześniejszym etapie postępowania kwestionować zasadność uznania przez Zamawiającego ww. zastrzeżenia.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 nPzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 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 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zaś przepis stanowi, że zgodnie z art. 90 ust. 3 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 art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast według pkt 6 powyższego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Natomiast zgodnie z pkt 3 powołanego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, że wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest, więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”.

Izba stanęła na stanowisku, że ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przesądza o prawidłowości decyzji Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Przystępującego.



Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że cena oferty złożonej przez Przystępującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Mennicy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Na wstępie poczynionych rozważań Izba uznała za właściwe osadzenie ceny ofertowej Przystępującego w otoczeniu zarówno wartości szacunkowej jak również oferty konkurencyjnej tj. oferty Odwołującego.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że Zamawiający dokonując oszacowania wartości zamówienia przed wszczęciem tego postępowania oszacował wartość szacunkową uwzględniając ówczesny przedmiot zamówienia dotyczący używanych automatów do sprzedaży biletów. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w protokole z postępowania w pkt 2. Następnie w wyniku odwołania wniesionego przez Mennicę w styczniu 2021 r. Zamawiający dokonał modyfikacji, która polegała na dopuszczeniu automatów nowych. Ponadto wskazać należy, że Zamawiający ustalił kryterium oceny ofert za pomocą, którego postanowił punktować oferowanie przez wykonawcę urządzeń nowych. Dostrzeżenia wymaga, że mimo dokonanej zmiany Zamawiający utrzymał dokonany szacunek, co może oznaczać, że Zamawiający uznał, że powyższa zmiana nie miała wpływu na dokonane wcześniej ustalenie a nie stanowi przyznanie MPK, że wartość szacunkowa została wadliwie oszacowana. Jeśli zaś chodzi o cenę oferty Przystępującego na tle ceny oferty Odwołującego to nie budzi żadnych wątpliwości, że cena oferty wykonawcy MERA-SERWIS jest wyższa od ceny oferty Mennicy. Jednak w tym miejscu zaznaczenia wymaga, że Odwołujący zaoferował automaty używane natomiast Przystępujący zaoferował automaty nowe.

W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę, że Zamawiający pomimo braku ustawowego obowiązku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, wynikającego z art. 90 ust. 1a Pzp wystosował - jak stwierdził „z ostrożności” pod wpływem pisma, które wpłynęło w postępowaniu - do Przystępującego wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Przystępujący zastosował się do wezwania Zamawiającego i przedstawił w wyznaczonym terminie odpowiednie wyjaśnienia wraz z dowodami. Przeprowadzona analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty zgłoszone przez wykonawcę MERA-SERWIS w odwołaniu należy uznać za nieuzasadnione. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 19 marca 2021 r. złożone w aspekcie podejrzenia występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny są konkretne, rzetelne i wyczerpujące. W ich treści szczegółowo przedstawiono strukturę zaoferowanej ceny, sposób wyliczenia poszczególnych składników, a w przypadku niektórych składników nawet wskazano określone warianty wykonania, z tym zastrzeżeniem, że do kalkulacji ceny przyjmowano zawsze wariant w najwyższą ceną. Złożone wyjaśnienia, zawierające szczegółową kalkulację ceny zostały poparte rozlicznymi dowodami w postaci ofert dostawców, usługodawców, zamówień, umów, faktur i

innych dokumentów np. bankowych. Analiza wyjaśnień złożonych przez Mennicę pod kątem możliwości dostępnych temu wykonawcy i wyjątkowo sprzyjających warunków pozwala na wysnucie przez Izbę wniosku, że Mennica za cenę wskazaną w ofercie jest w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia oraz również wypracować zysku na odpowiednim poziomie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu, jak również przedstawiana na rozprawie, która została wsparta złożonymi dowodami koncentrowała się na tym, że cena zaoferowana przez Przystępującego nosi znamiona rażąco niskiej z uwagi na:

- fakt przedstawienia przez Mennicę w odwołaniu z 4 stycznia 2021 r. argumentacji, w której wskazano, że cena nowego automatu wynosi 20 tys. zł oraz
- kalkulacji Odwołującego, który jest producentem tego rodzaju urządzeń, jak te zamawiane i zdaniem, którego w kwocie zaoferowanej przez Przystępującego (12 124,80 zł) nie ma możliwości, aby wyprodukować nowe urządzenia i zaoferować usług zamawiane przez MPK w postępowaniu.

Odnosząc się to tak zakreślonych ram sporu Izba wskazuje, że analiza treści ofert złożonych przez konkurujących wykonawców prowadzi do oczywistego wniosku, że zaoferowali oni zupełnie różne automaty biletowe. Odwołujący oparł swoją ofertę o automaty używane, natomiast Przystępujący „postawił” na nowe automaty. Odmienności w tego rodzaju konstrukcji oferty spowodowały naturalne różnice związane z przygotowaniem oferty w aspekcie czynionych założeń cenowych, co znajduje również przełożenie na płaszczyznę wyjaśnień składanych przez wykonawcę w odniesieniu do występowania podejrzenia występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Tym samym za nietrafne należy uznać stwierdzenie Odwołującego o potencjalnym braku wyceny określonych elementów z uwagi na kumulację określonych zagadnień w jednym punkcie (np. w pkt 6 wyjaśnień).

Izba przychyliła się do argumentacji Przystępującego wspartej na orzecznictwie Izby, że nie istnieje tylko jeden wzór lub schemat konstruowania wyjaśnień, bowiem każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, w tym rozwiązania. Ponadto każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. W związku z tym pozycje oferowanych rozwiązań lub wyceny, na które wskazywał Odwołujący nie muszą być jedynymi, które należało uwzględnić w kalkulacji, nie wyczerpują ani katalogu minimalnego, ani nie są zakresem maksymalnym, do którego mógł odwoływać się dany wykonawca.

Najbardziej jaskrawym przykładem tego rodzaju sytuacji w rozpoznawanej sprawie jest przyjęcie przez Odwołującego założenia, że Przystępujący oferując produkt nowy będzie musiał stworzyć od zera, podczas, gdy założenie to nie jest wadliwe z uwagi na to, że zaoferowany produkt jest produktem już istniejącym, który zostanie jedynie dostosowany do wymagań Zamawiającego przez dostawcę produktu. Odwołujący na tę okoliczność przedstawił dowody za pomocą, których

próbował wykazać, że minimalna cena nowego urządzenia powinna wynosić 11,5 tys. zł i nie jest możliwe wytworzenie nowego automatu poniżej tej ceny. Podobnie należy ocenić pozostałe dowody złożone celem wykazania najniższego poziomu cen poszczególnych elementów tabeli kosztowej zawartej w odwołaniu oraz złożonej podczas rozprawy. Złożone dowody obrazują jedynie elementy wyceny, które Odwołujący uznał za istotne, jak również warunki handlowe i poziom cen, który jest dostępny wykonawcy MERA-SERWIS, co nie wyklucza tego, że inny wykonawca, w tym przypadku Mennica, może zastosować inną metodologię wyceny a także uzyskać warunki i ceny bardziej korzystne, co zostało potwierdzone dowodami złożonymi wraz z wyjaśnieniami. Wobec tego należy zgodzić się Przystępującym, który stwierdził, że założenia Odwołującego nie uwzględniają, zatem, że poprawność założeń Odwołującego nie wyklucza poprawności założeń Mennicy. Jeśli zaś chodzi o dowody mające obrazować wzrosty cen poszczególnych składników niezbędnych do wytworzenia nowego urządzenia np. stali, aluminium, miedzi, niklu itp. oraz zestawienie to Izba uznała je za nieprzydatne z uwagi na to, że Przystępujący nie jest producentem urządzeń, którego rolą jest pozyskania tego rodzaju produktów. Ponadto przypomnieć należy, że oferowany przez Mennicę produkt jest produktem już istniejącym, który zostanie jedynie dostosowany do wymagań Zamawiającego przez jego dostawcę, co czyni złożone dowody bezużytecznymi. Podobne stanowisko Izba zajęła wobec dowodów mającymi potwierdzać wzrost kosztów zatrudnienia.

Kolejną kwestią wymagającą zajęcia stanowiska przez Izbę jest zagadnienie dotyczące zakwestionowania przez Odwołującego ofert podwykonawców w aspekcie ich zaniżenia, w szczególności oferty podwykonawcy mającego realizować główną część zamówienia, jakim jest produkcja automatów. W omawianej sprawie Izba nie znalazła żadnych podstaw, aby uznać przypuszczenia Odwołującego za słuszne, bowiem tylko w takiej kategorii należy się poruszać z braku jakichkolwiek dowodów mających potwierdzać, że oferty podwykonawców, a w szczególności jednego z nich są zaniżone. Izba za chybioną uznała argumentację, w której Odwołujący wskazywał, że fakt długoletniej współpracy może stanowić podstawę do zakwestionowania wartości takich ofert. W ocenie Izby jest wręcz przeciwnie. Wiedzą powszechną jest, że fakt długoletniej, a na dodatek owocnej współpracy pomiędzy kontrahentami rodzi skutek w postaci szczególnie korzystnych warunków handlowych, w tym w szczególności uzyskiwania znacznych bonifikat na nabywane produkty. W takim przypadku brak jest jakichkolwiek racjonalnych podstaw do tego, aby uznać ofertę takiego podmiotu za niewiarygodną z punktu widzenia zaoferowanej ceny, a Odwołujący nie wykazał, że oferta podwykonawcy jest celowo zaniżona.

Nie może się również ostać argument Odwołującego, że zaoferowane przez Przystępującego automaty biletowe nie będą spełniały wymagań określonych przez Zamawiającego w OPZ. Powyższe wprost wynika ze złożonych wyjaśnień jak również z załącznika nr 14 do wyjaśnień, który zawiera ofertę dostawcy. Ponadto w toku rozprawy Przystępujący złożył oświadczenie z 2.07.2011 r., w którym dostawca potwierdził, że dostarczone rozwiązanie będzie zgodne z obowiązującymi w Polsce Normami UE i przepisami prawa oraz będzie spełniać wymagania norm opisanych przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym w szczególności PN-EN 50155 oraz Regulaminie Nr.10 EKG ONZ.

Ściśle związana z wyżej omawianym zagadnieniem jest materia dotycząca konieczności przeprowadzenia stosownych badań, na którą wskazywał Odwołujący składając w tym zakresie odpowiednie dowody, potwierdzające poziom cen za takie badania, który kształtował się na poziomie około 40 tys. zł. Odwołujący nie zaprzeczył stwierdzeniu Przystępującego w toku rozprawy, że takie badania należy przeprowadzić raz i tylko dla jednego urzędnika, a zatem Izba uznała, że ww. koszt jest kosztem niewielkim w stosunku do całego zamówienia i nie może rzutować w sposób znaczący na całość zaoferowanej ceny oferty.

Spoglądając na ofertę Przystępującego przez pryzmat innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których wykonawca brał udział oferując wyższe ceny nowych automatów biletowych nie sposób stwierdzić, że cena zaoferowana w tym postępowaniu przez Przystępującego ma charakter ceny rażąco niskiej. Po pierwsze, nie wykazano, że wymagania dotyczące zamawianych urządzeń były takie same jak te postawione w prowadzonym postępowaniu. Po drugie, zauważyć należy, że w przedstawionych postępowaniach zamawiano skrajnie równe ilości urządzeń (od 50 szt. aż po 583 szt.), co bez wątpienia ma również wpływ na poziom cenowych oferowanych urządzeń. Po trzecie, należy zwrócić uwagę na rozpiętość czasową składanych ofert, tj. przykładowo oferta dot. postępowania na rzecz Tramwajów Warszawskich była składana ok. 4 lata wstecz. Izba uznała, że wszystkie ww. uwarunkowania mają wpływ na kształtowanie ceny, która może w zależności od różnorodnych warunków związanych z przedmiotem zamówienia, ale w tym czasie również sytuacja podmiotowa wykonawcy może ulegać zmianie, np. polepszeniu, tj. może uzyskać wyjątkowe sprzyjające warunki handlowe, w tym cenowe od partnera handlowego z uwagi na wieloletnią i owocną współpracę.

Kolejno Izba odniosła się do zagadnienia związanego z poziomem ceny Przystępującego w aspekcie treści odwołania złożonego przez Wykonawcę w 4 stycznia 2021 r., w którym znalazło się stwierdzenie o rynkowej cenie nowego automatu na poziomie 20 tys. zł, gdy tymczasem Mennica w złożonej ofercie zaoferowała niższą cenę – 12 124,80 zł.

W omawianej kwestii nie można tracić z pola widzenia tego, że w treści powołanego odwołania Przystępujący zarzucał Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, z uwagi na to, że Zamawiający postanowieniami SIWZ ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy chcieliby zaoferować nowe automaty biletowe, a nie używane jak MPK wskazało pierwotnie w OPZ. Tym samym dążył do celu wyeliminowania postanowień SIWZ, które były dla niego niekorzystne, z uwagi na brak możliwości zaoferowania nowych urządzeń. Powołanie się przez odwołującego Wykonawcę w treści uzasadnienia rzeczzonego odwołania na cenę rynkową automatu na określonym poziomie, w tym przypadku 20 tys. zł nie tylko nie tworzy jakiegokolwiek związku dla tego wykonawcy, a wręcz zagrażałoby żywotnym interesom wykonawcy i mogłoby zostać wykorzystane przez podmioty konkurujące w nim w ramach ubiegania się o udzielenie zamówienia. Znając cenę wykonawcy przed złożeniem oferty mogli zaoferować cenę niższą.

Izba uznała również za przekonywujące wyjaśnienia Przystępującego, który wskazywał, że zamówienie zostało ogłoszone z końcem 2020 r. (wszcęcie postępowania w dniu 24 grudnia 2020 r.), a odwołanie zostało złożone zaraz po przerwie świąteczno-noworocznej, bo 4 stycznia 2021 r., co spowodowało, że nie zdążył szczegółowo zapoznać się z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Ponadto od czasu złożenia odwołania do czasu złożenia oferty prowadził negocjacje z dostawcą, co zaowocowało uzyskaniem korzystnym warunków handlowym, w tym również tych cenowych. Zatem cenę 20 tys. zł należy traktować, jako cenę detaliczną dla osoby fizycznej, która nie korzysta z specjalnych opustów cenowych.

Na kanwie powyższych rozważań Izba nie stwierdziła nie tylko naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Mennicy, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną oceną wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w tym zakresie, ale także Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1-2 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Mennicę, jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej przez Mennicę ceny. Izba oddaliła zgłoszony zarzut.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę na sposób postawienia zarzutu przez MERA-SERWIS w treści odwołania, w której wykonawca ograniczył się w zasadzie do stwierdzenia, że Mennica nie wykazała w sposób wystarczający spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w żaden właściwie sposób nie wykazał, a nawet nie opisał wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji, a jedynie zawarła w nim ogólne stwierdzenia i cytaty z orzecznictwa KIO, podczas, gdy utajnieniu podlega jedynie informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie część stanowiąca *de facto* cały dokument. Sam fakt wystąpienia treści chronionej w dokumencie nie uzasadnia utajnienia całej jego merytorycznej treści.

Kolejno Odwołujący wskazał, że nie zna treści wyjaśnień, które nie zostały mu udostępnione, jednakże nie ulega wątpliwości, że możliwe jest takie udostępnienie wyjaśnień, aby nie ujawniać treści stanowiących rzeczywistą tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, ale dać innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu możliwość zweryfikowania, czy zostały w nich wskazane, co najmniej kluczowe, bezsporne koszty realizacji zamówienia. Za bezprawne należy uznać *a priori* utajnienie treści merytorycznej dokumentu, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie informacji o elementach kosztowych podlegających wyjaśnieniu - które uwzględnić w cenie ofertowej musiał również Odwołujący - bez nawet udostępniania danych liczbowych czy nazw partnerów biznesowych.

Natomiast w toku rozprawy Odwołujący dodał jedynie, że wyjaśnienia są ogólne i szablonowe i mogą posłużyć w innych postępowaniach, zaś na str. 3 wskazano sieć zamówień, które są zamówieniami uzyskanymi na rynku zamówień publicznych, a zatem z tych powodów są jawne.

Niezwykle istotnym jest, że w toku rozprawy Przystępujący przyznał, że informacje zawarte na str. 3 wyjaśnień z 19 marca 2021 r. w zakresie sieci sprzedaży Mennicy pochodzące z kontraktów uzyskanych z rynku zamówień publicznych, które dotyczą: Tramwajów Warszawskich, Wrocławia, Poznania, oraz Łodzi (tylko dwa pierwsze tiret) nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę tak postawiony zarzut i jego uzasadnienie, a także oświadczenie Przystępującego złożone podczas rozprawy Izba nie miała wątpliwości, że postawiony przez wykonawcę MERA-SERWIS zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp potwierdził się jedynie w części dotyczącej zamówień pozyskanych przez mennicę z rynku zamówień publicznych. Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego, że Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji i ograniczył się do szablonowych wyjaśnień. W tym miejscu przypomnieć należy, że wykonawca oprócz wyjaśnień złożył stosowne dowody celem wykazania prawidłowości zastrzeżenia.

Izba uznała, że w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wskazał okoliczności, które przesądzają o tym, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają określoną wartość gospodarczą, która przejawia się między innymi w wyrządzeniu wykonawcy znacznej szkody, polegającej na nieuzyskaniu tego kontraktu. Ponadto wykonawca wyjaśnił, że zastrzeżone informacje dla niego określoną wartość gospodarczą związaną z przejęciem rozwiązań technologicznych, czy też przedmiotów współpracujących z Mennicą. Wskazaną wartość gospodarczą zdaje się potwierdzać argumentacja zawarta we wcześniejszych zarzutach, bowiem pozwoliła ona Mennicy na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad podmiotami, które również ubiegają się o zamówienie. Izba uznaje za wzorcowe i popiera dążenie do tego, aby wartość gospodarcza określonych informacji, które zostały opatrzone klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” była wykazywana za pomocą wymiernych liczb. Nie mniej jednak Izba dostrzega, że w nie w każdym przypadku wartość gospodarcza może być skwantyfikowana i wyrażona za pomocą konkretnych danych liczbowych. W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku Izba uznała, że wykonawca w sposób dostateczny wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

Z tych względów Izba uznała, że zgłoszony zarzut potwierdził się jedynie w części opisanej wyżej. Jednak z uwagi na oddalenie zarzutów dotyczących występowania w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny oraz wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji Izba uznała, że powyższe naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem ujawnienie ww. informacji nie może Odwołującemu na nowo otworzyć drogi do złożenia odwołania we wskazanym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Zgodnie z art. 557 nPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1298/21 zgodnie z art. 575 nPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 18 600 zł, (na którą składał się koszt wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego) - obciążyła Odwołującego, jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....