

Sygn. akt: 1186/18

WYROK

z dnia 4 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Aneta Mlącka**

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 29 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2018 przez wykonawcę **Egis Bike Polska Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Łódzkie, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź**

przy udziale wykonawcy **NB Serwis Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6B, 01-756 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Egis Bike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Egis Bike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Łódzkie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa, uruchomienie, zarządzanie oraz kompleksowa eksploatacja systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów publicznych” Nr referencyjny ZP.272.108.2017.

Odwołujący – wykonawca Egis Bike Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań, jakich dopuścił się zamawiający w Postępowaniu i zarzucił naruszenia następujących przepisów PZP:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawcy NB Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ("NB Serwis") z Postępowania z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia obejmującego dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów przed upływem terminu składania ofert tj. 11.04.2018, gdyż przedstawione przez NB Serwis w procedurze uzupełnienia z art. 26 ust. 3 PZP zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych zasobów może służyć jedynie jako środek dowodowy wykazujący dysponowanie takimi zasobami przez NB Serwis najwcześniej od 14.05.2018 - co stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 22a ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 PZP;

ewentualnie, uprzedzając argumentację Zamawiającego o możliwości wzięcia pod uwagę łącznie zarówno zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie ("Nextbike") z dnia 10.04.2018 (co do którego Zamawiający zastosował procedurę z art. 26 ust. 3 PZP) oraz uzupełnionego zobowiązania tego podmiotu z dnia 14.05.2018:

2. dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę NB Serwis, z uwzględnieniem dokumentu pierwotnego, co do którego Zamawiający zastosował procedurę wezwania oraz dokumentu uzupełnionego, co jest niedopuszczalne - co stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 PZP;

3. zaniechanie odrzucenia złożonej w Postępowaniu oferty wykonawcy NB Serwis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - co stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP;

4. zaniechanie odrzucenia złożonej w Postępowaniu oferty wykonawcy NB Serwis jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - co stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”);

5. zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wykonawcy NB Serwis w przedmiocie wyliczenia ceny wraz z załącznikami, tj. dokumentów, które zostały przedłożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 29.05.2018, na dowód, że rzekomo cena oferowana przez NB Serwis nie była rażąco niska - co stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK;
6. dokonanie wyboru w Postępowaniu oferty NB Serwis jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy oferta złożona przez wykonawcę NB Serwis powinna być odrzucona i nie było podstaw do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej - co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 PZP;
7. dokonanie wyboru w Postępowaniu oferty NB Serwis jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy NB Serwis powinien zostać wykluczony z Postępowania i nie było podstaw do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej - co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 PZP.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP:

- unieważnienia czynności wyboru oferty NB Serwis jako oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenia wykonawcy NB Serwis z Postępowania lub ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień NB Serwis w przedmiocie wyliczenia ceny wraz z załącznikami, które zostały złożone w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 19.04.2018 r. pn. "Wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny";

Ponadto wnosi o:

- przeprowadzenie na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania, która zostanie dostarczona przez Zamawiającego, a w szczególności z dokumentacji, która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa; przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu; dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa ze specjalizacją wytwarzanie konstrukcyjnych elementów budowlanych, na następujące okoliczności:
 - aktualnych cen stali szlachetnej na rynku i szacunkowej ceny za blachę o wymiarach 1500 x 3000 x 4mm;
 - szacunkowego kosztu wytworzenia podstaw do stojaków rowerowych według wymogów w postępowaniu, przy uwzględnieniu kosztów materiałów i robocizny; oraz szacunkowego kosztu wytworzenia stojaków rowerowych według wymogów w Postępowaniu, przy uwzględnienia kosztów materiałów i robocizny; dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa ze specjalizacją infrastruktura miejska i samoobsługowe wypożyczalnie rowerów miejskich, na następujące okoliczności: określenia głównych

elementów tzw. "roweru 4 generacji" i wyjaśnienia czym "rower 4 generacji" różni się od "roweru 3 generacji"; oraz szacunkowej wyceny tzw. "roweru 4 generacji", przy uwzględnieniu wszystkich elementów wpływających na cenę jego wytworzenia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. Wybór oferty NB Serwis jako najkorzystniejszej pozbawia Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia. Naruszenie przepisów przez Zamawiającego miało wpływ na wynik Postępowania. Zaniechanie wykluczenia NB Serwis lub odrzucenia oferty tego wykonawcy, doprowadziło Zamawiającego do błędnego wyboru oferty. Zaniechanie odtajnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez NB Serwis w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa również miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż Odwołujący, konkurujący z wykonawcą NB Serwis, został pozbawiony wglądu w dokumenty, które miałyby rzekomo potwierdzać, że cena oferowana przez NB Serwis nie była rażąco niska.
2. Informacja o wyborze oferty NB Serwis, została przekazana w dniu 5.06.2018 r., a niekompletne przekazanie dokumentacji postępowania Odwołującemu (tj. uznanie zastrzeżenia wyjaśnień NB Serwis jako tajemnicy przedsiębiorstwa) w dniu 07.06.2018.
3. Wpis od Odwołania i przekazanie kopii odwołania nastąpiły w terminie.
4. Streszczenie stanu sprawy.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - NB Serwis oraz Odwołującego. Zamówienie zostało podzielone na trzy etapy, tj. Etap I dostawa i montaż parkingów rowerowych, Etap II dostawa oraz uruchomienie systemu, Etap III zarządzanie i eksploatacja systemu. Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (28.453.212,39 PLN). W dniu 11.04.2018 nastąpiło otwarcie ofert w Postępowaniu. Za wykonanie Etapu I, II i III Egis zaoferował kwotę 28.586.870,58 PLN, NB Serwis kwotę 23.860.770,00 PLN brutto.

Za wykonanie Etapu I oraz II (tj. dostawa i uruchomienie systemu wypożyczalni) Egis w ofercie wskazał kwotę 11.731.852,01 PLN, a NB Serwis 3.750.270,00 PLN. Oferta Egis była prawie trzy razy wyższa niż oferta NB Serwis w części dotyczącej realizacji Etapu I oraz II.

Z uwagi na zaoferowanie przez NB Serwis wykonania Etapu I oraz II za cenę nierealną, całkowicie odbiegającą od realiów rynkowych, Egis 2.05.2018 złożył Zamawiającemu wniosek o zweryfikowanie oferty NB Serwis w trybie art. 90 PZP wskazując, że cena oferty NB Serwis jest rażąco niska. Egis przedstawił uzasadnienie z powołaniem się na dane ekonomiczne, koszty poszczególnych elementów dotyczących oferty oraz załączył do pisma z 2.05.2018 dokumenty z innych przetargów. Zamawiający pismem dnia 19.04.2018 wezwał wykonawcę NB Serwis do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

NB Serwis złożył wyjaśnienia objęte w całości tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały ujawnione. Niezależnie od powyższego, Egis jako podmiot od lat zajmujący się profesjonalnie dostawą systemów rowerów miejskich zna realia cenowe rynku oraz

elementy, których wycenę należy brać po uwagę w Postępowaniu. Egis stoi na stanowisku, że cena z oferty NB Serwis w Postępowaniu jest rażąco niska w rozumieniu przepisów PZP. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że w piśmie z dnia 9.05.2018 Zamawiający wezwał NB Serwis do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego oddającego do dyspozycji zasoby. Zamawiający zwrócił uwagę, że poprzednio złożony dokumenty był niepełny - nie obejmował doświadczenia dotyczącego dostarczenia systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów.

NB Serwis przy piśmie z 14.05.2018 złożył nowy dokument obejmujący zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, ale dokument ten może ewentualnie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu od daty 14.05.2018, a więc po terminie składania ofert. Dokument ten nie spełnia wymogów PZP i nie powinien być zaakceptowany przez Zamawiającego.

dowód: wezwanie z dnia 9.05.2018 oraz odpowiedź NB Serwis z dnia 14.05.2018 [6];

W dniu 5.06.2018 Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy NB Serwis.

Zarzuty wskazanie w odwołaniu dotyczą dwóch kwestii: (i) niezłożenia w terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu oraz (ii) rażąco niskiej ceny w ofercie NB Serwis.

Zarzuty opisane szczegółowo w odwołaniu potwierdzają, że na datę składania ofert NB Serwis nie dysponował doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w Postępowaniu (niespełnienie warunku udziału w postępowaniu) i w konsekwencji na datę składania ofert NB Serwis dokonał nierealistycznej wyceny w swojej ofercie. NB Serwis po wezwaniu przez Zamawiającego (już po dacie składania ofert) co prawda podjął próbę uzupełnienia dokumentu złożonego na potwierdzenie udostępnienia zasobów i doświadczenia przez podmiot trzeci (Nextbike), ale - co jednoznacznie wynika z daty na tym dokumencie - początek okresu udostępnienia doświadczenia i zasobów przez Nextbike nastąpił ponad miesiąc po dacie składania ofert w Postępowaniu. NB Serwis na datę składania ofert nie dysponował odpowiednim doświadczeniem, aby właściwie określić wartość swojej oferty i z tego powodu cena z oferty NB Serwis jest rażąco niska w rozumieniu przepisów PZP.

5. Okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie Odwołania

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy NB Serwis - dokument złożony po dacie wymaganej przez PZP

5.1. Zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego w siwz oraz ogłoszeniu warunkami udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawcy musieli wykazać się doświadczeniem obejmującym m.in.:

(...) co najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmuje swym zakresem dostawę systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów oraz dostawę co najmniej 300 sztuk rowerów i oprogramowania, oraz co najmniej 30 sztuk stacji rowerowych umożliwiających wypożyczenie rowerów, przy czym stacje rowerowe powinny posiadać co najmniej 10 stanowisk na wpięcie rowerów.

5.2. W celu potwierdzenia posiadania ww. doświadczenia, NB Serwis skorzystał z uprawnień wynikających z art. 22a ust. 1 PZP, zgodnie z którym wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

5.3. Zgodnie z art. 22a ust. 2 PZP, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

5.4. Takie pisemne zobowiązanie podmiotu na zasobach którego NB Serwis polega - tj. Nextbike - zostało dołączone do oferty NB Serwis na str. 26 i 27 oferty. Wyżej wymienione zobowiązanie do udostępnienia zasobów nastąpiło 10.04.2018 (data wystawienia dokumentu).

5.5. Z treści zobowiązania Nextbike nie wynika, iż podmiot ten udostępnia NB Serwis swoje doświadczenie - wymagane przez Zamawiającego - dotyczące dostarczenia systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów. Z treści zobowiązania z 10.04.2018 wynika wyłącznie, że Nextbike udostępnił wykonawcy NB Serwis jedynie doświadczenie w zakresie:

- i) dostawy co najmniej 300 sztuk rowerów;
- ii) dostawy oprogramowania;
- iii) dostawy co najmniej 30 sztuk stacji rowerowych, z których to każda stacja posiadała co najmniej 10 stanowisk na wpięcie rowerów;
- iv) utrzymania oraz bieżącej obsługi systemu samoobsługowej wypożyczalni obejmującej ww. elementy.

Tym samym w sposób klarowny Nextbike wyłączył (tj. nie udostępnił wykonawcy NB Serwis) doświadczenie obejmujące dostawę całego systemu samoobsługowych wypożyczalni, udostępniając jedynie doświadczenie obejmujące dostawę jego części składowych (tj. nie

obejmujące doświadczenia związanego np. z integracją wszystkich elementów w jeden działający system).

5.6. Zamawiający dostrzegł ten brak, tj. niespójność wyjaśnień NB Serwis odnośnie oświadczeń o posiadanym na potrzeby postępowania doświadczeniu. Pismem z 9.05.2018 sygn.ZP.272.108.2017 Zamawiający wezwał wykonawcę NB Serwis w trybie art. 26 ust. 3 PZP do przedstawienia takiego zobowiązania Nextbike, z którego wynikałoby również udostępnienie doświadczenia w zakresie dostawy systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów, a nie jedynie dostawy jego części składowych.

5.7. W treści skierowanego wezwania Zamawiający poinformował NB Serwis, że: Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 7.05.2018 r. i oświadczeniem Wykonawcy zawartym w JEDZ w/w zamówienie obejmowało również dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i ogłoszeniu. Powyższe nie wynika jednoznacznie z zawartego w zobowiązaniu (tj. zobowiązaniu z 10.04.2018 - przyp. Odwołującego) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu Nextbike Polska S.A, W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania w tej sposób, aby było one spójne z oświadczeniem Wykonawcy zawartym w JEDZ. Z treści zobowiązania nie wynika, że Nextbike Polska S.A. udostępnia Wykonawcy zasoby obejmujące swym zakresem doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówienia dotyczącego również dostarczenia systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów.

5.8. Od czynności wezwania NB Serwis do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP wykonawca ten nie wniósł odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

5.9. Mając na uwadze, że obowiązek zastosowania art. 26 ust, 3 PZP przez Zamawiającego aktualizuje się jedynie w sytuacji, gdy objęty zakresem tego wezwania dokument:

- i) nie został w ogóle złożony;
- ii) jest niekompletny, zawiera błędy lub budzi wątpliwości, tj. nie potwierdza tej okoliczności, na którą został złożony,

należy uznać, iż wykonawca ten zaakceptował wskazany przez Zamawiającego brak/kompletność w zakresie dokumentu zobowiązania Nextbike, zgadzając się z taką oceną. Jednocześnie potwierdza to niewniesienie odwołania od tej czynności i przedstawienie uzupełnionego dokumentu dn.14.05.2018.

5.10. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO, celem instytucji wezwania z art. 26 ust. 3 PZP co do zasady nie jest tworzenie nowych dokumentów przez wykonawców, lecz uzupełnianie tych dokumentów, które pierwotnie powinny być załączone do oferty.

5.11. Z uwagi na to, że zobowiązanie przedstawione przez NB Serwis zostało sporządzone 14.05.2018. tj. po dacie, w której upływał termin składania ofert, należy uznać, iż nie potwierdza ono dysponowania przez NB Serwis doświadczeniem obejmującym dostawę systemu samoobsługowych wypożyczalni, a tym samym wykonawca NB Serwis nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, ze względu na zastosowaną przez Zamawiającego procedurę wezwania z art. 26 ust. 3 PZP, jedynym dokumentem, który Zamawiający może oceniać - oceniając wykazanie spełnienia warunku doświadczenia, tj. w tym przypadku dysponowania zasobami innego podmiotu - jest uzupełniony dokument z 14.05.2018. Ewentualna łączna ocena dokumentu pierwotnego oraz dokumentu uzupełnionego jest niedopuszczalna, co potwierdza orzecznictwo:

Co do wiedzy i doświadczenia, należy w pierwszej kolejności uściślić, że wobec wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przedmiotem badania i oceny stał się tylko i wyłącznie nowy wykaz usług i załączony do niego list referencyjny. Niedopuszczalne jest dokonywanie łącznej oceny wykazu pierwotnego w kontekście wykazu uzupełnionego, podważa to bowiem celowość obligatoryjnej instytucji wynikającej z art. 26 ust 3 Pzp. (wyrok z 17.01.2013, KIO 2908/12);

Niedopuszczalne jest dokonywanie łącznej oceny wykazu pierwotnego w kontekście wykazu uzupełnionego, podważa to bowiem celowość obligatoryjnej instytucji wynikającej z art. 26 ust 3. (wyrok z 13.09.2016, KIO 1590/16)

5.12. Z tych względów zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia NB Serwis z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę jest niezgodne z ustawą PZP.

Zaniechanie odrzucenia oferty NB Serwis z uwagi na rażąco niską cenę

5.13. Cena zaoferowana przez NB Serwis za realizację zamówienia jest rażąco niska. Dotyczy to zarówno ceny za dostawę i uruchomienie systemu wypożyczalni oraz parkingów rowerowych (Etap I i II) w wysokości 3.750.270,00 PLN brutto, jak i w konsekwencji całkowitej ceny oferty brutto w wysokości 23.860.770,00 PLN. Poniżej przedstawiono porównanie cen oferowanych przez NB Serwis w odniesieniu do (i) średniej arytmetycznej wszystkich ofert, (ii) wartości zamówienia zakładanej przez Zamawiającego, oraz (iii) ceny Egis, (Wszystkie wskazane w tabeli wartości stanowią kwoty brutto).

1/ średnia arytmetyczna

Etap I i II cena NB Serwis – 3.750.270 zł, cena Egis – 11.731.852,01 zł, średnia 7.741.061,01 zł, różnica między średnią arytmetyczną a ceną NB Serwis – 3.990.791,01 różnica w % - 51,55%

Zamówienie (etap I II III) cena NB Serwis – 23.860.770 zł, Egis – 28.586.870,70,

różnica między śr. arytmetyczną a ceną NB Serwis – 2.263.050,35 zł, różnica w % - 9,01%

2/ wartość zamówienia (Etap I II III) cena NB 23.860.770 zł, wartość zamówienia 28.453.212,39 zł różnica między wartością zamówienia a ceną NB Serwis 4.592.442,39 zł , różnica 16,14 %

3/ cena Egis

Etap I i II, cena NB Serwis 3.750,270 zł, cena Egis 11.731.852,01, różnica 7.981.582,01, różnica między cenami wykonawców 68,03%

Zamówienie (Etap I, II i III) NB Serwis 23.860.770, Egis 28.586.870,70, różnica 6.726.100,70 zł, różnica w % - 16,53%.

5.14. W ocenie Egis wykonanie Etapów I i II zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za cenę zaoferowaną przez NB Serwis nie jest możliwe, na co Odwołujący wskazał już w piśmie z dnia 02.05.2018. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem:

O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (SO Katowice XIX 3/07)

Analiza czy zaoferowana cena jest rażąco niska powinna uwzględniać w szczególności następujące kryteria:

(...) odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych (SO Kraków XII Ga 88/09)

5.15. W świetle aktualnych poglądów KIO, rażąco niska cena zaoferowana za istotny składnik zamówienia stanowi podstawę do odrzucenia oferty:

W aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 4 pzp w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty (KIO 1001/17).

5.16. Ponadto wskazać rażąco zaniżona wycena istotnego elementu w postaci Etapów I i II zamówienia wpłynęła na rażące zniżenie ceny całkowitej NB Serwis.

5.17. W związku z powyższymi okolicznościami, Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 PZP wezwał NB Serwis do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie Etapu I i II pismem z 19.04.2018. W piśmie Zamawiający zażądał, aby NB Serwis:

(...) wskazał wszystkie elementy, mające wpływ na wysokość podanej ceny brutto za dostawę i uruchomienie systemu wypożyczalni oraz parkingów rowerowych. Wobec powyższego, Wykonawca powinien przedstawić szczegółową analizę wysokości wskazanych w ofercie kosztów, stanowiących składniki ceny brutto oferty udowadniając Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości, że koszty te są realne w odniesieniu do realizacji przedmiotu zamówienia, spełniającego wszystkie wymogi określone w SIWZ w szczególności:

- ceny jednostkowej brutto parkingu rowerowego
- ceny jednostkowej brutto stacji rowerowej 12 stanowiskowej
- ceny jednostkowej brutto stacji rowerowej 15 stanowiskowej
- ceny jednostkowej brutto za rower

5.18. Na podstawie art. 90 ust. 2 PZP, ciężar wykazania że cena nie jest rażąco niska został przeniesiony na wykonawcę NB Serwis (KIO 791/16). Zamawiający w dniu 07.06.2018 odmówił udostępnienia treści wyjaśnień NB Serwis w tym zakresie Odwołującemu, czym pozbawił możliwości należytego ustosunkowania się do ich treści. Pomimo tego, w ocenie Odwołującego prawidłowa ocena przedmiotowych wyjaśnień powinna prowadzić do stwierdzenia, że NB Serwis nie wykazał należycie, że oferowana przez niego cena jest realistyczna, co w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

5.19. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że wyjaśnienia wykonawcy tylko wtedy mogą prowadzić do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, jeżeli są odpowiednio szczegółowe, wiarygodne, kompletne, a przede wszystkim jeżeli zostały poparte odpowiednimi dowodami:

(...) w przypadku wyjaśnień odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny - przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów. Samo oświadczenie wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień (KIO 1169 1170/17) .

Ugruntowany jest pogląd, iż złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji cen wykonawcy, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

5.20. Należy podkreślić, że Zamawiający wprost wezwał NB Serwis do udowodnienia w sposób nie budzący wątpliwości, że zakładane przez niego koszty realizacji projektu są realistyczne. Wyjaśnienia NB Serwis powinny zostać uznane za niewystarczające przede wszystkim dlatego, że nie załączono do nich dowodów należycie wykazujących możliwość

poniesienia kosztów wskazanych w wyjaśnieniach w deklarowanej wysokości. Takimi odpowiednimi dowodami byłyby:

- i) dowody zakupu elementów systemu po cenach adekwatnych do tych wskazanych w ofercie, ewentualnie umowy z dostawcami na dostarczenie wszystkich elementów po deklarowanych przez NB Serwis cenach;
- ii) umowy z pracownikami, którzy mają zostać zaangażowani w implementację systemu, zawierające deklarowane stawki wynagrodzenia.

5.21. Na obecnym etapie Postępowania Izba powinna zbadać, czy w wyjaśnieniach NB Serwis szczegółowo, przekonująco wykazał wysokość zakładanych kosztów dla wszystkich składników Etapu I i II zamówienia, wypisanych w pkt A.1.2, Opisu Przedmiotu Zamówienia (opz), rozwiniętych w pkt B. - C. na str. 7-25 OPZ. Brak wykazania przy pomocy odpowiednich dowodów wysokości zakładanych kosztów dla jakiegokolwiek elementu systemu wskazanego w OPZ, zgodnie z zasadami rozkładu ciężaru dowodu wynikającymi z art. 90 ust. 2 PZP powinien prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy NB Serwis, jako zawierającej cenę rażąco niską.

5.22. W szczególności w zakresie kosztów dostawy elementów systemu, NB Serwis nie przedstawił odpowiednich dowodów świadczących o realistycznej możliwości wytworzenia za cenę 3.750.270,20 PLN fabrycznie nowych (pkt C.VIII.1 OPZ):

- 1599 stojaków rowerowych:

- i) Zgodnie z pkt C.I.2.6.h OPZ, wszystkie pasywne elementy stacji muszą być wykonane ze stali szlachetnej. Ze względu na wymóg pkt B.1.4.2. OPZ, na podstawie którego minimalna odległość między stojakami powinna wynosić co najmniej 75 cm, można kalkulować że do realizacji samej podstawy stojaków niezbędne będzie wykorzystanie 1199,25 metrów bieżących blachy stali szlachetnej. Cena stali szlachetnej na rynku wynosi aktualnie ok. 2.560,00 PLN za blachę o wymiarach 1500 x 3000 x 4 mm - ze względu na wymóg szerokości podstawy 75 cm, z jednej blachy surowej można wykonać dwa kawałki podstawy. W świetle powyższego, cena jednego metra bieżącego blachy wyniesie ok. 426,67 PLN (2.560,00 PLN / 2 / 3). W związku z tym, koszt wytworzenia samych podstaw do stojaków wniesie około 511.684,00 PLN (426,67 PLN x 1199,25 mb). Do wskazanej kwoty należy doliczyć koszty wykonania podstawy, tj. wywiercenia dziur, do których można zamontować stojaki, a także wykonania skosów eliminujących efekt stopnia (wymóg z pkt C.I.2.6.C OPZ).

Ponadto, wykonanie elementów stacji ze stali szlachetnej wymaga większego nakładu pracy przy montażu stacji i zastosowania specjalnego urządzenia do wyładowania elementów na miejscu docelowym. Większy nakładu pracy jest konsekwencją wyższej wagi elementów ze stali, a dodatkowo wyprodukowanie stojaków ze stali szlachetnej wymaga stworzenia

kosztownych matryc do ich produkcji. Cena podobnej matrycy zamówionej przez Odwołującego wynosiła 128.200,00 PLN. Należy wskazać, że NB Serwis mógł nie uwzględnić w kalkulacji wyceny przedmiotowych elementów, ponieważ spółki z grupy Nextbike w innych miastach nie stosują podstaw stojaków ze stali szlachetnej i nie mają w tym zakresie odpowiedniego doświadczenia.

ii) Z oczywistych względów cena stojaka musi uwzględniać nie tylko podstawę, ale także pozostałe elementy, zaś przedstawione przez NB Serwis wyjaśnienia powinny zawierać wiarygodne dowody na okoliczność wysokości kosztów wytworzenia wszystkich elementów stojaka, jak również kosztów jego montażu.

iii) Należy zwrócić uwagę, że w postępowaniu na dostawę podobnego systemu wypożyczalni rowerowych prowadzonym przez Obszar Metropolitalny Gdańsk, Gdynia, Sopot, w którym w dniu 29.05.2018 jako najkorzystniejszą wybrano ofertę firmy NB Tricity sp. z o.o., powiązanej z NB Serwis i Nextbike, uruchomienie infrastruktury o podobnych parametrach zawierającej 4080 stojaków, NB Tricity sp. z o.o. wyceniła na 3.977.820,00 PLN, tj. 992,47 PLN brutto za jeden stojak. Jeżeli traktować powyższe jako wyznacznik aktualnego poziomu cen Nextbike, w niniejszym postępowaniu koszt wytworzenia 1599 stojaków powinien wynosić ok. 1.586.959,63 PLN.

dowód: oferta NB Tricity sp. z o.o. wraz z dokumentacją postępowania (ogłoszenie, SIWZ oraz OPZ)

- 1002 rowerów:

i) Zgodnie z szacunkami Egis, koszt wytworzenia nowego roweru 4 generacji to co najmniej ok. 5.000,00 PLN, na co składają się koszty roweru bazowego (2.200,00 PLN), modułu GPS (400,00 PLN), elektrozamka (250,00 PLN), komputera pokładowego (1.600,00 PLN), transportu, podatków i innych opłat publicznoprawnych. Jak łatwo obliczyć, koszt wytworzenia 1002 rowerów za cenę jednostkową ok. 5.000,00 PLN musiałby wynieść ok. 5.000.000,00 PLN. Tymczasem, z obliczeń Odwołującego wynika, że w celu uzyskania proponowanej przez NB Serwis ceny ofertowej, cena jednego roweru musiała zostać skalkulowana na znacznie niższym poziomie. Przy uwzględnieniu domniemanych przez Egis kosztów wykonania stojaków (powyżej - ok. 1.586.959,63 PLN) oraz kosztów systemu informatycznego (poniżej - ok. 651.900,00 PLN), NB Serwis musiałby zakładać wytworzenie 1002 rowerów 4 generacji za cenę łączną ok. 1.511.410,37 PLN, tj. za cenę jednostkową ok. 1.508,39 PLN brutto.

Z uwagi na bezpodstawne utajnienie wyjaśnień NB Serwis przez Zamawiającego powyższe obliczenia mają charakter prowizoryczny i szacunkowy. W szczególności nie uwzględniają one kosztów pozostałych elementów Etapu I i II Zamówienia, takich jak koszty osobowe, koszty szkoleń, koszty wykonania i uzgodnienia projektów itd. (pktA.1.2. OPZ). Pomimo tego,

w ocenie Odwołującego pokazują one wyraźnie, że zaoferowana przez NB Serwis za wykonanie Etapu I i II cena jest zupełnie oderwana od realiów rynkowych oraz ofert składanych przez powiązanych z Nextbike wykonawców w innych postępowaniach. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny za wykonanie wydzielonego istotnego elementu zamówienia wpłynęło na rażąco niskie zniżenie całej ceny ofertowej NB Serwis.

Odwołujący zwraca uwagę, że w postępowaniu w Poznaniu o podobnych parametrach Nextbike zaoferował cenę 3.597,00 PLN brutto za rower 3 generacji, który z definicji jest tańszy od roweru 4 generacji. Należy też zwrócić uwagę, że w postępowaniu w Poznaniu cena Nextbike za 1 stojak wyniosła 2.892,00 PLN brutto.

dowód: oferta Nextbike z postępowania w Poznaniu nr ZTM.EZ.3310.31.2015 wraz z dokumentacją postępowania (ogłoszenie, SIWZ oraz OPZ) [9];

W postępowaniu w Szczecinie Nextbike zaoferował dostarczenie 45 stacji oraz 344 rowerów 3 generacji za kwotę 4.187.678,00 PLN brutto. W Postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie dostarczenie i uruchomienie dotyczące 125 stacji i 1002 rowerów 4 generacji (czyli droższych) zostało przez NB Serwis wycenione na kwotę niższą tj. kwotę 3.750.270,00 PLN brutto. Potwierdza to rażąco niską cenę w ofercie wykonawcy NB Serwis w Postępowaniu.

dowód: oferta Nextbike z postępowania w Szczecinie nr BZP/88/15 wraz z dokumentacją postępowania (ogłoszenie, SIWZ oraz OPZ) [10];

ii) Z uwagi na fakt, że NB Serwis oferuje w Postępowaniu rower 4 generacji, każdy rower posiada komputer pokładowy oraz akumulator, co prowadzi do wystąpienia dodatkowych kosztów.

iii) Zgodnie z pkt C.1.1.10 OPZ, śruby stosowane w kołach muszą być niestandardowe, obsługiwane przy użyciu dedykowanego klucza. NB Serwis nie wykazał realistycznych kosztów wytworzenia dedykowanego klucza dla 1002 rowerów.

iv) Zgodnie z pkt C.1.1.14 OPZ wszystkie rowery muszą być wyposażone w dynamo, co stanowi droższe rozwiązanie. NB Serwis nie wykazał realistycznych kosztów wyposażenia rowerów w ten dodatkowy element.

v) Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, system ma działać przez cały rok, co wiąże się m.in. ze zwiększonymi kosztami wykonania niektórych elementów roweru, takich jak w szczególności droższa powłoka lakiernicza, która powinna być odporna na warunki zimowe (śnieg i sól drogowa), droższe smary, droższe antypoślizgowe pedały. W ocenie odwołującego, NB Serwis nie wykazał, żeby w sposób realistyczny skalkulował wskazane wyżej, zwiększone koszty produkcji rowerów.

- Pozostałych elementów systemu:

i) W powołanym wyżej postępowaniu na dostawę podobnego systemu w Trójmieście, w którym oferty zostały złożone w podobnym czasie co w niniejszej sprawie, spółka NB Tricity sp. z o.o. powiązana z Nextbike i NB Serwis wyceniła dostawę elementów systemu takich jak aplikacja i strona internetowa na kwotę 651.900,00 PLN brutto. Jeżeli w niniejszym postępowaniu przedmiotowe koszty są niższe, a NB Serwis nie wykazało należyście, że takie koszty są możliwe do osiągnięcia, powinno to prowadzić do wniosku o rażąco niskim zniżeniu tego składnika ceny.

dowód: oferta NB Tricity sp. z o.o. wraz z dokumentacją postępowania nr. OMGGG/PN/01/2018 (ogłoszenie, SIWZ oraz OPZ) [8];

ii) Zgodnie z pkt C.I.4.8.e OPZ, na stronie internetowej z mapą systemu dokładne informacje o liczbie sprawnych, niezablokowanych rowerów oraz wolnych miejsc we wszystkich stacjach powinny być dostępne w czasie rzeczywistym, tj. z opóźnieniem do 1 minuty. Standardowe rozwiązanie informatyczne stosowane przez spółki z grupy Nextbike przewiduje opóźnienie do 5 minuty, zaś zmiana tego parametru wymaga zwiększonego przepływu danych między systemem a serwerem, co oznacza podwyższone 3-5 razy koszty hostingu. Przedmiotowe koszty powinny być wskazane i szczegółowo udowodnione w wyjaśnieniach.

iii) Zgodnie z pkt C.I.4.8.e) OPZ na mapie strony internetowej muszą znajdować się zaznaczone przystanki autobusowe, tramwajowe oraz stacje kolejowe. Z uwagi na fakt, że nie jest to standardowy element systemu stosowanego przez grupę Nextbike, wymaga on poniesienia przez NB Serwis dodatkowych kosztów dostosowania systemu informatycznego obsługującego wypożyczenie rowerów.

5.23. W zakresie kosztów osobowych NB Serwis nie przedstawił odpowiednich dowodów w celu wykazania, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP zatrudnia osoby, które miałyby zostać zaangażowane w realizację zamówienia, za wynagrodzeniem nie niższym od minimalnej stawki godzinowej w wysokości 13,70 PLN (całkowity koszt pracodawcy to 16,44 PLN netto za godzinę). W przypadku kosztów wynagrodzenia, ze względu na fakt, że NB Serwis jest płatnikiem VAT, ten podatek będzie stanowił koszt niepodlegający odliczeniu, a zatem wynagrodzenie pracownika powinno zostać dodatkowo powiększone o podatek VAT. Stosowne dowody na powyższe okoliczności to umowy o pracę lub umowy przedwstępne spełniające wskazane warunki, podpisane przez NB Serwis.

5.24. Ze względu na powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego NB Serwis nie sprostał ciężarowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, w związku z czym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP powinna ona podlegać odrzuceniu. Zaniechanie odrzucenia oferty NB Serwis, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

5.25. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak stanowi art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

5.26. Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ kryterium oceny ofert jest cena podana w ofercie. Spośród ofert nieodrzuconych za najkorzystniejszą będzie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów obliczonych w oparciu o ustalone kryteria i sposób oceny przedstawiony w tabeli. Zamawiający przewidział sumowanie według następującego wzoru: kryterium nr 1 (waga 35% oraz 35 pkt do zdobycia); kryterium nr 2 (waga 25% oraz 25 pkt do zdobycia); kryterium nr 3 (waga 40% oraz 40 pkt do zdobycia). Z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 05.06.2018 wynika, że NB Serwis rażąco zaniżył wycenę wyżej punktowanego kryterium 1, prawdopodobnie przenosząc koszty do gorzej punktowanego kryterium 2, co pozwoliło mu na uzyskanie lepszej punktacji, przy tej samej wysokości łącznej ceny. Zabieg ten okazał się opłacalny, ponieważ koszt kryterium 2 był znacznie wyższy niż koszt kryterium 1 (w ofercie NB Serwis: 20.110.500,00 PLN vs. 3.750.270,00 PLN). Z powyższego jasno widać, że NB Serwis celowo wskazało w kategorii 1 cenę nierynkową, rażąco niższą od ceny Egis (3.750.270,00 PLN vs. 11.731.852,01 PLN), w wyniku czego został popełniony czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

5.27. Zachowania powyższe są sprzeczne z podstawową zasadą, która funkcjonuje na gruncie zamówień publicznych, tj. zasadą prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców .

Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkową i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej - cena nierynkową, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę.

Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie art. 3 ust. 1 UZNK jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i ceną oferty, aby otrzymać zamówienie. Kalkulacji ceny nie usprawiedliwia ewentualna oferta podwykonawcza. Wykonawca, który w świetle kryteriów oceny ofert miał obowiązek skalkulowania odrębnie dwóch cen winien zadbać, aby jego kontrahenci podali mu odrębne ceny za realizację usług, a przynajmniej samodzielnie ustalić i podać zamawiającemu takie ceny, z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych.

5.28. Oferowanie cen na nierealnie niskim poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje. Spółka NB Serwis należy do grupy Nextbike (100% udziałów w NB Serwis posiada Nextbike) jest niekwestionowanym liderem i jednocześnie podmiotem dominującym w zakresie oferowania systemu wypożyczalni i parkingów rowerowych. Poprzez manipulację między poszczególnymi kryteriami oceny oferty świadomie wpływa na końcową punktację oferując ceny nierynkowe w celu eliminacji konkurentów, co stanowi praktykę niezgodną z dobrymi obyczajami.

5.29. W związku z powyższym, oferta NB Serwis powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny NB Serwis

5.30. Zgodnie z treścią wiadomości Zamawiającego do Egis w dniu 07.06.2018, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez NB Serwis zostały zastrzeżone w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający zaakceptował to zastrzeżenie i odmówił ich udostępnienia Egis, pomimo wniosku.

5.31. Fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wyjątek od omawianej zasady został określony w art. 8 ust. 3 PZP. Zgodnie z tym przepisem zasada jawności może doznawać ograniczenia jedynie w przypadku gdy:

- i) informacje znajdujące się w ofercie wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK; oraz
- ii) wykonawca zastrzegł, nie później niż w terminie składania ofert, część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazał, że informacje te taką tajemnicę stanowią.

5.32. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, aby uznać informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa:

- i) muszą stanowić one nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą; oraz

ii) przedsiębiorca zobowiązany jest podjąć niezbędne działania w celu zachowania informacji jako poufnych.

5.33. Zgodnie z przywołanym art. 8 ust. 3 PZP wykonawca celem prawidłowego zastrzeżenia informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązany jest, najpóźniej w terminie składania ofert, wykazać, że te informacje taką tajemnicę stanowią. Zamawiający nie udostępnił Egis żadnej części wyjaśnień złożonych przez NB Serwis, a tym samym Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie ocenić, czy NB Serwis sprostał powyższemu ciężarowi. W związku z powyższym, to KIO w postępowaniu odwoławczym powinna ocenić, czy odmowa udostępnienia wyjaśnień była zasadna, mając na względzie utrwaloną linię orzeczniczą. Zgodnie z opinią prawną UZP z dnia 29.08.2014:

(...) wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności.

W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.

5.34. Powyższy pogląd został zaaprobowany w orzecznictwie. Potwierdza to wyrok KIO 703/17, Lex nr 2300086), zgodnie z którym:

(...) na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

5.35. W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie nie zachodzą podstawy prawne do uznania, że w treści dokumentów złożonych do Zamawiającego przez NB Serwis wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi zarzutu rażąco niskiej ceny, znajdują się wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Załączniki: /.../ wezwanie z dnia 9.05.2018 i odpowiedź NB Serwis z dnia 14.05.2018; zawiadomienie z dnia 5.06.2018 o wyborze najkorzystniejszej oferty; oferta NB Tricity sp. z o.o. wraz z dokumentacją postępowania nr. OMGGG/PN/01/2018; oferta Nextbike z postępowania w Poznaniu TM.EZ.3310.31. 2015 wraz z dokumentacją postępowania (ogłoszenie, SIWZ oraz OPZ); oferta Nextbike z postępowania w Szczecinie nr. BZP/88/15 wraz z dokumentacją (ogłoszenie, SIWZ oraz OPZ).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zgłosił przystąpienie wykonawca NB Serwis sp. z o.o. w Warszawie i wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że jego oferta jest ważna, prawidłowa, zgodna w wymaganiami i nie podlega odrzuceniu, w tym ze względu na zaoferowaną cenę. Wykonawca nie podlega także wykluczeniu z postępowania. Odwołanie uznaje za nie zasadne i nie zasługujące na uwzględnienie, a przedstawione zarzuty uznaje za chybione lub nieudowodnione.

Zamawiający w złożonej dnia 28 czerwca 2018 r. odpowiedzi, wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, zamawiający podniósł, co następuje
Zarzut 1 dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy NB Serwis z postępowania z uwagi na niewykazanie warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia obejmującego dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów przed upływem terminu składania ofert tj. 11.04.2018 r., gdyż przedstawione w procedurze uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy pzp zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów może służyć jedynie jako środek dowodowy wykazujący dysponowanie takimi zasobami najwcześniej od. 14.05.2018 r. – co stanowi naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy.

Zamawiający wskazuje, iż dokument uzupełniony przez wykonawcę (przystępującego) na wezwanie z 9 maja 2018 r. został istotnie formalnie datowany na dzień 14.05.2018 r., jednakże treść dokumentu wprost wskazuje, wbrew zarzutom odwołania, że wykonawca dysponował zasobami podmiotu trzeciego na dzień składania ofert. Zamawiający wskazał na treść ostatniego zdania w dokumencie potwierdzającego aktualność informacji w zobowiązaniu na dzień składania ofert w postępowaniu. Podkreślił znaczenie treści dokumentu, a nie formalnej jego daty. Odmienne stanowisko zmuszałoby wykonawcę do antydatowania dokumentów, których treść potwierdza aktualność na dzień składania ofert. Na poparcie stanowiska zamawiający wskazał na wyrok KIO 1927/17.

Oznacza to wykazanie spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut 2 dotyczący dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez NB Serwis z uwzględnieniem dokumentu pierwotnego, co do którego zamawiający zastosował procedurę wezwania oraz dokumentu uzupełnionego, co jest niedopuszczalne i narusza art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Zamawiający ocenił warunek w zakresie doświadczenia z uwzględnieniem dokumentu złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 9 maja 2018 r. czyli dokumentu uzupełnionego. Dokument potwierdził dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, czego odwołujący nie kwestionuje (z wyłączeniem zarzutu dot. daty dokumentu), zatem ocena spełnienia warunku była prawidłowa.

Zarzut 3 dotyczący zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Zamawiający zaznacza, iż wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień co do ceny ustosunkowuje się do zarzutu ogólnie bez wskazywania szczegółowych informacji, które mogłyby prowadzić do uchylecia tej tajemnicy.

Stwierdza, że wbrew twierdzeniom odwołującego, wyjaśnienia złożone przez NB Serwis są kompletne, precyzyjne, zawierają kalkulacje kosztów, czynniki i okoliczności wpływające na zmniejszenie owych kosztów, jak również dowody, w tym pochodzące od podmiotów zewnętrznych.

Wyjaśnienia pozwalają na ocenę, że oferowana cena nie jest rażąco niska.

- w zakresie ceny stojaków rowerowych

Wbrew twierdzeniom odwołującego OPZ nie przewiduje wymogu zastosowania podstawy stojaka z blachy. Zgodnie z pkt C.I.2.6a stojaki mają zostać zaprojektowane w wersji modułowej do 3 stojaków na moduł, nie zostało jednak określone czy moduły mają być na podstawie z blachy czy np. na ramie. Rozwiązanie w tym zakresie pozostawiono wykonawcy.

Kalkulację ceny w tym zakresie ujęto w pkt II.2 – 2C dokumentu pn. założenia przyjęte do kalkulacji ceny oferty NB w postępowaniu, złożonego w ramach wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny (dalej: „Założenia”).

Kalkulacja ta została poparta dowodami pochodzącymi od podmiotów zewnętrznych względem NB Serwis a zawartych w zał. Nr 4,5,6.

- w zakresie kosztów związanych za zakupem rowerów

Kalkulacja ceny w tym zakresie znajduje się w pkt II.1 Założeń. Została ona poparta konkretnymi dowodami pochodzącymi od podmiotów zewnętrznych względem NB Serwis,

zawartymi w zał. 2,3 Założeń. Dokumenty te potwierdzają, iż wykazane koszty dotyczą roweru 4 generacji co znajduje odzwierciedlenie w opisie Etapu II /s. 1 Założeń/.

- w zakresie pozostałych elementów systemu

Koszty pozostałych elementów systemu zostały wskazane w pkt II.4 Założeń, natomiast w zakresie kosztów osobowych w pkt II.3 Założeń.

Odwołujący nie przedstawia dowodów, że zmiana jednego z parametrów posiadanego już przez wykonawcę systemu informatycznego zwiększy 3,5 razy koszty hostingu.

Ponadto nie jest zgodne z rzeczywistością twierdzenie iż przystanki autobusowe, tramwajowe oraz stacje kolejowe nie są standardowym elementem systemu stosowanego przez grupę Nextbike i wymaga on poniesienia dodatkowych kosztów dostosowania systemu informatycznego obsługującego wypożyczenie rowerów. Z załączonego do pisma printscreenu strony internetowej systemu stosowanego przez grupę Nextbike wynika, iż na dostępnej mapie zaznaczono przystanki i dworce. Zatem nie jest konieczne w tym zakresie dostosowanie systemu.

Zamawiający zwraca także uwagę, że w pkt II.5 Założeń wykonawca wykazał dodatkowe koszty, które nie stanowią istotnych jednostkowych kosztów lecz wliczono je do ceny oferty.

Dodatkowo również w pkt II.5 Założeń szczegółowo wyliczono czynniki pozwalające na zminimalizowanie kosztów realizacji zamówienia. Jest to 8 czynników dotyczących organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy NB Serwis w tym posiadanych narzędzi, zasobów informatycznych i osobowych.

Wyjaśnienia pozostają też w zgodności z twierdzeniem z odwołania, że spółka NB Serwis należy do grupy Nextbike niekwestionowanego lidera i podmiotu dominującego w zakresie oferowania systemu wypożyczalni i parkingów rowerowych.

Jak wynika z podsumowania w pkt III Założeń, wykonawca dokonał kalkulacji kosztów realizacji etapu I, II, a następnie do kosztów tych wliczył marżę jako zysk wykonawcy. Kwota ta zawiera się w kwocie zaoferowanej za realizację etapu I,II.

Zarzut 4 dot. zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. pkt 3 ustawy pzp)

Zważywszy, że zarzut oparty jest stwierdzeniu o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, co implikuje tezę o czynie nieuczciwej konkurencji, zamawiający przyjmuje, że brak uznania ceny za rażąco niską wyklucza zasadność oceny, iż doszło do czynu nieuczciwej konkurencji. Na poparcie stanowiska przytacza orzecznictwo KIO.

Zarzut 5 o zaniechaniu udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wykonawcy co do wyliczenia ceny i dokumentów na tę okoliczność, rozumianego jako naruszenie art. 8 ust. 1 i3 pzp w zw. z art. 96 ust. 3 i art. 11 ust. 4 uznk.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca wykazał wystąpienie przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy znku w niniejszej sprawie.

Zamawiający wskazał na otrzymane wyliczenia zaoferowanej ceny z uwzględnieniem kosztów wraz z dowodami pochodzącymi od podmiotów trzecich. Z dokumentów wynika aspekt organizacyjny przedsiębiorstwa wykonawcy wskazujący elementy cenotwórcze, źródła dostaw, podmioty współpracujące, tj. informacje mające walor gospodarczy.

Funkcjonowanie wykonawcy na rynku, współpraca z określonymi podmiotami wpływa na pozycję podmiotu, a udostępnienie metod działania może narazić go na szkodę w przyszłości. Wskazano na orzecznictwo KIO 1268/16, KIO 149/16, KIO/UZP 6/10.

W ocenie zamawiającego przystępujący przedsięwziął środki w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa tj. zastrzegł tę część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Skoro bowiem kalkulacja ceny oferty została wypracowana na potrzeby postępowania przetargowego, „które to postępowanie jest unikatowe, gdyż obejmuje zakresem swojego działania teren całego województwa, a zatem kalkulacja ta na chwilę obecną może być podstawą określenia ceny jedynie w przedmiotowym postępowaniu, nie jest powszechnie dostępny, to środek ochrony praw wykonawcy w postaci zastrzeżenia tej części oferty jest podjęciem przez wykonawcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności.”

Zarzut 6 i 7 dotyczący wyboru oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 pzp.

Zamawiający wskazuje na wykazanie wcześniej braku przesłanek wykluczenia wykonawcy NB Serwis i odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji powoduje bezzasadność zarzutu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami pzp.

W zakresie wniosków dowodowych w postaci dowodu z opinii biegłego zamawiający wskazał, że opinia dotyczyć ma szacowania wartości przedmiotu zamówienia tj. kosztu wytworzenia podstaw do stojaków rowerowych wg wymogów z uwzględnieniem kosztów materiałowych i robocizny, szacunkowego kosztu wytworzenia stojaków wg wymogów, szacunkowej wyceny roweru 4 generacji z uwzględnieniem wszystkich elementów wpływających na cenę wytworzenia.

W zakresie takich tez dla biegłego zamawiający podkreśla, że szacowanie wartości przedmiotu zamówienia nie wymaga wiadomości specjalnych, gdyż jest to czynność standardowa, obowiązkowa w każdym postępowaniu, a dokonuje jej zamawiający.

W zakresie pozostałych tez tj. „określenia głównych elementów tzw. „roweru 4 generacji” i wyjaśnienia czym „rower 4 generacji” różni się od „roweru 3 generacji” zamawiający zauważa, że ani z treści odwołania ani odpowiedzi na odwołanie nie wynika, aby kwestia ta była sporna między stronami. Ponadto nie wymaga ona wiedzy specjalistycznej, dotyczy

opisu przedmiotu zamówienia, a dostateczną wiedzę w tym zakresie posiadają wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego tj. zamawiający, odwołujący i przystępujący.

Odnośnie określenia cen stali szlachetnej o wskazanych wymiarach, zamawiający stwierdza, że nie wskazywał, aby wymagał do wykonania któregośkolwiek z elementów systemu blachy o takich wymiarach, zatem dowód ten jest nieprzydatny dla wyjaśnienia niniejszej sprawy.

Zamawiający podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest z udziałem profesjonalistów posiadających dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu dostawy, zatem potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jest wyjątkiem od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych. Na poparcie takiej tezy wskazano wyrok KIO 2135/14.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca NB Serwis sp. z o.o. – wniósł o oddalenie odwołania.

1/. wniósł o oddalenie wniosku dowodowego z opinii biegłego jako wniesionego jedynie dla przedłużenia postępowania odwoławczego. Na poparcie tego stanowiska stwierdził, że wymagania co do roweru 3 i 4 generacji wynikają z dokumentacji postępowania i zostały szczegółowo wyspecyfikowane. Uznał także, że sformułowanie wniosku dowodowego wskazuje na brak zrozumienia przez wnoszącego różnic między rowerami tych generacji, co może także potwierdzać fakt powoływania się w odwołaniu na postępowania, których zamawiano rowery 3 generacji. Podkreślił także, że istotna jest ocena nie tylko roweru 4 generacji, lecz systemu takich rowerów.

2/. W zakresie zobowiązania do udostępnienia zasobów stwierdził, że o tym, czy dany dokument spełnia wymagania zamawiającego i tym samym potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie decyduje data dokumentu, lecz jego treść. Odwołujący skupił się na dacie uzupełnionego przez przystępującego dokumentu, nie zapoznając się z jego treścią i nie dokonując jej analizy. Tymczasem zgodnie z treścią uzupełnionego zobowiązania podmiot trzeci oświadczył, że „informacje zawarte w niniejszym zobowiązaniu są aktualne na dzień składania ofert w Postępowaniu”. Stąd nie ulega wątpliwości, że na dzień składania ofert przystępujący dysponował potencjałem podmiotu użyczającego ten potencjał. Ponadto w treści zobowiązania kilkakrotnie wskazano, że udostępnienie potencjału następuje zarówno na etap postępowania o udzielenie zamówienia, jak również na etap jego realizacji.

Egis Bike skupił się jedynie na dacie dokumentu pomijając jego treść. Z powyższego wynika, że NB Serwis dysponował potencjałem podmiotu trzeciego na dzień składania ofert.

Potwierdził także powiązanie kapitałowe z udostępniającym, posiadającym 100% udziałów przystępującego oraz unię personalną między zarządami spółek, co może potwierdzać realność transferu potencjału.

Wskazał na orzecznictwo KIO z ugruntowanym poglądem, że dla oceny dokumentu i spełniania warunków udziału w postępowaniu data wystawienia dokumentu ma drugorzędne znaczenie. Sam odwołujący wskazuje, że „celem instytucji wezwania z art. 26 ust. 3 pzp co do zasady nie jest tworzenie nowych dokumentów”. Jest to zasada, która nie ma charakteru absolutnego np. w wyroku KIO 7/16 wskazano: „Dla oceny, czy warunek udziału jest spełniony nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert nie ma zasadniczego znaczenia wyłącznie data wystawienia dokumentu, ale istotny jest fakt, czy z treści dokumentu wynika spełnienie warunku na dzień składania ofert. W przypadku zatem uzupełnienia dokumentu opatrzonego datą po terminie składania ofert wymaga każdorazowej analizy, czy z treści tego dokumentu, z informacji w nim zawartych wynika, że okoliczności potwierdzające spełnianie danego warunku udziału w postępowaniu były aktualne nie później niż na dzień składania ofert. Powyższe stanowisko zostało ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący nie podziela poglądu, iż pierwotne zobowiązanie w ofercie było niewystarczające. W JEDZ wskazano na spełnienie wymaganych kryteriów kwalifikacji, a w treści zobowiązania wskazano, że Nextbike „udostępnia wykonawcy zasoby obejmujące zakresem: zdolność techniczną i zawodową w postaci doświadczenia zdobytego podczas zrealizowanych następujących zamówień: - zamówienie wykonane dla Urzędu Miasta Białystok /.../ obejmujące swym zakresem /.../”. Zatem przedmiotem zamówienia było to konkretne zamówienie. Natomiast w treści zobowiązania nie wskazano, że zakres zamówienia obejmował system bezobsługowych wypożyczalni rowerów, co wzbudziło wątpliwości zamawiającego. Jednakowoż nie wskazano, że w zakres zamówienia taki system nie wchodził – wręcz przeciwnie wskazano w nim elementy, które na taki system się składają (rowery, oprogramowanie, stacje rowerowe umożliwiające wypożyczenie roweru, stanowiska na wpięcie roweru). Są to części składowe systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerów – co zauważa sam odwołujący w pkt 5.6 odwołania. Zatem skoro wymieniono części składowe takiego systemu, to znaczy, że przedmiotem dostawy był także system. Ponadto wskazano w treści zobowiązania, że zarządzanie dotyczyło systemu samoobsługowej wypożyczalni rowerów, a przecież było to zarządzaniem tym samym systemem, realizowane w ramach tego samego, jednego zamówienia (najpierw dostawa systemu później zarządzanie nim). Zamawiający wezwał przystępującego dnia 27 kwietnia

2018 r. do wyjaśnienia tej kwestii w zakresie JEDZ. Wyjaśnienia rozwiały wątpliwości, bowiem zamawiający zażądał w ich następstwie doprecyzowania zobowiązania w tym zakresie, a nie jego zmiany przez wskazanie innego zamówienia lub uzupełnienia w oparciu o art. 22a ust. 6 pzp. Wezwanie zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania było zapewne spowodowane ostrożnością i skrupulatnością w ocenie ofert. W wyroku KIO 1927/17 wskazano: „Na podstawie całokształtu tych okoliczności należało, zdaniem składu orzekającego uznać, że już w dacie składania JEDZ zamawiający, po pierwsze, uzyskał wstępne – jak stanowi przepis art. 25a ust. 1 pzp – potwierdzenie, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, po drugie, że w celu wykazania spełnienia warunków polegać będzie na zasobach innego podmiotu. Złożone później dokumenty, w szczególności zobowiązanie podmiotu trzeciego, potwierdzały, niezależnie od daty zobowiązania, obie ww. okoliczności. Przedstawione przez odwołującego dokumenty nie są w żaden sposób sprzeczne z deklaracją zawartą w JEDZ, przeciwnie – uzupełniają ją, tworząc logiczną całość. Odnosząc się natomiast do przewidzianego w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp obowiązku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba wskazuje, że jakkolwiek z przepisu tego wynika, że wspomniany obowiązek spoczywa na wykonawcy, to jednak nie może być interpretowany w sposób dosłowny. Nawet jeśli z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów nie wynika wprost, że spełnia przewidziane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, nie oznacza to, że zamawiający zwolniony jest z obowiązku badania tej kwestii. Po pierwsze – wnioskowi takiemu przeczą przewidziane w art. 26 ust. 3 i 4 pzp instytucje wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów. Po drugie – nie jest wykluczona sytuacja, która nota bene miała miejsce w przedmiotowej sprawie, że kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wymaga zwracania się do wykonawcy w trybach przewidzianych we wzmiankowanych przepisach, a jedynie analizy całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu przez wykonawcę oferty i jego udziałowi w postępowaniu, w tym przedstawianych przez niego dokumentów. Ad casum zamawiający takiej analizy nie przeprowadził skupiając się de facto jedynie na dacie widniejącej na zobowiązaniu podmiotu trzeciego”.

Przystępujący zauważył, że nie miał podstaw skarżenia wezwania go do uzupełnienia zobowiązania wobec braku interesu na tym etapie. Uzupełniając zobowiązanie rozwiął wątpliwości zamawiającego.

Przystępujący wskazał na prowadzoną także wobec odwołującego procedurę uzupełniania dokumentów, w tym zobowiązania i pełnomocnictwa (częściowo utajnionych).

3/. W zakresie zarzutów odwołania dotyczących ceny oferty NB Serwis ocenionej przez odwołującego jako rażąco niska, przystępujący wskazał, co następuje.

Stwierdził, że złożone wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny są wiarygodne, kompletne, rzetelne, szczegółowe i poparte dowodami. Przedstawiona kalkulacja dotyczy wszystkich kosztów realizacji I i II etapu zamówienia, w tym zakupu wszystkich elementów systemu i obejmuje także koszty, na które nie wskazał Egis Bike, także koszty osobowe. Te ostatnie obejmują koszty montażu elementów systemu co wyszczególniono m.in. w pkt II.1, II.2A i II.3 wyjaśnień z 25.04.2018 r. z dowodami nr 1 i 4 załączonymi do wyjaśnień.

Przystępujący zauważa, że argumentacja odwołującego opiera się na twierdzeniach i dowodach dotyczących postępowań i ofert w postępowaniach, w których zamawiano systemy rowerowe 3 generacji. Także oferta odwołującego opiewa na taki system.

Tymczasem przystępujący złożył ofertę, w której zaoferował system 4 generacji. Porównywanie cen za dostawę sprzętu dla systemu rowerowego 3 i 4 generacji pozbawione jest sensu wobec istotnych różnic w warstwie sprzętowej. Także postępowanie w Trójmieście nie może stanowić punktu odniesienia dla systemu rowerowego 4 generacji. Na polski rynku ogłoszono dotąd 2 postępowania obejmujące rower 4 generacji – niniejsze oraz w Trójmieście. Ponadto w Krakowie udzielono koncesji na prowadzenie systemu 4 generacji, jednak postępowanie to jest nieporównywalne ze względu na inny model realizacji projektu, o czym świadczy fakt, że BikeU, któremu udzielono koncesji na 8 lat operowania systemem zażądał całkowitego wynagrodzenia od koncesjodawcy w wysokości ok. 130 000 zł (1 zł za jeden rower w skali 1 miesiąca).

Ponadto w postępowaniu Trójmiejskim uczestnicy zaoferowali 100% rowerów elektrycznych w przeciwieństwie do niniejszego, które dotyczy rowerów z napędem tradycyjnym.

Powyższe wskazywać ma na nieporównywalność cen ofertowych z przedstawionymi w innych postępowaniach, a także oferty odwołującego i przystępującego wobec przedstawienia zupełnie innych systemów. Tym samym realia rynkowe dopiero są kształtowane i nie ma do tej pory porównywalnego postępowania na system 4 generacji.

Dla oceny ceny zaoferowanej przez przystępujące za I i II etap zamówienia nie może być punktem odniesienia wartość szacunkowa zamówienia, bowiem ona także dotyczy innego systemu tj. 3 generacji. Dopiero w toku postępowania dopuszczono także system 4 generacji zamiast 3 (niesporne).

Jednym z elementów różnicujących system 3 i 4 generacji jest brak konieczności umieszczania na stacji rowerowej terminala. W ofercie w Poznaniu powołanej w odwołaniu cena terminala wynosi 41.205 zł. To powoduje, że przy rezygnacji z terminali w niniejszym postępowaniu ze 125 terminali (125 stacji systemu) oszczędność wynosi 5.150.625 zł. Terminale zastąpione zostaną komputerem pokładowym na rowerze. Wg wyliczeń odwołującego koszt komputera to 1600 zł, przy planowanych 10 rowerach na 1 stacji, koszt dla jednej stacji wynosiłby 16 000 zł. W konsekwencji, w oparciu jedynie o dane

odwołującego, oszczędność w skali jednej stacji wynosiłaby ok 25 000 zł, a w skali całego systemu obejmującego 125 stacji – 3.125.000 zł.

W zakresie wyceny 1599 stojaków rowerowych przystępujący wskazuje na kalkulację ujętą w wyjaśnieniach oraz możliwość nabycić ich od pomiotu trzeciego. Stwierdza także, że w odróżnieniu od odwołującego spółki z jego grupy posiadają doświadczenie w realizacji stacji rowerowych, w tym stojaków ze stali szlachetnej. Podkreślił nieporównywalność rozwiązań technicznych stojaków w innych wskazanych w odwołaniu postępowaniach.

W zakresie cen rowerów NB Serwis wskazuje na treść wyjaśnień, w których przedstawił okoliczności powodujące możliwość zaoferowania korzystnych cen zakupu rowerów 4 generacji (pkt II wyjaśnień). Zauważa, że próba porównania z systemem w Szczecinie jest nieuzasadniona, gdyż ten system jest unikalny i jedyny, do którego dostarczono infrastrukturę oraz oprogramowanie pozwalające na zapewnienie kompatybilności z innym działającym już systemem roweru publicznego. W tym zamówieniu należało uwzględnić nie tylko dostawę 45 stacji 344 rowerów 3 generacji, ale także wysokie koszty związane z zapewnieniem współpracy pomiędzy dwoma niezależnymi systemami, co wymagało dostosowania oprogramowania do obsługi systemu (kosztowne prace programistyczne) oraz dostosowania infrastruktury do możliwości wypożyczania i zwrotu rowerów w dwóch rodzajach stacji przez zastosowanie na wszystkich rowerach (także funkcjonujących w tym systemie wcześniej 360 szt.) podwójnych adapterów umożliwiających wpięcie roweru do stacji. Cena w tamtym postępowaniu zawierała szereg istotnych kosztów, które nie występują w niniejszym.

Odwołujący przedstawił szacunkowy koszt roweru 4 generacji, który oparty jest na błędnych założeniach. Przystępujący wskazuje na istniejące na rynku możliwości tańszego nabycia takiego roweru, co potwierdza np. Studium Konceptyjne Systemu Rowerowego Metropolitalnego dla Obszaru Metropolitalnego Gdańsk – Gdynia – Sopot, gdzie oszacowano cenę roweru 4 generacji na kwotę 2 000 – 2 500 zł.

W zakresie pozostałych kosztów, tym dotyczących kosztów dostosowania aplikacji, strony internetowej do potrzeb zamawiającego, wskazano na dopuszczenie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu wykorzystanie aplikacji funkcjonującej na rynku i przedstawienie kosztów w pkt II.4 wyjaśnień złożonych zamawiającemu.

Przystępujący podkreślił, że złożył wyjaśnienia wraz z dowodami nie budzące zastrzeżeń i nie wymagające uzupełnienia.

W związku z faktem, że zarzut rażąco niskiej ceny jest konsekwencją zarzutu dotyczącego ceny, również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji należy, zdaniem przystępującego, uznać za bezzasadny i nieudowodniony.

Odnosnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący stwierdził, że szczegółowo wyjaśnił zasadność zastrzeżenia tajemnicy, w tym fakt wielokrotnego zastrzegania takiej tajemnicy w innych postępowaniach o treści analogicznej i brak podważania tej okoliczności.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili w toku rozprawy stanowiska.

Odwołujący zauważył, że niespornym było, iż dokument przystępującego z 10.04.2018 r. z zobowiązaniem podmiotu trzeciego był błędny, niekompletny. Zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę do złożenia nowego dokumentu. Taki dokument z 14.05.2018 r. zawierający zobowiązanie będący oświadczeniem woli jest nowym oświadczeniem, odrębnym od poprzedniego i nie wynika z niego fakt dysponowania zasobami w dacie składania ofert. Tym samym w okresie od 10.04.-14.05. wykonawca nie wykazał posiadania wymaganego doświadczenia, jednocześnie wskazane cząstkowe doświadczenie mogło mieć wpływ na kalkulację ceny.

Wskazał na różnice między rowerami 3 i 4 generacji, w tym fakt, iż m.in. ten ostatni wyposażony jest w komputer pokładowy, zasilanie i szereg funkcji.

Podtrzymał zarzut dot. rażąco niskiej ceny na etap 1 i 2, tj. dostawy i uruchomieniu systemu. Stwierdza, że Przystępujący zaoferował rowery technologicznie lepsze za cenę znacząco niższą w porównaniu do roweru 3 generacji. Złożył jako zastrzeżone dokumenty na potwierdzenie realnej ceny roweru z niezbędnymi elementami w tym elektroniką – umowę z dostawcą oraz fakturę dot. krakowskiego systemu z 2016r. Przedstawił OPZ dla tego postępowania na potwierdzenie, iż dot. rowerów 4 generacji oraz tabelę kursów dolara.

Odnosnie składników cenotwórczych wskazał na OPZ 2.6.h – stojak na rowery z wymogiem wykonania ze stali szlachetnej, co jest uzasadnione całorocznym i 6 letnim użytkowaniem. Złożył cennik stali szlachetnej. Wskazał na wymóg OPZ 1.14 dot. sprawności elementów elektrycznych i elektronicznych. Składa dowód w części zastrzeżony dot. ceny lokalizatora GPS. Wskazał na dodatkowe koszty związane z utylizacją użytkowanych baterii, które w tym przedmiocie zamówienia (1002 rowery i 6-letnie użytkowanie) są istotne, w tym wymogi formalne. Wskazał na postępowanie w sprawie KIO 591/14 z wnioskiem o dołączenie akt na okoliczność porównania ceny rowerów oraz stojaków z 2014r. w stosunku do obecnych (fragment dokumentów jako dowód nr 16).

Przypomniał obszar realizacji zamówienia i wynikające stąd wymogi dot. logistyki i wskazał na przewidywane koszty osobowe realizacji w miejscach wyznaczonych. Stwierdził, że przedstawione elementy powinny być uwzględnione w kalkulacji ceny i przedstawione Zamawiającemu w złożonych wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny. Podkreślił prestiżowy

charakter i zakres zamówienia oraz pozycję NextBike Polska jako lidera o charakterze monopolistycznym na rynku (80% rynku). Wskazał na wyrok KIO 630/15.

Zauważył, że zgodnie z punktem 5.13 zarzut rażąco niskiej ceny odnosi zarówno do 1 jak i 2 etapu, a także ceny całej oferty.

Wskazał na różnice cen rowerów w różnych latach i różnych generacji. Stwierdził, że przedstawione w odwołaniu i na rozprawie dowody w postaci informacji z innych postępowań są uzasadnione na poparcie tez dowodowych.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy można wymagać poprawienia dokumentu, a w kolejnym dokumencie złożonym przez wykonawcę wskazano to samo zamówienie z uzupełnieniem wskazującym na doświadczenie zgodne z wymogami specyfikacji. Podtrzymał stanowisko dot. ceny Przystępującego. Zauważył, że Odwołujący w swoim stanowisku zamierza przenieść szereg kosztów z etapu trzeciego do pierwszego i drugiego będącego przedmiotem zarzutów. Wskazuje jako przykład na koszty utrzymania sprawności systemu, napraw, utylizacji baterii. Otrzymane od wykonawcy wyjaśnienia uznał za prawidłowe. Zauważył, że w odniesieniu do stojaków nie wymagano w ich konstrukcji podstawy stalowej, co ma znaczenie dla oceny materiałochłonności urządzeń.

Złożył fotografie przykładowych rozwiązań stojaków bez podstawy, także w tym zakresie otrzymał wyjaśnienia od Przystępującego. Wskazał na różnice w rozwiązaniach systemu obu generacji oraz przewidywane etapowe uruchomienie systemów w poszczególnych lokalizacjach i ich odbiór, co może mieć wpływ na obniżenie kosztów osobowych.

Przystępujący stwierdził, że już w pierwotnym zobowiązaniu w ofercie wskazywał na nabyte doświadczenie w realizacji systemu. Uznał, że przyjęcie stanowiska odwołującego zmuszałoby wykonawców do sporządzania antydatowanych dokumentów. Przypomniał, że wartość przedmiotu zamówienia została ustalona w wyniku dialogu technicznego i dot. systemów rowerów 3 generacji. Złożył dokument zaproszenia do dialogu z załączonym OPZ. Zauważył, że zaoferował system 4 generacji dopuszczony przez Zamawiającego, w którym znacząco odmiennie kształtują się składniki kosztowe. Wskazuje na uzasadnienia stanowiska w złożonym w piśmie w szczególności w odniesieniu do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wskazanych w odwołaniu. Zauważył różnice między tymi postępowaniami.

Stwierdził, że do realizacji przedmiotu zamówienia korzysta z ofert swoich dostawców, w tym np.: co do gotowych stojaków na roweru, których koszt może być obniżony w stosunku do sugerowanych przez Odwołującego.

Stwierdził, że w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wykazał i wyjaśnił uzasadnione koszty w ramach 1 i 2 etapu. Wskazał na dowód w postaci załącznika 1 i 4 do wyjaśnień. Dodatkowo złożył z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa ofertę cenową stojaka rowerowego pasywnego celem porównania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść oferty odwołującego, wyjaśnienia i dokumenty składane przez wykonawców zamawiającemu w toku badania i oceny ofert, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy NB Serwis z postępowania z uwagi na niewykazanie warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia obejmującego dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów przed upływem terminu składania ofert tj. dniem 11 kwietnia 2018 r., gdyż przedstawione w procedurze uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy pzp zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów może dowodzić jedynie dysponowaniem takimi zasobami najwcześniej od dnia 14 maja 2018 r. skład orzekający stwierdził, że dokument uzupełniony przez wykonawcę (przystępującego) na wezwanie z 9 maja 2018 r. został istotnie formalnie datowany na dzień 14.05.2018 r.

Jak ustalono, w toku badania ofert zamawiający pismem z dnia 9 maja 2018 r. wezwał wykonawcę NB Serwis sp. z o.o. do złożenia: „zobowiązania podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami zawartymi w siwz.”

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że z treści zobowiązania złożonego z ofertą wynika, że Nextbike Polska S.A. „udostępnia wykonawcy zasoby obejmujące zakresem: zdolność techniczną i zawodową w postaci doświadczenia zdobytego podczas zrealizowanych następujących zamówień:

- zamówienie wykonane dla Urzędu Miasta Białystok obejmujące swym zakresem: dostarczenie, co najmniej 300 sztuk rowerów i oprogramowania, oraz co najmniej 30 sztuk stacji rowerowych umożliwiających wypożyczenie rowerów, przy czym każda stacja rowerowa posiadała co najmniej 10 stanowisk na wpięcie rowerów, oraz – utrzymanie oraz bieżącą obsługę systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów /.../ Zamówienie zostało wykonane w okresie:

- dostawa w dniach 24.03.2014 – 31.03.2014;

- utrzymanie oraz bieżąca obsługa systemu w dniach 01.04.2014 – 30.11.2016 r. i oddaje wykonawcy do dyspozycji w/w niezbędne zasoby na okres korzystania z ich przy realizacji zamówienia”.

Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy z dnia 7.05.2018 r. i oświadczeniem wykonawcy zawartym w JEDZ w/w zamówienie obejmowało również dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz i ogłoszeniu. Powyższe nie wynikało w ocenie zamawiającego jednoznacznie z zawartego w zobowiązaniu zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu Nextbike Polska S.A. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania w ten sposób, aby było ono spójne z oświadczeniem wykonawcy zawartym w JEDZ. Z treści zobowiązania nie wynikało bowiem, że Nextbike Polska S.A. udostępnia wykonawcy zasoby obejmujące swym zakresem doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówienia dotyczącego również dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów.

W odpowiedzi wykonawca NB Serwis złożył datowany na dzień 14 maja 2018 r. dokument – zobowiązanie Nextbike Polska S.A. – do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wskazano w nim, iż „wykonawca może polegać na zdolności technicznej i zawodowej firmy Nextbike w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz w trakcie jego realizacji. W tym celu podmiot udostępnia wykonawcy zasoby obejmujące zakresem: zdolność techniczną i zawodową w postaci doświadczenia zdobytego podczas zrealizowanych następujących zamówień:

- zamówienie wykonane dla Urzędu Miasta Białystok obejmujące swym zakresem: dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów i oprogramowania

składającego się z co najmniej 300 sztuk rowerów i oprogramowania, oraz co najmniej 30 sztuk stacji rowerowych umożliwiających wypożyczenie rowerów, przy czym każda stacja rowerowa posiadała co najmniej 10 stanowisk na wpięcie rowerów, oraz – utrzymanie oraz bieżącą obsługę systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów obejmującej co najmniej 300 sztuk rowerów oraz co najmniej 30 sztuk stacji rowerowych umożliwiających wypożyczenie rowerów, przy czym każda stacja rowerowa posiadała co najmniej 10 stanowisk na wpięcie rowerów. Zamówienie zostało wykonane w okresie:

- dostawa w dniach 24.03.2014 – 31.03.2014;

- utrzymanie oraz bieżąca obsługa systemu w dniach 01.04.2014 – 30.11.2016 r. i oddaje wykonawcy do dyspozycji w/w niezbędne zasoby na okres korzystania z ich przy realizacji zamówienia”.

Oświadczono, że informacje zawarte w zobowiązaniu są aktualne na dzień składania ofert w postępowaniu.

Skład orzekający uznał, mając na uwadze treść dokumentu, że zawarte w nim zobowiązanie wprost wskazuje, że podmiot trzeci udostępnił wymagane zasoby w wymaganym zakresie i terminie, a tym samym wykonawca (obecny przystępujący) dysponował zasobami podmiotu trzeciego na dzień składania ofert. W szczególności treść ostatniego zdania w dokumencie potwierdza aktualność informacji w zobowiązaniu na dzień składania ofert w postępowaniu. Znaczenie dla dokonanej oceny ma także fakt, zobowiązanie do udostępnienia zasobów opiera się na zrealizowanym tym samym - tożsamym zrealizowanym przedmiocie zamówienia, którym został wskazany w ofercie, w dokumencie JEDZ i w treści zobowiązania "pierwotnego", jak i uzupełnionego na wezwanie zamawiającego, naturalnie po dacie składania ofert.

W świetle dokonanych ustaleń Izba uznała, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów potwierdziło, że odwołujący spełniał warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Izba zauważa, że wskazane przez odwołującego orzeczenie KIO z dnia 14 kwietnia 2017 r. sygn. akt 630/17 zapadło w odmiennym od rozpatrywanego obecnie stanie faktycznym, bowiem kwestionowało skuteczność złożenia na wezwanie zamawiającego zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, który był podmiotem nowym, odmiennym od wskazanego w ofercie i realizował odmienne, nie przedstawione wcześniej zamówienie publiczne: *„Bezspornie w dniu złożenia oferty Odwołujący dysponował potencjałem podwykonawcy – „Musan” i dopiero w momencie negatywnej oceny przez Zamawiającego tego potencjału, Odwołujący przedłożył oświadczenie innego podmiotu sporządzone w dacie po wezwaniu.”*

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia rozumianego jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, skład orzekający zauważa na wstępie, że wobec skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę (przystępującego) tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień co do ceny, ustosunkowanie się do zarzutu następuje w orzeczeniu bez wskazywania co do zasady informacji, które mogłyby prowadzić do uchylecia tajemnicy. Izba stwierdza, że wyjaśnienia złożone przez NB Serwis zasadnie zostały uznane przez zamawiającego za kompletne, precyzyjne; zawierają one kalkulacje kosztów, czynniki i okoliczności wpływające na zmniejszenie owych kosztów, jak również dowody, w tym pochodzące od podmiotów zewnętrznych. Wyjaśnienia te pozwalają na ocenę, że oferowana cena nie jest rażąco niska. W zakresie konkretnych elementów składowych zauważyć należy:

- w odniesieniu do ceny stojaków rowerowych, że opis przedmiotu zamówienia wbrew twierdzeniom odwołującego, nie przewiduje wymogu zastosowania podstawy stojaka z blachy. Zgodnie z pkt C.I.2.6a stojaki mają zostać zaprojektowane w wersji modułowej do 3 stojaków na moduł, nie zostało jednak określone czy moduły mają być na podstawie z blachy czy np. na ramie. Rozwiązanie w tym zakresie pozostawiono wykonawcy. W zależności od wyboru wariantu zgodnego z opz możliwe jest znaczące zmniejszenie kosztów materiałowych w stosunku do sugerowanych przez odwołującego. Ponadto należy zauważyć, że kalkulację ceny w tym zakresie ujęto w pkt II.2 – 2C dokumentu pn. założenia przyjęte do kalkulacji ceny oferty NB w postępowaniu, złożonego w ramach wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Kalkulacja ta znajduje poparcie w przedstawionych przez NB Serwis, który złożył dokumenty ofertowe na nabycie stojaków.

- w zakresie kosztów związanych z zakupem rowerów wykonawca przedstawił kalkulację ceny w tym zakresie w pkt II.1 Założeń zawartych w wyjaśnieniach. Kalkulacja ta została poparta konkretnymi dowodami pochodzącymi od podmiotów zewnętrznych względem NB w szczególności ofertą sprzedaży rowerów 4 generacji na potrzeby realizacji zamówienia.

- w zakresie pozostałych elementów systemu koszty zostały ujęte wiarygodnie w złożonych wyjaśnieniach. Należą do nich także przewidywane koszty osobowe realizacji zamówienia w wyznaczonych miejscach.

Skład orzekający stwierdza także, że wskazane przez odwołującego zamówienia, których wartość, lub wartość ich elementów miałyby stanowić podstawę do porównania wartości, jak również wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego na system rowerów trzeciej generacji, nie mogą stanowić realnego odniesienia do ceny zaoferowanej przez przystępującego. Z tego względu twierdzenie zamawiającego o unikatowym charakterze zamówienia zasługuje na aprobatę, a konsekwencją tego jest uznanie, że rynek zamówień

na przedmiotowy system dotychczas się nie ukształtował. Tym niemniej w oparciu o wykazane w ramach postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ustawy pzp realnie przewidywane koszty realizacji stwierdzić można, że zaoferowana cena oferty, tak co do etapu I i II, jak cena oferty jako całości, nie nosi znamion rażąco niskiej.

Zważywszy, że kolejny zarzut oparty jest na stwierdzeniu o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, co implikuje tezę o czynie nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy, że brak uznania ceny za rażąco niską oznacza w konsekwencji, iż złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym zamawiający nie naruszył w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Izba podziela jako zasadne stanowisko zamawiającego, że wykonawca wykazał wystąpienie przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w niniejszej sprawie i prawidłowo zastrzegł, że wyszczególnione informacje nie mogą być udostępniane. Tym samym nie stwierdzono naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy pzp i art. 11 ust. 4 uznk. Otrzymane przez zamawiającego wyliczenia zaoferowanej ceny z uwzględnieniem kosztów wraz z dowodami potwierdzają aspekt organizacyjny przedsiębiorstwa wykonawcy wskazującego elementy cenotwórcze, źródła dostaw, podmioty współpracujące, a informacje te mają walor gospodarczy. Ponadto przystępujący przedsięwziął środki w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa tj. zastrzegł tę część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba stwierdza, że brak zajścia przesłanek wykluczenia wykonawcy NB Serwis i odrzucenia jego oferty w konsekwencji powoduje bezzasadność zarzutu naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....