

Sygn. akt: KIO 2360/14

WYROK

z dnia 26 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 24 listopada 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2014 r. przez **odwołującego:** BikeU Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175; 90-447 Łódź

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego: Nextbike Polska Sp. z o.o. ul. Tamka 16 lok.17; 00-349 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowny wybór oferty najkorzystniejszej po odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego i odtajnia wyjaśnienia wykonawcy wybranego.

2. kosztami postępowania obciąża: Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175; 90-447 Łódź

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BikeU Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175; 90-447 Łódź na rzecz BikeU Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa kwotę 18.600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu odo odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie pismem z dnia 10 listopada 2014r. przez Bikeu Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa zwany dalej „odwołującym”.

Odwołanie zostało wniesione w związku z postępowaniem prowadzonym przez Miasto Łódź reprezentowane przez Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175; 90 -447 Łódź zwany dalej „zamawiającym” na udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na ”Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny (ŁRP)” Nr sprawy ZDiT-DZ.3321.100.2014 zwany dalej „postępowaniem”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 ustawy Pzp. to jest zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w związku z naruszeniem takich przepisów ustawy Pzp. jak:

1. Art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Nextbike Polska Sp. z o.o. ul. Tamka 16 lok.17; 00-349 Warszawa zwanego dalej „przystępującym po stronie zamawiającego” lub „wykonawcą wybranym”;
2. Naruszenie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. w związku z art.15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
3. Naruszenie art.8 ust.1- 3 ustawy Pzp. w związku z art.96 ust.2 i 3 ustawy pzp oraz art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo, że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnica przedsiębiorstwa oraz innych wskazanych w treści odwołania.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zgłosił następujące żądania:

1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. Zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę wybranego w sprawie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie na rozprawie z odtajnioną częścią wyjaśnień. Z ostrożności odwołujący wnosi o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie na rozprawie informacji zawartych w wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny, składanych przez wykonawcę wybranego;
3. Nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i badania ofert oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, ponieważ zawiera rażąco niską cenę;
4. Dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący składając odwołanie powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia, przywołując okoliczność złożenia w postępowaniu dwóch ofert to jest ważnej jego oferty i nieważnej oferty wykonawcy wybranego zawierającej rażąco niską cenę. W tym stanie rzeczy na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp. wnosi o uwzględnienie odwołania. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał w dniu 31 października 2014r.. Składając odwołanie w dniu 10 listopada 2014r. zachował termin na wniesienie odwołania zgodnie z art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Dotrzymał termin na przesłanie kopii odwołania zamawiającemu w myśl art.180 ust.5 ustawy Pzp. tak aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Przedstawiając uzasadnienie formalne i prawne złożonego odwołania między innymi przywołano następującą argumentację. Oferta złożona przez wykonawcę wybranego ma na celu wykonanie zamówienia poniżej kosztów jego wykonania oraz nie uzyskanie zysku. Złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę ma na celu wyeliminowanie innych wykonawców biorących udział w postępowaniu z możliwości uzyskania zamówienia a co wypełnia przesłanki art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca wybrany składając wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 20 października 2014r, zastrzegł tajemnicę złożonych wyjaśnień. Następnie pismem z dnia 23 października złożył wyjaśnienia na okoliczności zastrzeżenia tajemnicy udzielonych wyjaśnień. Odwołujący podniósł kwestię ogólnikowości wyjaśnień co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy i konieczności wykazania wszystkich przesłanek określonych w art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto odwołujący zauważył, że ochronie przed ujawnieniem nie podlegają całe dokumenty tylko ich fragmenty zawierające informacje zastrzeżone. Nieprawidłowości po stronie zamawiającego powodują nadużycie w

zakresie pozyskania zamówienia, którego informacje co do zasady powinny być dostępne dla ogółu. Wykonawca zastrzegający ochronę informacji przed dostępem ogółu powinien przedstawić szczegółowe wyjaśnienia co do objęcia ich tajemnicą. Niedopuszczalnym jest bezkrytyczne przyjmowanie argumentów wykonawców co do objęcia informacji tajemnicą, w sytuacji częstych ogólnych wskazań co do objęcia informacji tajemnicą a także nie przedstawiania dowodów, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazał na treść art.8 ust.1 ustawy Pzp. zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Natomiast przeprowadzenie dowodu z utajnionych wyjaśnień pozwoli na zweryfikowanie zaoferowanej ceny do której zamawiający powziął podejrzenie rażąco niskiej ceny. W okolicznościach przedmiotowej sprawy w ocenie odwołującego zachodzi podejrzenie, że zamawiający nie dokonał właściwej oceny co do zastrzeżenia tajemnicy jak i informacji objętych tą tajemnicą na okoliczność wysokości zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 14 listopada 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest Nextbike Polska Sp. z o.o. ul. Tamka 16 lok.17; 00-349 Warszawa zwany dalej „wykonawcą wybranym” lub „przystępującym w sprawie”, który wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 24 listopada 2014r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W odpowiedzi przedstawiono następującą argumentację. Obowiązkiem zamawiającego w razie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest zbadanie czy informacje objęte tajemnicą dla ogółu odbiorców są niedostępne i jakie niezbędne czynności wykonawca podjął dla zachowania ich poufności. Zamawiający pismem z dnia 22 października 2014r. wezwał wykonawcę wybranego do wyjaśnienia zastrzeżenia udzielonych informacji. Pismem z dnia 23 października 2014r. wykonawca wskazał elementy wchodzące w skład ceny oraz sposób budowania ceny. W ocenie wykonawcy pokazano sposób budowania ceny, jakie są warunki współpracy z kontrahentami oraz jaka jest stosowana marża. Ponadto wykonawca wskazał, że informacje te nie były poprzednio ujawniane do publicznej wiadomości, ponieważ cena jest budowana na konkretne postępowania. Dodatkowo wykonawca oświadczył, że podjął działania zapobiegające ujawnieniu informacji i wyraził wolę objęcia ich ochroną. Zamawiający przywołał art.11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazując na nieodłączne jego elementy takie jak: poufność, brak ujawnienia i zabezpieczenie informacji. Dane i informacje zawarte w tych wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą, bowiem ich rozpowszechnianie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w segmencie rynku

tych usług. „Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy podjął on działania zmierzające do zachowania w poufności informacji zawartych w przedmiotowych wyjaśnieniach, wyjaśnił, iż obowiązują u niego wewnętrzne procedury określające kto ma dostęp do powyższych danych oraz określające tryb postępowania uniemożliwiający dotarcie do tych informacji przez osoby trzecie”. Fakt podjęcia działań mających na celu ochronę danych posiadających wartość gospodarczą wypełnia w ocenie zamawiającego przesłanki art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego zarzut odwołującego jest bezzasadny i zamawiający wnosi o jego oddalenie. Co do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp. to jest zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający przedstawiając swoje stanowisko przywołuje treść art.90 ust.2 ustawy Pz., w którym wymienione są przykładowo czynniki obiektywne, które mogą wpłynąć na wysokość oferowanej ceny oraz podkreśla zamawiający, że wykonawca powinien wyjaśnić w jakim stopniu te obiektywne czynniki wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Również zamawiający opierając się na orzecznictwie w tym KIO wskazał do jakich cen zamawiający powinien przyrównać zaoferowaną cenę aby móc ją ocenić w kontekście ceny rażąco niskiej. I tak zamawiający przywołał wycenę zamawiającego, ceny konkurentów w danym postępowaniu oraz cenę rynkową jako odnośniki do oceny oferowanej ceny. Zamawiający na wezwanie z dnia 9 października otrzymał od wykonawcy wybranego w piśmie z dnia 20 października 2014r. wyjaśnienia odnoszące się do kosztów dostawy 1000 sztuk rowerów, 100 stacji systemu wraz z terminalami, wdrożenia i uruchomienia systemu. Ponadto wykonawca przedstawił koszty szkoleń, obsługi systemu w zakresie rozmieszczenia rowerów, systemu pomiędzy poszczególnymi stacjami, obsługi systemu w zakresie czynności związanych z poprawnym funkcjonowaniem systemu informatycznego ŁPR oraz poprawnym funkcjonowaniem Punktu Obsługi Klienta oraz Centrum Kontakt. Dodatkowo wykonawca wskazał na przychody jakie zamierza osiągnąć, a które miały wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny. Zamawiający mając na uwadze przedstawione wyjaśnienia sam przeprowadził analizę danych podanych w wyjaśnieniach w odniesieniu do istniejących danych rynkowych. Szczegółową analizę zamieścił w załączniku nr 1 do niniejszego pisma. Przedstawiona analiza wskazuje na to, że przedstawione koszty realizacji poszczególnych elementów systemu są wiarygodne i umożliwią stworzenie funkcjonalnego systemu roweru publicznego. Przedmiotowa cena jest realna i co najwyżej może być potraktowana jako cena niska. Zamawiający dokonał porównania ceny z innymi rynkami w tych zamówieniach w kraju i uznał, że zaoferowana cena jest realna i zapewniająca wykonania zamówienia. Dlatego wnosi o oddalenie tegoż zarzutu. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. w związku z art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji której to oferta wykonawcy wybranego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wnosi

również o oddalenie tego zarzutu, ponieważ w złożonej ofercie wykonawcy wybranego nie dostrzega takich okoliczności jak utrudnienie dostępu do rynku, które jest realizowane poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dokonana analiza porównawcza przez zamawiającego nie wskazuje na sprzedaż usługi poniżej kosztów w celu eliminacji innych konkurentów. Wręcz przeciwnie cena jest ceną realną, gwarantującą wykonawcy zysk. Jak również nie odbiega od cen na rynku za tego typu usługi. Z tych względów zamawiający wnosi o oddalenie odwołania. W załączniku do odpowiedzi na odwołanie zamawiający zawarł następujące informacje: Charakterystykę kosztorysu łódzkiego systemu w tym złożoność czynników wpływających na cenę usługi jaką jest system roweru publicznego; szacunkowy koszt inwestycji w Łodzi; łączny koszt systemu w przeliczeniu na usługę: rower/miesiąc; 2) odniesienie się zamawiającego do kosztorysów przekazanych przez firmę Nextbike; 3) odniesienie się Zamawiającego do argumentacji w kwestii przychodów mających wpływ na obniżenie kosztów oferty – reklama. Z podsumowania wynika, że przedstawione koszty poszczególnych elementów systemu są wiarygodne i umożliwia stworzenie funkcjonalnego systemu roweru publicznego. (...)”Uzasadnienie obniżenia kosztów oferty poprzez odjęcie kosztów przychodów z reklamy jest możliwe w warunkach łódzkich i Zamawiający akceptuje przyjętą przez Wykonawcę argumentację”(...).

Pismem z dnia 23 listopada 2014r. przystępujący wykonawca wybrany przedstawił stanowisko w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania jak to uczynił zamawiający. Przede wszystkim podniósł, że wbrew obowiązkowi wykonawca składający odwołanie nie udowodnił wystąpienia rażąco niskiej ceny a co leży jako obowiązek po jego stronie, przywołując art.190 ust.1 ustawy Pzp. Ponadto nie wskazano żadnego dowodu z oficjalnego źródła, że zastrzeżenie tajemnicy wyjaśnień przez wykonawcę wybranego jest nieuzasadnione. Bowiem ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji przedstawiono następującą argumentację. Całość argumentacji odwołującego sprowadza się tylko do porównania ceny szacunkowej zamówienia z wartością oferty wykonawcy wybranego. Normalnym zjawiskiem jest, że wartość zamówienia ustalana przez zamawiającego jest wyższa od składanych ofert w związku z panującą konkurencją między wykonawcami. Sam fakt złożenia oferty poniżej wyceny zamawiającego nie oznacza ceny rażąco niskiej. To wykonawca ma prawo na wezwanie zamawiającego wskazać jakie czynniki miały wpływ na kalkulowanie ceny, co spowodowało oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny na to wpłynęły na obniżenie ceny. I tak(...) Tak więc, wyjaśnienia Przystępującego zawierają odniesienie do: oszczędność metody wykonania zamówienia (pkt 1 –VIII wyjaśnień

Przystępującego), wybranych rozwiązań technicznych (pkt III,VI-VIII wyjaśnień Przystępującego), wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy (część II wyjaśnień Przystępującego) oraz oryginalność projektu wykonawcy (pkt V wyjaśnień Przystępującego).

Co do zarzutu nieodtajnienia wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny. Przystępujący określił, że wykonawca zastrzegł wyłącznie wyjaśnienia w których wskazano ceny jednostkowe oraz sposób ich kalkulacji. Przystępujący nie zastrzegł ceny brutto oferty. (...)”Ceny poszczególnych usług, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały indywidualnie skalkulowane wyłącznie dla potrzeb Zamawiającego. W wyjaśnieniach przedstawiono rzetelnie wyliczone nakłady osobowe oraz rzeczowe niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia objętego Postępowaniem. Informacja ta, jest niezwykle istotna z punktu widzenia przystępującego i posiada istotną wartość gospodarczą, a jej ujawnienie zagraża interesom przystępującego. Ujawnienie cen objętych tajemnicą może doprowadzić do utraty znacznej ilości przychodów na rynku systemów rowerowych”(...).

W zakresie warunku poufności przystępujący oświadczył, że „zastrzeżone informacje zna wyłącznie wąskie grono pracowników Przystępującego uprawnionych do dostępu do informacji poufnych, zobowiązanych jednocześnie do zachowania ich w tajemnicy.”(...)”Podnieść również należy, iż umowy zawarte na potrzeby Postępowania zawierają postanowienia umowne zastrzegające zakaz ujawniania ich treści.”(...). Przystępujący przywołał dwa wyroki Sądu Najwyższego z treści obydwu których wynika, że informacje poufne to takie np. informacje handlowe, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Należy zwrócić uwagę na istotny element jakim jest podjęcie działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. (wyroki Sądu Najwyższego Sygn. akt I CKN 89/01 z dnia 7 marca 2003r. i Sygn. akt IV CKN 211/01 z dnia 6 czerwca 2003r.).

W zakresie ziszczenia się trzeciego warunku przystępujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000r. Sygn. akt I CKN 304/00 informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli przedsiębiorca ma wolę aby informacja pozostała tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentowi i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Na marginesie przystępujący wskazał, że we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych dokonuje on zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa – zarówno dla zaoferowanych cen jednostkowych, jak i ewentualnych wyjaśnień w tym zakresie. Działaniami podjętymi poza Postępowaniem spełniającymi trzeci ustawowy warunek było również zawarcie umów o poufności z kontrahentami. Zasadność

obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W tym stanie rzeczy przystępujący wnosi o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła co następuje

Na podstawie protokołu postępowania sporządzonego przez zamawiającego dołączonego do akt sprawy ustalono wartość zamówienia przez zamawiającego na kwotę 11.071.138,21 zł. z uwzględnieniem podatku VAT wartość brutto zamówienia wyniosła kwotę 13.617.500,00zł. Informację podano na otwarciu ofert w dniu 26.09.2014r.

W postępowaniu wpłynęły dwie (2) oferty to jest oferta odwołującego i wykonawcy wybranego (przystępującego w sprawie).

Oferta wykonawcy wybranego zarówno przystępującego w sprawie wyniosła kwotę 7.214.634,00zł. a brutto kwotę 8.874.000,00 złotych.

Z kolei wartość oferty odwołującego wynosząca brutto kwotę 12.598.000,06 zł. brutto zbliżona jest do wyceny zamawiającego to jest kwoty brutto 13.617.5000,00 złotych.

Porównując wartości oferty wykonawcy wybranego i wartość zamówienia powiększoną o stawkę podatku VAT to wartość oferty tego wykonawcy jest niższa o 34.83 procent.

Zamawiający powziął wątpliwości co do wyceny oferty wykonawcy wybranego (przystępującego po stronie zamawiającego). W tym celu pismem z dnia 9 października 2014r. zwrócił się do wykonawcy wybranego za pismem o numerze ZDiT-DZ.3321.100.2014. Podstawę wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny stanowił art.90 ust.1 ustawy Pzp. wymieniony w tym piśmie. Zgodnie z treścią art.90 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z treści pisma wynikają następujące okoliczności w sprawie. Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny

brutto. Zamawiający prosi o przedstawienie obiektywnych czynników w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, kalkulacji istotnych elementów cen oraz ryzyka (np. wynagrodzenie pracowników, koszt urządzeń składających się na elementy infrastruktury systemu, biuro, ryzyka) wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów lub innych obiektywnych czynników, które miały wpływ na zaoferowanie ceny za wykonanie zamówienia w wysokości 8.874.000,00 czyli o 34,83% niższej niż kwota środków finansowych przewidzianych przez zamawiającego na jego sfinansowanie to jest 13.617.500,00zł. Przedłożone wyjaśnienia powinny zawierać uzasadnienie kalkulacji kosztów dokonanej przez wykonawcę wraz z ich opisaniem, z uwzględnieniem zakresu rzeczowego przedmiotowego zamówienia, jego specyfiki i zabezpieczeniem jego prawidłowej realizacji oraz warunków rynkowych realizacji zamówienia. Wykonawca winien podać wielkości przyjętych do wyceny usług czynników cenotwórczych takich jak koszty: robocizny, materiałów, łącznie z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu i transportu, narzutów na koszty pośrednie i wskaźniki planowanego zysku. W szczególności wykonawca powinien podać wielkości przyjęte do wyceny dla nw elementów za: dostawy floty 1000 rowerów LRP, 100 stacji systemu LRP wraz z terminalami, wdrożenie i uruchomienie systemu, przeprowadzenie szkolenia dla pracowników wskazanych przez Zamawiającego, koszt systemu informatycznego i jego obsługi, koszt miesięczny obsługi systemu ŁRP w zakresie relokacji rowerów systemu pomiędzy poszczególnymi stacjami, koszt miesięczny obsługi systemu ŁRP w zakresie czynności związanych z poprawnym funkcjonowaniem systemu informatycznego ŁRP, koszt miesięczny obsługi systemu ŁRP w zakresie czynności związanych z poprawnym funkcjonowaniem Punktu Obsługi Klienta oraz Centrum Kontakt. Powyższe wyjaśnienia są niezbędne dla prawidłowej oceny złożonej oferty oraz ustalenia czy zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą należyte wykonanie umowy. Pismo zawierało również pouczenie, że zgodnie z art.90 ust.3 ustawy Pzp. zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 20 października 2014 roku przystępujący w sprawie to jest wykonawca wybrany udzielił zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 października 2014r. sformułowane w trybie art.90 ust.3 ustawy Pzp to jest jak powyżej.

W piśmie tym wykonawca wybrany przedstawił wielkości przyjęte do wyceny kluczowych elementów zamówienia. Powyższe uczynił zgodnie z wytycznymi zawartymi w piśmie zamawiającego z dnia 9 października 2014r. to jest przedstawił założenia, kwoty dla

poszczególnych punktów z opisem istotnych w jego ocenie parametrów i tak 1) dostawa floty to jest 1000 rowerów ŁRP w pozycji tej podano cenę jednostkową sprzętu to jest roweru z zaznaczeniem skali zamówienia mającej wpływ na cenę jednostkową roweru; 2) 100 stacji systemu ŁRP wraz z terminalami, w pozycji tej przedstawiono cenę pojedynczej stacji z uwzględnieniem łącznej ilości stojaków do rowerów na 1500 sztuk i zaznaczono, że na podaną cenę stacji ma wpływ ich ilość; 3) wdrożenie i uruchomienie systemu obejmujące A) przygotowanie terenu pod stacje w pozycji tej powołano się na posiadane doświadczenia z kilku polskich miast wraz z doświadczeniami w zakresie konieczności uzyskania pozwoleń. Podano koszt jednej stacji z terminalem, stojakami i podpiętymi rowerami oraz koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób, których zadaniem będzie postawienie i uruchomienie kompletnej stacji z podaniem ceny jednej stacji i łącznej ich ilości to jest 100 stacji B) koszty transportu TIR, rozładunku, ostatecznego montażu sprzętu w pozycji tej podano koszty transportu rowerów oraz stacji, określono ilość transportów TIR oraz koszt łączny transportu 4) przeprowadzenie szkolenia dla pracowników wskazanych przez Zamawiającego w pozycji tej ryczałtowo przedstawiono koszt szkolenia pracowników; 5) koszty systemu informatycznego i jego obsługi w pozycji tej przedstawiono koszty opłaty licencyjnej rocznej na rzecz dostawcy systemu, który zajmuje się jego obsługą i konserwacją w odniesieniu do sztuki roweru przez cztery sezony z podaniem łącznej kwoty z uwzględnieniem ilości rowerów; 6) koszt miesięczny obsługi systemu ŁRP w zakresie relokacji rowerów systemu pomiędzy poszczególnymi stacjami gdzie wykonawca wybrany wydzielił takie koszty jak: koszty osobowe przy serwisie i konserwacji rowerów w pozycji tej uwzględnił podał ilość osób, która zamierza zatrudnić, z podaniem stawki miesięcznej okresu zatrudnienia to jest 44 miesięcy z wyliczeniem całkowitego kosztu zatrudnienia; koszty osobowe przy alokacji rowerów w pozycji tej podano koszt zatrudnienia przez okres 34 miesięcy określonej ilości osób z wyliczeniem całkowitego kosztu zatrudnienia; koszty wynajęcia i utrzymania warsztatu w pozycji tej opisano parametry jakie lokal powinien spełnić jako warsztat oraz miesięczny koszt wynajmu z uwzględnieniem 44 miesięcy jego wynajmu i całkowitym kosztem z tego tytułu; koszt odtworzenia infrastruktury zużytej, skradzionej, zdewastowanej w pozycji tej przedstawiono na bazie doświadczeń procentowo jaką ilość sprzętu należy dokupić przez cztery sezony trwania umowy z wyliczeniem kwoty; koszt zakupu środków transportu w pozycji tej przedstawiono ilość potrzebnych do obsługi systemu samochodów, cenę pojedynczego i łącznego zakupu samochodów; koszty utrzymania środków transportu w pozycji tej wyliczono łączny koszt paliwa z uwzględnieniem ilości zaplanowanych dziennie kilometrów do przejechania, ubezpieczenia i przeglądów samochodów; koszty przechowywania elementów systemu poza sezonem w pozycji tej określono parametry hali do przechowywania sprzętu poza sezonem oraz koszt wynajmu przez 3 miesiące w czasie 3 zim; 7) Koszt miesięczny obsługi systemu ŁPR w zakresie czynności związanych z

poprawnym funkcjonowaniem systemu informatycznego ŁPR w pozycji tej uwzględniono koszty wsparcia telekomunikacyjnego oraz koszty wsparcia informatycznego przez okres 34 miesięcy; 8) Koszt miesięczny obsługi systemu ŁPR w zakresie czynności związanych z poprawnym funkcjonowaniem Punktu obsługi Klienta oraz Centrum Kontraktu w pozycji tej uwzględniono takie koszty jak 16 godzin dziennie obsługi Centrum Kontaktów na zasadach profesjonalnego Call Centre, zapewnienie 9 godzin dziennie obsługi Punktu Obsługi Klienta przez 34 miesiące oraz wynajem przez 44 miesiące lokalu, jak powyżej wyliczając całkowity koszt tej pozycji. Następnie przedstawiono całkowity koszt w ujęciu tabelarycznym. Przy czym koszt ten został pomniejszony o przychody z reklam. W tej części przedstawiono kwotę, którą wykonawca wybrany przy realizacji zamówienia w Łodzi zamierza pozyskać z reklam. Kwotę tę wyliczył przyjmując 1000 rowerów mnożąc tę ilość rowerów przez określoną kwotę, którą zamierza uzyskać z reklamy i mnożąc następnie przez 34 miesiące oraz dalej mnożąc przez 80 % tzw. obłożenie reklamowe rowerów. Uzyskaną tak kwotę z reklam odjął od kosztu realizacji zamówienia. Następnie do kwoty tak pomniejszonego kosztu realizacji zamówienia doliczył kwotę marży w ustalonej wysokości procentowej. W ten sposób uzyskał końcową kwotę, która została zaoferowana zamawiającemu jako cena, której wysokość odbiegała w dół o prawie 35 % od wyceny zamawiającego (zaoferowana cena przez wykonawcę wybranego to kwota 8.874.000 zł. brutto). Kolejny element wyjaśnienia wykonawcy wybranego to analiza prawna, która ma na celu wykazanie, że (...) „niezależnie od powyższego wskazać należy, iż sam fakt, że cena zawarta w ofercie odbiega od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia nie oznacza, iż cena ta jest rażąco niska”(...). Przywołano stanowisko orzecznictwa i poglądy doktryny z których wynika, że cena rażąco niska to taka która nie gwarantuje pokrycia kosztów i osiągnięcia zysku. Drugim wyznacznikiem ceny rażąco niskiej jest brak gwarancji dla zamawiającego wykonania czy też należytego wykonania zamówienia. Dalej wykonawca wybrany wskazuje na element nieopłacalności wykonania zamówienia poniżej jego kosztów oraz bez możliwości osiągnięcia zysku. Wskazuje także na okoliczność różnic cenowych na dane zamówienie, jako element konkurencji między wykonawcami („Różnica pomiędzy cenami oferowanymi przez wykonawców w postępowaniu przetargowym jest zjawiskiem naturalnym, wynikającym z istnienia konkurencji między wykonawcami w warunkach wolnego rynku”). Przywołano również wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z tezą, że „cena rażąco niska to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował”. Wyrażone powyżej poglądy i stanowiska wykonawca wybrany kwituje następująco: ”Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu”. Odnosząc

się do wartości zamówienia to kwituje wykonawca wybrany różnicę między szacunkiem zamawiającego a szacunkiem jego oferty w następujący sposób "wartość szacunkowa zamówienia stanowi pewnego rodzaju założenia i szacunki; jest pewnego rodzaju projekcją zamówienia, która nie zawsze musi znaleźć odzwierciedlenia w treści cen składanych w warunkach konkurencji." Dalej wykonawca wybrany i przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego przedstawia wywody, z których jednoznacznie wynika, że wartość zamówienia ustalana przez zamawiającego nie ma odniesienia do faktycznych cen rynkowych bo ma charakter proceduralny, ustalana jest przed wszczęciem postępowania, nie uwzględnia kryzysu na rynku a właściwe jej charakter służy ustaleniu czy zamówienie będzie pod czy ponad progowe. Reasumując okoliczność składania ofert poniżej wartości zamówienia jest dla wykonawcy wybranego zjawiskiem naturalnym. Zdaniem wyjaśniającego zarzut rażąco niskiej ceny „całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy” nie odzwierciedla: charakteru zamówienia (jak w niniejszym przypadku); okoliczności rynkowe (zmiany cen na materiały i usługi budowlane, kryzys gospodarczy). Reasumując swoje wywody cena wykonawcy wybranego jest realistyczna; umożliwia wykonanie zamówienia w sposób należyty; pozwala na wygenerowanie wysokiego zysku; została skalkulowana w sposób rzetelny. Oświadcza, że jako firma profesjonalna jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymogami zamawiającego; ma odpowiednie doświadczenie, zaplecze techniczne, osobowe, know-how stąd cena konkurencyjna, cena obejmuje wszelkie koszty jakie zostaną poniesione z tytułu należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 22.10.2014r.L.dz. ZDiT-DZ.3321.100.2014 zwrócił się do wykonawcy wybranego o wykazanie zasadności objęcia tajemnicą złożonych wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny. W piśmie tym zamawiający pouczył wykonawcę wybranego, że informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W wyjaśnieniach zamawiający oczekiwał wykazania łącznego spełnienia następujących przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa: mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą; nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Jednocześnie zamawiający pouczył, że w przypadku nie złożenia wyjaśnień albo gdy złożone wyjaśnienia w ocenie zamawiającego nie potwierdzają zasadności zastrzeżenia informacji, przedmiotowe informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostaną odtajnione.

Pismem z dnia 23.10.2014r. wykonawca wybrany w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 22 października 2014r. w sprawie utajnienia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny oznajmił. W piśmie tym wykonawca wybrany podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy co do złożonych wyjaśnień jak i danych jednostkowych elementów kalkulacji ceny przedmiotu zamówienia podanych w tych wyjaśnieniach. Na wstępie wykonawca wybrany zacytował treść art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji kwitując postanowienia ustawy w sposób, że ochronie podlega każda informacja bez względu na jej rodzaj o ile ma wartość gospodarczą. Poza tym przedsiębiorca musi daną informację uznać za poufną i w tym celu podjąć niezbędne środki chroniące informację przed ujawnieniem na zewnątrz. Dalej wykonawca wybrany i przystępujący w sprawie oświadcza, że zastrzeżone informacje posiadają dla niego istotną wartość gospodarczą i handlową bowiem stanowią elementy zaoferowanej ceny i dotyczą sposobu jej budowania, zatem obrazują sposób kalkulowania ceny, który pozwala na konkurowanie na rynku związany jest ze stosowaną marżą i warunkami współpracy z konkurentami. Dalej stwierdza, że przedstawione kalkulacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania prowadzonego przez zamawiającego, związku z tym nie były wcześniej nigdzie ujawnione. Wykonawca wybrany zastrzegł wyłącznie ceny jednostkowe oraz sposób ich kalkulacji. Wykonawca nie zastrzegł ceny brutto. Ujawnienie cen oraz sposobu jej kalkulacji może doprowadzić do znacznej utraty przychodów na rynku. Wynegocjowane ceny znane są tylko wybranym pracownikom i zgodnie z wewnętrznymi procedurami mającymi uniemożliwić dotarcie tych informacji do osób postronnych. Dlatego też informacje te nie zostają podane do publicznej wiadomości i zostały zastrzeżone tylko do użytku zamawiającego. Jako dalszy argument na utrzymanie w tajemnicy treści zawartych w wyjaśnieniach wykonawca wybrany wskazuje na art.86 ust.4 ustawy Pzp., który wymienia jakiego rodzaju informacje nie podlegają zastrzeżeniu. Z powyższych względów wykonawca wybrany oświadcza, że zastrzeżenie tajemnicy w złożonych wyjaśnieniach co do podejrzenia rażąco niskiej ceny było uzasadnione.

Strony jak i przystępujący na rozprawie złożyli szereg dowodów w postaci dokumentów takich jak:

1. Dane dotyczące cen ofertowych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na terenie Bielsko-Biała, Toruń, Łódź przetarg nr 1 i nr 2; Warszawa przez takich wykonawców jak: BikeU; Nextbike; WIM System co do wartości szacunkowej zamówień oraz cen składanych ofert oraz procentowych różnic cen ofert BikeU i inne uwagi z których wynika, że Nextbike dla jednego roweru zaoferował cenę 226 złotych na miesiąc;

2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dla systemu Warszawski Rower Publiczny wybrano ofertę Nextbike 2012r.
3. Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty dla Torunia. 08.01.2014r. wybrano WIM System.
4. Wyjaśnienia dla Bielsko – Biała z dnia 11 marca 2014r. na temat stosowanych cen wyjaśnienie od BikeU.
5. Protokół postępowania Bielsko –Biała na okoliczność zaprzeczenia, że przystępujący wyjaśniał rażąco niską cenę w tym postępowaniu.
6. Szacunkowe wyliczenia składane przez NextBike w postępowaniu odwoławczym o Sygn. akt KIO 591/14 Bielsko –Biała.
7. Kalkulacja odwołującego dla m. Łodzi z uwzględnieniem całkowitych kosztów i przychodów z reklam z przeliczeniem na jeden rower, pomniejszających koszty oraz z marżą.
8. Oferta Nextbike Polska dla miast: Torunia, Bielsko – Białej; Lublina; Białegostoku; Szczecina; Krakowa; za lata 2013 i 2014 z przeliczeniem na koszt oferty jaki winien wynosić dla m. Łodzi. Udział w rynku odwołującego i przystępującego w latach 2013 i 2014r. Oferty przystępującego składane w miastach: Toruń, Bielsko – Biała, Lublin, Wrocław, Szczecin.
9. Wyciąg z Internetu na temat kondycji klas mediów po trzech kwartałach 2014r. gdzie wzrosty odnotowano tylko w TV, Internet i radio.
10. Informacja Izby Gospodarczej Reklamy Zewnętrznej w sprawie danych o wielkości sprzedaży branży w czwartym kwartale i całym 2013 roku. Gdzie dla reklamy tranzytowej; „Cały rok 2013r. odnotował stratę w stosunku do roku 2012; minus 25,6% (13.704.439,00 wobec 18.412.016,00zł.). W ostatnich pięciu latach wpływy z tytułu reklamy tranzytowej zmniejszyły się o ponad 41 procent.
11. Dwa Raporty na temat wielkich miast Polski wykonane przez Price Water House Coopers gdzie porównywalnie według danych dotyczących ludności z końca 2009r. PKB z 2008 (najświeższe dane dostępne GUS) Warszawa liczy ludności 1.714 tys. PKB per capita 295 a Łódź ludność 742 tys. PKB per capita 124.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dostarczonej za potwierdzeniem z oryginałem przez zamawiającego do akt sprawy i opisanych powyżej oraz złożonych do protokołu wyjaśnień stron i uczestnika jak również dokumentów przyjętych w poczet dowodów na rozprawie Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła co następuje

Jak wynika z przedstawionej powyżej argumentacji wniesionego odwołania Miasto Łódź prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny (ŁRP).

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego Izba ustaliła, że podobne do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone były w takich miastach Polski jak: Warszawa, Toruń, Bielsko – Biała, Szczecin, Poznań, Wrocław, Kraków, Lublin, Białystok. Przy czym w poszczególnych miastach rozmiar postępowania na tzw. system miejskiego roweru publicznego był różny bo począwszy od kilkudziesięciu rowerów poprzez kilkaset rowerów do ponad dwóch tysięcy rowerów w mieście Stołecznym Warszawa.

Prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które objęte jest przedmiotowym sporem to jest dla miasta Łodzi dotyczy zamówienia na 1000 rowerów lokowanych na 100 stacjach, na których zostaną przycumowane rowery. Tak więc co do wielkości będzie to drugie zamówienie w skali kraju, drugie po mieście Stołecznym Warszawa. Strony w tym przystępujący na rozprawie powoływali się na dowody z przeprowadzanych postępowań w wymienionych miastach celem poparcia swoich stanowisk w sprawie. Odwołujący na poparcie stanowiska, iż wykonawca wybrany a przystępujący w sprawie wszędzie składał oferty znacznie przewyższające koszt miesięczny utrzymania publicznego roweru od kosztu w tym postępowaniu na potwierdzenie, iż oferta jego zawiera rażąco niską cenę. Przystępujący w sprawie twierdził a także powoływał dowody na okoliczność, że nie był wzywany w tych postępowaniach do składania wyjaśnień a także na okoliczność, że przedmiotowe postępowania znacznie różnią się z uwagi na ich rozmiar i związany z tym tzw. efekt skali i w związku z tym na stosowane różne stawki w poszczególnych postępowaniach oraz na okoliczność, że dochody z reklam w poszczególnych ośrodkach miejskich są nieporównywalne. Istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy a co między stronami jest bezsporne oraz wynika z dokumentacji postępowania jest okoliczność, że przychód z reklam przy wykonywaniu zamówienia należy do wykonawcy i może pomniejszyć cenę świadczenia przedmiotowej usługi. Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego wskazywał, że w państwach na zachodzie Europy publiczny rower jest nawet w całości utrzymywany z reklam, uzyskiwanych przez wykonawcę usługi miejskiego roweru publicznego. Niemniej Izba przy rozstrzygnięciu sprawy nie wzięła tej argumentacji pod uwagę z racji, że Polska jest w Unii niespełna od 10 lat i dopiero od dwóch lat wchodzi w system publicznego roweru miejskiego.

Odwołujący nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego co do wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego w sprawie wniósł odwołanie zarzucając wybór oferty noszącej znamiona ceny rażąco niskiej a przez to naruszenie zasad uczciwej konkurencji przywołując takie postanowienia ustawy Pzp jak art.7 ust.1; w związku z art.89 ust.1 pkt 4 i w związku z art.90 ust.3; art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. w związku z art.15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Ponadto odwołujący podniósł naruszenie art.8 ust.1- 3 ustawy Pzp. w związku z art.96 ust.2 i 3 ustawy Pzp oraz art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo, że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba uwzględniając, argumentację stron oraz uczestnika w sprawie zawartą w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie procesowym przystępującego w sprawie a także uwzględniając przedstawioną przez nich argumentacją na rozprawie oraz przeprowadzając postępowanie dowodowe na rozprawie z dokumentacji postępowania przekazanego przez zamawiającego oraz dokumentów przedłożonych na rozprawie na okoliczności wskazywane przez strony i uczestnika, to jest materiał dowodowy wskazywany już powyżej, zważyła jak poniżej w zakresie poszczególnych zarzutów odwołania.

Po pierwsze co do zarzutu odwołującego w przedmiocie nie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny Izba uznała argumentację odwołującego w tym zakresie za uzasadnioną.

Natomiast Izba nie podziela argumentacji w tym przedmiocie ani zamawiającego, ani przystępującego w sprawie (wykonawcy wybranego). Zarówno w piśmie zamawiającego jak i w piśmie przystępującego w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w związku z wyjaśnieniem kalkulacji ceny (pisma powyżej przywołane i opisane w ustaleniach Izby, to jest pisma: z dnia 22 października 2014r. i z dnia 23 października 2014r.) powoływane i komentowane są przepisy art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.o.z.n.k). Izba argumentacji przystępującego co do prawa zastrzeżenia w tajemnicy jego wyjaśnień z dnia 20 października 2014r. nie podziela, tak jak nie podziela, czynności zamawiającego objęcia ochroną tych wyjaśnień i argumentacji w odpowiedzi na odwołanie co do ochrony tajemnicy. Z treści przepisu art.11 ust.4 ww. u.o.z.n.k wynika prawo przedsiębiorców do zachowania w tajemnicy informacji o przedsiębiorstwie, ze względu na ich charakter to jest techniczny, technologiczny, organizacyjny jak również inny jeżeli informacja ma wartość gospodarczą. Kolejną przesłanką do zachowania w tajemnicy informacji przedsiębiorstwa jest jej nie ujawnienie do wiadomości publicznej a także podjęcie

wewnętrznych rozwiązań organizacyjnych czy technicznych chroniących ją przed udostępnieniem na zewnątrz. Izba dokonując badania w tym zakresie przede wszystkim wzięła pod uwagę treść zawartych informacji w piśmie z dnia 20 października 2014r. stanowiącym wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego z dnia 9 października w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp (pismo przywołane i opisane w ustaleniach Izby). Na podstawie dokonanego badania rodzaju informacji zawartych w tym piśmie Izba nie stwierdziła żadnych informacji noszących znamiona art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jest informacji mających wartość gospodarczą. Izba na rozprawie przeprowadziła dowód z pisma przystępującego (wykonawcy wybranego) z dnia 20 października 2014r. jednocześnie je nie odtajniając na czas procesu uznając, że nie jest to konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy. Ze względu na powyższą okoliczność Izba przywołując i opisując w ustaleniach Izby pismo z dnia 20 października 2014r. nie wymienia kwot czy liczb, czy innych danych, które przystępujący zastrzegł odpowiadając na skonkretyzowane wezwanie zamawiającego z dnia 9 października 2014r. Wyjaśniając powyższe stwierdzenie, że żadna z informacji w tym piśmie nie ma wartości gospodarczej, Izba wywodzi to z faktu, że przystępujący nie wyjaśnił na czym polega wartość gospodarcza tych informacji a tym bardziej, że przyznał w piśmie z dnia 23 października 2014r. że kwoty, liczby, dane stanowiące o kalkulacji ceny zmieniają się w każdym kolejnym postępowaniu. Czyli zastrzeżone informacje w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu to jest na użytek konkretnego postępowania. Według oceny przystępującego właśnie ta zmienność liczb, danych, cyfr w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest argumentem na to, że informacje te nie są upubliczniane, ponieważ każdorazowo są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa (...)”Wskazać należy, że przedstawione kalkulacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, w związku z czym nie były wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej”(...) . Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji takiej konstrukcji nieupubliczniania informacji nie chroni. W ocenie Izby aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa a nie być zmienną kalkulacyjną na użytek każdego kolejnego postępowania. Bowiem informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. W ocenie Izby informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma np.: wpływ na wycenę przedsiębiorstwa a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień. Przystępujący powołuje się również na wynegocjowanie stawek, których nie chce

ujawnić, aby nie stracić przychodów. W ocenie Izby nie ma żadnego logicznego związku pomiędzy stosowanymi stawkami a groźbą utraty przychodów w związku z pokazaniem tych stawek. Po to jest instytucja wyjaśniania podejrzeń co do rażąco niskiej ceny aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu ale również konkurentom jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę, czy są one realne czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy, co do źródła tych stawek. Same stawki jednostkowe same w sobie nie powinny być chronione. Mogą być chronione co najwyżej informacje co do źródeł tych stawek np.: umowy co do zakupu rowerów, umowy co do pozyskania systemu informatycznego obsługi publicznego roweru, umowy o pracę z mechanikami, sekretarkami, czy firmami profesjonalnymi w tym zakresie, umowy o zaopatrzenie w materiały, urządzenia, umowy najmu magazynu do przechowywania rowerów i całego systemu poza sezonem, czy umowy najmu lokali do obsługi klienta czy obiektów warsztatu napraw, konserwacji rowerów, czy też umów na uzyskanie dochodów z reklamy. Natomiast kalkulacja przystępującego, która została sporządzona według wymagań zamawiającego jako całość i jako jej poszczególne elementy nie stanowi informacji noszących znamiona wartości gospodarczej, które zasługiwałyby na ochronę prawną przed ich ujawnieniem. Izba przeprowadzając dowód na rozprawie z wyjaśnień przystępującego z dnia 20 października 2014r. na okoliczność elementów wpływających na wysokość ceny według wytycznych zamawiającego nie stwierdziła również jakiegokolwiek oryginalności w samym sposobie ujęcia stawek i kosztów czyli kalkulacji, która zasługiwałaby na ochronę przed ujawnieniem. Tak więc Izba nie znajduje usprawiedliwienia dla stwierdzenia przystępującego w wyjaśnieniu z dnia 23 października 2014r., że skutecznie (...) zastrzegł wyłącznie ceny jednostkowe oraz sposób ich kalkulacji (...). Ponadto z kalkulacji przedstawionej zamawiającemu w piśmie z dnia 20 października 2014r. wynika, co zresztą sam zamawiający przyznał na rozprawie, że koszty przedstawione przez przystępującego są wyższe od kosztów skalkulowanych przez zamawiającego. W związku z tym w całej kalkulacji przedstawionej przez przystępującego na ochronę mogłaby zasługiwać jedynie wycena przychodu z reklam. Niemniej wykonawca wybrany poza podaniem kwoty jaką planuje uzyskać z reklam nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność, który mógłby podlegać ochronie. W tym stanie rzeczy Izba odtajniła w wyroku wyjaśnienia wykonawcy wybranego (przystępującego w sprawie) zawarte w piśmie z dnia 20 października 2014r. na wezwanie zamawiającego w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. W związku z powyższym zarzut odwołania naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust.1-3 oraz art.96 ust.2 i 3 ustawy Pzp. i art. 11 ust.4 u.o.z.n.k. potwierdził się.

Po drugie co do zarzutu odwołania naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp. to Izba na podstawie powyżej dokonanych ustaleń w oparciu o

pismo zamawiającego z dnia 9 października 2014r. i pismo wykonawcy wybranego z dnia 20 października 2014r. w związku z nie przedstawieniem dowodu na zasadność przyjętej kwoty przychodu z reklam stwierdziła, że oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający wezwał w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp wykonawcę wybranego (przystępującego w sprawie) do złożenia wyjaśnień na okoliczność czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W piśmie zamawiający wskazał przyczynę wezwania do złożenia wyjaśnień, którą była okoliczność złożenia oferty z ceną o 34, 83% niższą od wyceny brutto wartości zamówienia przez zamawiającego. Jednocześnie uwzględniając charakter przedmiotu zamówienia zamawiający oczekiwał kalkulacji wyceny przedmiotu zamówienia podając jakie elementy składowe kalkulacja ma zawierać w szczególności. W zakończeniu pisma zamawiający pouczył wezwanego wykonawcę, zaznaczając ten fragment pisma podkreśleniem i wytłuszczoną czcionką, jakie konsekwencje grożą wykonawcy na wypadek nie zastosowania się do wezwania. Fragment tego pisma zawiera treść zgodną z treścią art.90 ust.3 ustawy Pzp. Bowiem zamawiający stwierdza, że w razie gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz z przedstawionymi dowodami wskaże na rażąco niską cenę to zamawiający ofertę odrzuci. Natomiast jak Izba już przedstawiła powyżej w części odnoszącej się do zarzutu nie odtajnienia wyjaśnień, pismo wezwanego odpowiada co do zasady formule wezwania, jeżeli chodzi o elementy kalkulacji ceny, których w szczególności wymagał w wezwaniu zamawiający. Przy czym istotnym w sprawie jest, że do wyjaśnień w żadnym z jego elementów przedstawiających kalkulację ceny wykonawca wybrany nie załączył żadnych dowodów potwierdzających poszczególne elementy kalkulacji. Jak wyżej już Izba się odniosła co do elementów kosztowych kalkulacji takie dowody można uznać za niekonieczne, ponieważ sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie przyznał, że poszczególne elementy wyceny przedmiotu zamówienia jak i cała wycena kosztowa przedmiotu zamówienia jest wyliczona na wyższą kwotę niż wyliczył to zamawiający. Natomiast nie można uznać za niekonieczne dowody na okoliczność przychodu uzyskanego z tytułu reklam. Wykonawca wezwany w wyjaśnieniach zamieścił osobną pozycję dla przychodu z reklam. Niemniej ograniczył się do wskazania kwoty globalnej jaką zamierza uzyskać z tytułu reklam, przeliczając ją na koszt utrzymania jednego roweru w skali miesiąca przy założeniu 80 procentowego obłożenia reklamami całego składu rowerów. Jak zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie (załącznik nr 1) w ten sposób kwota utrzymania miesięcznego roweru brutto przez wykonawcę wybranego ukształtowała się na poziomie 261,00 złotych. Natomiast bez zastosowania w wyliczeniu przychodu z reklam koszt miesięcznego utrzymania wyniósł by u wykonawcy wybranego kwotę 425,74 złotych co wynosiło więcej jak wycena zamawiającego, która wyniosła kwotę 400,51 złotych (kosztorys inwestorski). Pomimo, że zamawiający nie odtajnił wyjaśnień wykonawcy wybranego to i tak odwołujący znając wyceny wykonawcy wybranego

w innych postępowaniach w miastach polskich na co składał dowody na rozprawie twierdził, że wycena wykonawcy w spornym postępowaniu jest nieoszacowana należycie. Na taką okoliczność przedłożył dowody potwierdzające spadek w ostatnich latach dochodów z reklam w tym reklam tranzytowych (Informacja Izby Gospodarczej Reklamy Zewnętrznej w sprawie danych o wielkości sprzedaży branży out of Home w czwartym kwartale i całym 2013 roku.) oraz Raporty na temat wielkich miast Polski Łódź Price Water House Coopers wskazujące na różnice w PKB poszczególnych miast Polski, na zaprzeczenie, iż miasto Łódź posiada wyjątkowo chłonny potencjał rynku reklamowego. Natomiast zamawiający w zał. nr 1 do odpowiedzi na odwołanie przedstawił argumentację popierającą możliwości przychodów z reklam porównując doświadczenia w tym zakresie w komunikacji miejskiej w Łodzi na uwiarygodnienie przyjętej w wycenie kwoty przychodu z reklam przez wykonawcę wybranego. W szczególności wskazując na umieszczenie reklam na tylnych częściach foteli dla pasażerów, na biletomatach w pojazdach jak i wyświetlanie reklam po informacjach o bieżących i następnym przystankach jak i na wyświetlaczu przeznaczonym tylko do reklam. Na podstawie tak dokonanej analizy przychodów z reklam umieszczanych w środkach komunikacji publicznej zamawiający doszedł do wniosku, że kwota jaką zamierza uzyskać z reklam wykonawca wybrany jest wiarygodna. Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału na okoliczność dochodu z reklam stwierdziła, że żadne z tych przedstawionych przez strony i uczestnika dowody na tę okoliczność nie mają jednoznacznego charakteru. Natomiast mogą budzić wątpliwości co do rzetelności wyceny wykonawcy wybranego. Po pierwsze badania czy to Izby Gospodarczej Reklamy Zewnętrznej czy to badania co do PKB PWHC w poszczególnych miastach wskazują na ogólne tendencje w potencjale reklamowym miast polskich nie dając odpowiedzi czy założenia w wyjaśnieniach są zawyżone i na ile są zawyżone. Argumentacja odwołującego może wzbudzać wątpliwości ale nie rozstrzyga o zawyżeniu przychodu z reklam. Również argumentacja zamawiającego odnosi się po pierwsze do jego doświadczeń a nie wykonawcy wybranego a po drugie doświadczenie dotyczy reklam w pojazdach komunikacji gdzie jest inny ich odbiór i inny zasięg odbiorców masowej komunikacji miejskiej niż odbiór reklam na poruszających się pojazdach po ścieżkach rowerowych i wytyczonych do tego trasach w sytuacji przewidywanych 1000 rowerów. Dla Izby rozstrzygającą okolicznością na poczet racji o rażąco niskiej cenie wykonawcy wybranego, jest okoliczność, że w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego nie przedstawiono dowodów potwierdzających możliwość osiągnięcia przychodów z reklam, które mogą tak znacząco wpłynąć na koszt miesięczny utrzymania roweru to jest na osiągnięcie efektu obniżenia ceny z kwoty 425,74zł. do kwoty 261,00zł. miesięcznie brutto za rower. Obowiązek przedstawiania dowodów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wynika z bezwzględnie obowiązującego przepisu art.90 ust.3 ustawy

Pzp. o treści którego i skutkach jego nie przestrzegania wykonawca, pomimo jego profesjonalizmu, został pouczone przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień.

Izba na marginesie odniesienia się do argumentacji przystępującego w sprawie nie podziela poglądu, że wycena wartości zamówienia nie ma związku z wyceną przez wykonawcę. Co do samej istoty to wycena jest sporządzana na okoliczność zabezpieczenia środków za zamówienie i nie ma prawa być zawyżana ani zaniżana bo to świadczyło by o umyślnym przez zamawiającego nie dochowaniu należytej staranności do czego obliguje jego treść art. 32 ustawy Pzp. („Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należyłą starannością.”). O prawidłowej wycenie zamawiającego świadczy ustalony miesięczny koszt na poziomie 400,51 zł. oraz zbliżonej do tej wyceny oferty odwołującego i przystępującego ale bez uwzględnienia przychodu z reklam. Instytucja rażąco niskiej ceny ma służyć zamawiającemu, który może uniknąć ryzyka nie wykonania czy też nienależytego wykonania zamówienia co rodzi w rezultacie wzrost kosztu prowadzonego postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust.3 ustawy Pzp w związku z nie odrzuceniem oferty wykonawcy wybranego z powodu rażąco niskiej ceny. Wobec braku przedstawienia dowodu w złożonych wyjaśnieniach na zakładane przychody z reklam przez wykonawcę wybranego, które mają wpływ na oferowaną cenę, nie wypełnił on wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Izba również nie znalazła podstaw formalnych i prawnych do uzupełniającego wezwania wykonawcy wybranego do przedstawienia dowodu na zakładane przychody z reklam wobec jednoznacznej i wyczerpującej treści wezwania zamawiającego z dnia 9 października 2014r. o obowiązku dowodu wynikającej z art.90 ustawy Pzp.

Po trzecie co do zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z czynem nieuczciwej konkurencji, który stanowi złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę co powoduje ograniczenie dostępu do rynku innym wykonawcom w rozumieniu art.15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W toku postępowania dowodowego na rozprawie odwołujący złożył dowód w formie wykresu graficznego, który obrazuje podział rynku w Polsce w latach 2013 i 2014r. Decydujący udział w rynku posiada wykonawca wybrany to jest w roku 2013r. jego udział wynosił 96 procent a w roku 2014 jego udział w rynku wynosił 82 procent. Pozostały udział w rynku należy do odwołującego i w 2013r. roku wynosił 0,4 procenta a w 2014r. udział wynosi 13 procent. Na rynku istnieje trzecia firma, której udział w 2014r. wynosi 5 procent. Wykonawca wybrany na rozprawie potwierdził sytuację przedstawioną przez odwołującego co do jego

przeważającego udziału w rynku. Ponadto z przedstawionych dowodów na rozprawie co do udziału wykonawcy wybranego i odwołującego w postępowaniach w innych miastach Polski wynika, że firmy ze sobą prowadzą bardzo intensywną konkurencję poprzez czy to zaniżanie cen, czy wzajemne się oskarżanie o nieuczciwe praktyki. Zachowania odwołującego i wykonawcy wybranego podyktowane są walką konkurencyjną o udział w rynku. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca wybrany zastosował praktykę zniżenia ceny na co zwrócił uwagę zamawiający wzywając go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby wykonawca wybrany stosując niczym nie udowodnione przychody z reklam zniżył oferowaną usługę co ustalono i zważono powyżej. W szczególności poprzez nie udzielenie wyjaśnień w sposób właściwy na wezwanie zamawiającego w zakresie przedstawienia dowodów na zastosowaną cenę i jej kalkulację. W związku z tym, że wykonawca wybrany nie uzasadnił tak jak oczekiwał zamawiający zaoferowanej ceny i jej poszczególnych składników przez przedstawienie dowodów zwłaszcza na udział przychodów z reklamy w kształtowaniu kosztów utrzymania systemu roweru publicznego zastosował nieuczciwą praktykę wypierania przez cenę innych wykonawców z rynku w przedmiotowej sprawie odwołującego. W tym stanie rzeczy potwierdził się zarzut odwołania stosowaniu nieuczciwych praktyk przez złożenie oferty co wyczerpuje dyspozycję art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. w związku z art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym również z tego powodu oferta wykonawcy wybranego powinna zostać odrzucona.

Odwołujący poprzez wykazanie naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp i ustawy o.z.n.k. wykazał również naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp, gwarantujący wykonawcom przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym w myśl art. 192 ust.2 ustawy Pzp odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszone przepisy ustawy Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zamawiającego miały wpływ na wynik postępowania. Złożono dwie oferty a po odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego i ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący może uzyskać zamówienie. Tym samym również została spełniona przesłanka z art.179 ust.1 ustawy Pzp co do prawa wniesienia odwołania przez wykonawcę, który ma interes w uzyskaniu zamówienia.

W tym stanie rzeczy uwzględniając żądania odwołującego Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 i § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę uiszczonego wpisu od odwołania i kwotę wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 złotych co stanowi łącznie kwotę 18.600 złotych.

Przewodniczący: