

**WYROK**  
**z dnia 9 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2017r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2016r. przez **wykonawcę BIKEU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Gliwice z siedzibą w Gliwicach, ul. Zwycięstwa 21**

przy udziale **wykonawcy Nextbike Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Przasnyska 6B** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2350/16 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **BIKEU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53** i
  - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BIKEU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2 Zasądza od **BIKEU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53** na rzecz **Miasta Gliwice z siedzibą w Gliwicach, ul. Zwycięstwa 21** kwotę 5 011zł. 32 gr. (słownie: pięć tysięcy jedenaście złotych trzydzieści dwa grosze) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego i dojazdów.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265,

1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zorganizowanie, zarządzanie i eksploatację systemu miejskich wypożyczalni rowerów: Gliwicki Rower Miejski zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2016r. za numerem 2016/S 114-202462.

W dniu 2 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Nextbike Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Przasnyska 6B – dalej przystępujący.

W dniu 12 grudnia 2016r. wykonawca BIKEU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 sierpnia 2016r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 grudnia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579- dalej ustawy) przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Nextbike Polska SA, pomimo że ta oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
  2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Nextbike Polska SA 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 w związku z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Nextbike Polska SA w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa;
- oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Nextbike Polska SA
2. zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez Nextbike Polska SA w sprawie rażąco niskiej ceny, a konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie na rozprawie dowodu z odtajnionej części wyjaśnień. Z ostrożności odwołujący na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy 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 Nextbike Polska SA;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Nextbike Polska SA, ponieważ zawiera rażąco niską cenę;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów, w oczywisty sposób ma istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ w postępowaniu złożono dwie oferty z których tylko oferta odwołującego jest ważna i powinna podlegać ocenie zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Uchybienia dokonane przez zamawiającego mogą zostać naprawione przez nakazanie zamawiającemu wykonanie czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy, wskazanymi w niniejszym odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy stwierdzić, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych. Należy przy tym podkreślić, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. Na poparcie swego stanowiska powołał wyrok KIO z dnia 1.04.2011 r. (KIO 586/11). Podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa

zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu - jak wynika z protokołu postępowania - szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w dniu 11.04.2016 r. w wysokości 2 276 422,76 zł netto tj. 2 800 000.00 zł brutto w tym realizacja zamówienia podstawowego 1 931 034,00 zł brutto. Wartość zamówienia została zaktualizowana w dniu 10.10.2016r. na 2 606 895,90 zł brutto w tym realizacja zamówienia podstawowego 1 737 930,60 zł brutto.

Nextbike Polska SA w przedmiotowy postępowaniu złożyła natomiast ofertę z ceną rażąco niższą od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, tj. z ceną brutto 931 554.00 zł

Odwołujący zauważył, że podstawą ustalenia wartości przedmiotu zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (art. 32 ust. 1 ustawy). A zatem wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego de facto obrazuje poziom cen rynkowych ustalonych, co ważne, w oparciu o warunki realizacji przedmiotu zamówienia i zapisane w dokumentacji przetargowej wymagania i terminy wyznaczone przez zamawiającego.

Jak wynika z zestawienia ceny oferty złożonej przez Nextbike Polska SA z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o należny podatek VAT, cena oferty Nextbike Polska SA jest niższa o 46,40 % od wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT. Zatem, w ocenie odwołującego propozycja cenowa Nextbike Polska SA w sposób znaczny odbiega od wyceny, jaką przeprowadził zamawiający, wskazując, zdaniem odwołującego, na całkowite oderwanie zaoferowanej przez Nextbike Polska SA ceny od warunków rynkowych oraz szacunków dokonanych przez zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z dokumentacją z przedmiotowego postępowania zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na podstawie informacji uzyskanych od:

1. Nextbike Polska SA z dnia 11.04.2016 r. gdzie określono, że „koszt uruchomienia i zarządzania systemem wynosi ok. 2 800 000 zł brutto za całość (zarówno dostawa jak i operowanie przez cały wyznaczony czas tj. 2016-2019).”
2. BikeU Sp z o.o. z dnia 29.03.2016 r. gdzie określono że „szacunkowy koszt przedsięwzięcia zamknie się kwotą 2 800 000 zł brutto.”

W związku z powyższym zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia w dniu 11.04.2016 r. w wysokości 2 276 422,76 zł netto tj. 2 800 000.00 zł brutto w tym na realizację zamówienia podstawowego przeznaczył 1 931 034,00 zł brutto.

Następnie zamawiający pytał potencjalnych wykonawców o bardziej szczegółowe informacje dotyczące kalkulacji ceny i uzyskał dodatkowe wyjaśnienia dotyczące szacunkowej wartości zamówienia zarówno od Nextbike Polska SA jak i od BikeU Sp z o.o. Obydwaj potencjalni wykonawcy określili, że koszt realizacji zamówienia w rozbiciu na poszczególne składowe w zakresie dotyczącym całej stacji (1 stacja = 1 terminal + 15 stojaków + 10 rowerów) za jedno miesiąc to 6 436.78 zł brutto.

Ostatecznie Nextbike Polska SA złożyła ofertę z ceną za uruchomienie 1 stacji rowerowej i świadczenie usługi GRM w wysokości 3 450.20 zł brutto tj. o 46,40 % niższą o wcześniej przygotowanej szczegółowej wyceny tej usługi.

Jako dowody odwołujący powołał:

1. Protokół postępowania;
2. Odpowiedź Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 11.04.2016 r.
3. Odpowiedź BikeU Sp. z o. o. na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 29.03.2016 r.;
4. Odpowiedź Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 17.05.2016 r.
5. Odpowiedź BikeU Sp. z o.o. na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 12.05.2016 r.
6. Wycena szacunkowa z prawem opcji BikeU Sp. z o.o. z dnia 20.05.2016 r.;
7. Ustalenie wartości zamówienia z dnia 11.04.2016 r.;
8. Ustalenie wartości zamówienia z dnia 20.05.2016 r.;
9. Ustalenie wartości zamówienia z dnia 10.10.2016 r. uaktualnienie.

Wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego zdaniem odwołującego de facto obrazuje poziom cen rynkowych ustalonych, co ważne, w oparciu o warunki realizacji przedmiotu zamówienia i zapisane w dokumentacji przetargowej wymagania i terminy wyznaczone przez zamawiającego. Przywołane wyżej dowody wskazują na rzetelność szacunku dokonanego przez zamawiającego oraz określają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia. Odwołujący zauważył, że wszystkie kalkulacje były przygotowane praktycznie w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez obu wykonawców mają wpływ same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty złożonej przez Nextbike Polska SA (co wydaje się oczywiste w świetle wskazanych wyżej dokumentów) i w związku z tym wezwał tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

W ramach realizacji umowy zawartej w wyniku niniejszego zamówienia wykonawca może przewidzieć niewielkie przychody na reklamie. Niewątpliwie jednak inne miasta, w których obecnie funkcjonują systemy rowerów miejskich (m.in. Warszawa, Poznań, Wrocław) są

zdecydowanie bardziej atrakcyjne pod względem reklamowym i można w nich liczyć na nieporównywalnie wyższe przychody z tytułu sprzedaży reklam. Dodatkowo w części z tych miast możliwa do wykorzystania powierzchnia reklamowa nie tylko na rowerach jak w Gliwicach ale również np. na stacjach rowerowych.

W ramach realizacji umowy zawartej w wyniku niniejszego zamówienia wykonawca nie może natomiast przewidzieć żadnego zysku z wypożyczeni rowerów, ponieważ zgodnie z § 10 ust. 2 wzoru Umowy który stanowi załącznik nr 5 do siwz, całość kwot pobranych od klientów za wynajęcie roweru stanowi przychód zamawiającego.

Zatem de facto wykonawca realnie może opierać swoje wynagrodzenie tylko o wynagrodzenie, które otrzyma od zamawiającego zgodnie z § 12 wzoru Umowy.

Odwołujący z całą pewnością stwierdził, że oferta Nextbike Polska SA zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe.

Ponadto Odwołujący podniósł, że cena oferty złożonej przez Nextbike Polska SA stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle powyższego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Nie chodzi tu oczywiście (zwłaszcza w przypadku działalności handlowej) o stratę na każdej sztuce towaru czy każdej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie (J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz Wyd. 2, Warszawa 2006).

W przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku odwołującego. Jest to bowiem, w ocenie odwołującego, jedynie racjonalny motyw wyceny usługi będącej przedmiotem postępowania na tak niskim poziomie. Tak duża różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a ceną oferty Nextbike Polska SA wskazuje, że działanie tego wykonawcy nastawione było na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego, ponieważ żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaoferowanej przez Nextbike Polska Sp. z o. o. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Nextbike SA, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 14 listopada 2016 r. złożyło wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, zastrzegając kluczową część wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Następnie zamawiający

ponownie i to dwukrotnie w dniu 17 listopada oraz w dniu 23 listopada, wezwał Nextbike SA do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Zarówno przywołane wyżej wezwania w sprawie rażąco niskiej ceny jak i same wyjaśnienia zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa co uniemożliwia odwołującemu odniesienie się do szczegółowych założeń kosztowych Nextbike Polska SA jakie zostały przyjęte w tym postępowaniu przetargowym.

Dla dokonania prawidłowej wyceny oferty, a także rzetelnego przedstawienia „szczegółowej kalkulacji ceny oferty”, niezbędne jest, w ocenie odwołującego, przedstawienie kosztorysu który zawierałby rozszerzenie ogólnych cen i potwierdzałby dzięki temu, że w ofercie zostały policzone wszystkie wymagania i ryzyka wynikające z zapisów siwz, w tym, m.in. oprócz kosztów sprzętu, podstawowego, również:

- koszty sprzętu rezerwowego, niezbędnego dla zabezpieczenia prawidłowości realizacji podstawowego kontraktu - na wypadek uszkodzeń, kradzieży, zaginięć, zużycia się sprzętu (kilkadziesiąt % wartości kosztów sprzętu podstawowego)
- koszty dostawy sprzętu
- koszty uzyskania zgód i przygotowania terenu pod stacje
- koszty utrzymania i serwisowania sprzętu i całego systemu
- koszty osobowe przy serwisie rowerów i sprzętu
- koszty osobowe przy dokonywaniu całodobowych alokacji rowerów
- koszty warsztatu
- koszty zakupu lub wynajmu i utrzymania; środków transportu do dokonywania alokacji rowerów
- koszty przechowywania i konserwowania sprzętu poza sezonem
- koszty prowadzenia całodobowego Centrum Kontakt
- koszty przesyłu danych i utrzymania systemu informatycznego
- koszty administracyjno-biurowe
- koszty zakupu licencji
- koszty obsługi płatności
- koszty obsługi kadrowej i księgowej

Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia w tym zakresie (co do zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa) nie mogą być ogólnikowe i nie mogą być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w stosunku do każdego dokumentu. Tymczasem z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia: określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa można korzystać wyłącznie po spełnieniu i - w przypadku zamówień publicznych - po wykazaniu wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzegane jedynie określone informacje zawarte w



poszczególnych dokumentach, a nie cały dokument. Zasadniczo bowiem z ochrony przed ujawnieniem do publicznej wiadomości korzystają poszczególne informacje nie zaś całe dokumenty.

Zamawiający zobowiązany jest zatem w każdym przypadku korzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu z przywileju zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa do szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa; oraz oceny, czy wszystkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają.

W przeciwnym razie możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa staje się instrumentem prowadzącym do nadużyć w celu „tajnego” pozyskania zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które - co do zasady - jest jawne.

Odwołujący całkowicie podziela przy tym pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 26.01.2012r. (KIO 183/12), iż „nie można akceptować coraz częstszych praktyk, iż wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 ustawy o z.n.k.”.

Odwołujący podniósł, że informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny przez Nextbike Polska SA w niniejszym postępowaniu nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4 ustawy o z.n.k., ponieważ sposób kalkulacji ceny tego wykonawcy w postępowaniach na realizację miejskich systemów wypożyczalni rowerów w jest znany. Nextbike Polska SA już kilkakrotnie ten sposób kalkulacji ceny prezentowała w innych postępowaniach przetargowych.

Jako dowód odwołujący powołał:

1. Tabela - kalkulacja Nextbike Polska SA z dnia 07.04.2014 r.;
2. Kalkulacja zawierająca poszczególne elementy mające wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Nextbike Polska SA, załącznik do odwołania, z dnia 05.07.2013 r.

W związku z powyższym sposób kalkulacji ceny stosowany przez tego wykonawcę nie ma cechy poufności. Nextbike Polska SA w niniejszym postępowaniu próbuje zatem utajnić nie sposób kalkulacji ceny tylko poszczególne ceny cząstkowe. Jeżeli sposób kalkulacji ceny Nextbike Polska SA, wykonawcą ten nie może skutecznie podnosić, że informacje o cenach cząstkowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4 ustawy o z.n.k. Ponadto odwołujący wskazał, że w ramach ustalania szacunkowej wartości zamówienia Nextbike Polska SA dosyć precyzyjnie wyjaśnił w jaki sposób kalkulował swoją cenę.

Jako dowód powołał:

1. Odpowiedź Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 11.04.2016 r.

2. Odpowiedź Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 17.05.2016 r.

Podkreślił, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Potwierdza to również orzecznictwo KIO, w tym m.in. wyrok z dnia 09.03.2012 r. w którym stwierdzono, iż to na wykonawcy, spoczywa ciężar wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających go do zastrzeżenia określonych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa (KIO 392/12).

Zatem Nextbike Polska SA, zastrzegając swoje wyjaśnienia tajemnicą przedsiębiorstwa powinno złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest przyjmowanie przez zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Sytuacją, w ocenie odwołującego, niedopuszczalną jest również bezkrytyczne przyjmowanie argumentów wykonawcy co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawcy najczęściej bardzo ogólnie wskazują z jakiego powodu informacje mogłyby podlegać zastrzeżeniu, a także nie udowadniają, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślił, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 ustawy protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, iż zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku.

Zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której, mowa w art. 8 ust. 1 ustawy, powinno być interpretowane w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o zamówienie publiczne. Odwołujący wniósł o odtajnienie składanych przez Nextbike Polska SA wyjaśnień

(lub ich części w zakresie, w jakim nie mogą one korzystać z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa) i przeprowadzenie z nich dowodu na rozprawie.

Z ostrożności odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy - wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie składanych przez Nextbike SA wyjaśnień. Odwołujący stanął bowiem na stanowisku, że utajnienie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny było bezzasadne i miało jedynie na celu uniemożliwienie zweryfikowania prawidłowości zaoferowanych cen. Przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu pozwoli na rzeczywiste zweryfikowanie realności cen zaoferowanych przez Nextbike SA oraz realności wykonania zamówienia w ogóle.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której zamawiający nie dokonał właściwej, prawidłowej oceny ofert nie dokonując wszystkich czynności w postępowaniu tak aby zagwarantować wybór oferty najkorzystniejszej spośród ważnie złożonych ofert, tj. oferty odwołującego. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym obrazę art. 7 ust. 1 ustawy.

W dniu 13 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 16 grudnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Nextbike Polska sp. z o.o. wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jako wykonawca wybrany ma interes w utrzymaniu tego statusu, a odwołanie zmierza do odrzucenia jego oferty. Wniósł o oddalenie odwołania, gdyż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzuty odwołania są nieudowodnione i chybione, a uzasadnienie ogólne i niewystarczające. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 grudnia 2016r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 grudnia 2016r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 grudnia 2016r.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, siwz w wersji ostatecznej na termin składania ofert, wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, złożonych wyjaśnień przez Nextbike Polska, ponownego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, udzielonych wyjaśnień, dowodów dołączonych do odwołania oraz przedłożonych na rozprawie przed odwołującym i przystępującym tj.:

1. Protokołu postępowania;
2. Odpowiedzi Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 11.04.2016 r.
3. Odpowiedzi BikeU Sp z o.o. na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 29.03.2016 r.;
4. Odpowiedzi Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 17.05.2016 r.
5. Odpowiedź BikeU Sp. z o.o. na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 12.05.2016 r.
6. Wyceny szacunkowej z prawem opcji BikeU Sp. z o.o. z dnia 20.05.2016 r.;
7. Ustalenia wartości zamówienia z dnia 11.04.2016 r.;
8. Ustalenia wartości zamówienia z dnia 20.05.2016 r.;
9. Ustalenia wartości zamówienia z dnia 10.10.2016 r. uaktualnienie,
10. Tabeli - kalkulacja Nextbike Polska SA z dnia 07.04.2014 r.;
11. Kalkulacji zawierająca poszczególne elementy mające wpływ na wysokość ceny zaofertowanej przez Nextbike Polska SA, załącznik do odwołania, z dnia 05.07.2013 r.,
12. oferty TELMON Sp. z o.o. S.K.A. z dnia 18 listopada 2014r.
13. listu referencyjnego Nieruchomości i Opłaty Lokalne sp. z o.o. z dnia 1 lutego 2016r.
14. wydruku z portalu internetowego moja-pensja.pl,
15. potencjału reklamowego Miasta Gliwice wraz z załącznikiem,
16. pisma odwołującego do Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 30 czerwca 2016r.
17. kalkulacji kosztów założonych przez odwołującego dla przystępującego w wariancie optymistycznym i realnym
18. graficznej prezentacji rynku Roweru Publicznego w Polsce 2014-2016
19. praktyki cenowej z miasta Lublin,
20. dowodu przystępującego objętego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła, że

W dniu 9 listopada 2016r. zamawiający wezwał Nextbike Polska sp. z o.o. złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że zaofertowana cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wartość wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

Nakazał wyjaśnić realność zaofertowanej ceny. W tym celu należało wykazać istnienie okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte przez siebie na

etapie jej kalkulacji. Zamawiający oceniając wyjaśnienia wskazał, że będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 2015, poz. 2008 z późn. zm.) oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, zakres wynikający z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W dniu 14 listopada 2016r. Nextbike Polska sp. z o.o. udzieliła wyjaśnień częściowo obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa. W części jawnej wskazała, że zaoferowana cena jest realna pozwala na wygenerowanie zysku i obejmuje wszystkie koszty. Przystępujący podał definicję ceny rażąco niskiej w świetle orzecznictwa i doktryny i stwierdził, że jego cena nie spełnia tej definicji.

Podniósł, że składanie ofert z ceną niższą, niż szacunek jest zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności ceny. Takie arytmetyczne porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Nie bez znaczenia jest również w tym przypadku okoliczność ujęcia przez zamawiającego w ramach wartości szacunkowej zamówienia. Wartości robót uzupełniających (co jest zgodne z treścią art 32 ust 3 ustawy), które to roboty stanowią przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrębnego wynagrodzenia umownego, zatem nie wchodzi w wartościowy zakres aktualnej ceny ofertowej.

Podkreślił, że cena oferty złożonej przez Nextbike w postępowaniu nie odbiega od cen zaoferowanych przez Nextbike w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Przedstawił tabelaryczne zastawienie cen oferowanych przez siebie w innych postępowaniach i w tym postępowaniu. Z zestawienia tego wynika, że dla miast :

Warszawa - zaoferował cenę jednostkową brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu za 1 miesiąc za 267,56zł.,

Poznań - zaoferował cenę jednostkową brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu za 1 miesiąc za 537,20zł.

Łódź - zaoferował cenę jednostkową brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu za 1 miesiąc za 361,08 zł

Wrocław - zaoferował cenę jednostkową brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu za 1 miesiąc za 319,63 zł

Gliwice - zaoferował cenę jednostkową brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu za 1 miesiąc za 345,02 zł

Wskazał, że dla miasta Wrocław podana cena nie obejmuje prawa opcji.

Jako dowody powołał:

1. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Warszawski Rower Publiczny."
2. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na „Dostawę i uruchomienie oraz zarządzanie i utrzymanie systemu Poznańskiego Roweru Miejskiego"
3. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny"
4. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na „Usługę polegającą na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu,"

Podniósł dodatkowo, że skoro kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podana w dniu otwarcia ofert skalkulowana została przy uwzględnieniu rynkowych wycen, biorąc pod uwagę, iż kwota ta wynosi 1.737,930,60 zł brutto, a musi ona uwzględniać prawo opcji określone w maksymalnej wysokości 50% wartości zamówienia, oznacza to, iż kwota przeznaczona na zamówienie podstawowe tj. bez uwzględniania prawa opcji wynosi 868.965,30 zł brutto, a zatem: kwota ta, w przeliczeniu na 1 stację przez okres 1 miesiąca wynosi 3.218,39 zł. Powyższe wyliczenie zdaniem przystępującego potwierdza, iż cena zaoferowana przez Nextbike nie jest rażąco niska.

Przystępujący przywołał szereg wyroków Izby oraz Sądów Okręgowych. Jednocześnie dokonał oceny ceny zaoferowanej przez odwołującego i podniósł, że cena oferty BikeU jest istotnie wyższa od cen ofert składanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach, w których parametry przedmiotu zamówienia były zbliżone od przedmiotu zamówienia postępowania, zarówno pod względem technicznym dostarczanego sprzętu, jak i warunków jego obsługi i zarządzania. Przystępujący przedstawił tabelaryczne zestawienie cen oferowanych przez odwołującego w innych postępowaniach dla miast:

Poznań – cena jednostkowa brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu przez 1 miesiąc - 603,91zł (bez prawa opcji)

Łódź - cena jednostkowa brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu przez 1 miesiąc - 387,00 zł

Wrocław - cena jednostkowa brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu przez 1 miesiąc - 313,09\*\* zł

Gliwice - cena jednostkowa brutto roweru wraz z kosztem zarządzania i serwisu przez 1 miesiąc - 916,35 zł.

Jako dowody przystępujący powołał:

1. Formularz oferty BikeU w postępowaniu na „Dostawę i uruchomienie oraz zarządzanie i utrzymanie systemu Poznańskiego Roweru Miejskiego”
2. Opis przedmiotu zamówienia na „Dostawę i uruchomienie oraz zarządzanie i utrzymanie systemu Poznańskiego Roweru Miejskiego”
3. Formularz oferty BikeU w postępowaniu na „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny”
4. Opis przedmiotu zamówienia na Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny”
5. Formularz oferty BikeU w postępowaniu na „Usługę polegającą na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu.”
6. Uszczegółowienie wybranych wymagań dla systemu WRM

W ocenie Nextbike Polska SA powyższe przykłady wyraźnie wskazują, iż cena BikeU złożona w postępowaniu jest istotnie wyższa od ceny oferty złożonej przez tego wykonawcę kilka miesięcy temu w innym postępowaniu, którego przedmiot zbliżony był do przedmiotu zamówienia postępowania.

Na marginesie przystępujący wskazał, iż cena oferty BikeU złożona w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na rozwój systemu roweru miejskiego w Krakowie oraz na jego zarządzanie w latach 2016-2019/2023 opiewała na kwotę 1 zł za rowero-miesiąc.

Zdaniem przystępującego to nie cena oferty Nextbike jest rażąco niska, a - cena BikeU jest w nieuzasadniony sposób wysoka.

Przystępujący oświadczył, że jako profesjonalna firma, jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymogami zamawiającego, jednocześnie ma odpowiednie doświadczenie, zaplecze techniczno-osobowe oraz know-how i mógł zaoferować - konkurencyjną cenę na realizację przedmiotu zamówienia.

W dalszej części przystępujący oświadczył, że przedstawia szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów składowych ceny mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny oferty. W tym zakresie zastrzegł, że zawarte tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) dalej „ustawa znk”.

W związku z tym na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzegł je jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wnosi o ich nieudostępnianie innym podmiotom.

Przedstawił jakie przesłanki muszą być spełnione dla zaistnienia możliwości objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i podał, że zastrzegł wyłącznie wyjaśnienia, w których wskazano sposób kalkulacji ceny. Poszczególne ceny, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały indywidualnie skalkulowane dla potrzeb zamawiającego. W wyjaśnieniach przedstawiono nakłady osobowe oraz rzeczowe niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Informacja ta, jest niezwykle istotna z punktu widzenia funkcjonowania wykonawcy i posiada istotną wartość gospodarczą, a jej ujawnienie zagraża jego interesom. Ujawnienie cen objętych tajemnicą może doprowadzić do utraty znacznej ilości przychodów na rynku bezobsługowych systemów rowerów publicznych, Sposób wyceny tego rodzaju usług jest bowiem wartością i doświadczeniem przystępującego stanowiącym o jego pozycji na rynku i nie może być ujawniany osobom trzecim. W ramach wyceny ceny oferty ujęto szereg okoliczności kosztotwórczych, których konieczność poniesienia oraz wysokość kosztów wynika właśnie z doświadczeń przystępującego, a którą to wiedzę nabył po zrealizowaniu wielu kontraktów. Tym samym, wiedza składająca się na zastosowany sposób wyceny stanowi dla niego informację o charakterze organizacyjnym, posiadającą dla niego znaczną wartość gospodarczą. Przedstawione wyjaśnienia obrazują także sposób realizacji zamówienia, który pozwala na zmniejszenie kosztów, i który również jest wynikiem wiedzy pozyskanej dzięki realizacji wielu kontraktów. Istotny jest również sposób zorganizowania zarządzania systemem, który został przedstawiony w wyjaśnieniach, a który może być w różny sposób zorganizowany. Wartość gospodarczą stanowią również informacje o możliwości pozyskania korzystnych cen od dostawcy, niezbędnych do wykonania zamówienia. Ceny te zostały bowiem skalkulowane w oparciu o oferty uzyskane przez przystępującego od podmiotów zewnętrznych na podstawie wieloletniej współpracy i w efekcie wypracowania korzystnych warunków.

Wiedza przystępującego na temat funkcjonowania systemów rowerów publicznych jest wynikiem wieloletniej działalności na rynku, efektem poszukiwania najbardziej optymalnej formuły realizacji zamówień, co daje mu przewagę konkurencyjną na rynku. Pozyskanie tej wiedzy przez inne podmioty, bez żadnego nakładu organizacyjnego i finansowego nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Zastrzeżone informacje zna wyłącznie wąskie grono pracowników przystępującego uprawnionych do dostępu do informacji poufnych, zobowiązanych jednocześnie do zachowania ich w tajemnicy. Przystępujący kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą tego szczególnego charakteru, charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. Dla poparcia swojej argumentacji przystępujący powołał wyroki Sądu Najwyższego. Oświadczył, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności



poprzez niniejsze zastrzeżenie. Działaniami podjętymi poza postępowaniem spełniającymi trzeci ustawowy warunek było również zawarcie umów o poufności z kontrahentami.

Powyższe stanowi o wypełnieniu przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i potwierdza zasadność dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia. W części niejawniej przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację ceny w ujęciu tabelarycznym podał przyjęte przez siebie założenia, w tym założenia dotyczące przychodów z reklam przyjmując inną optykę niż założona przez odwołującego w odwołaniu. W ramach wyjaśnień przedstawił szczegółowe kalkulacje kosztów i przychodów i tak jak to podał na jawnej rozprawie koszty zawarł w następujących punktach :

koszty sprzętu podstawowego w pkt A1, na dowód czego dołączył do wyjaśnień ofertę, koszty sprzętu rezerwowego B6, B8,

koszty dostawy sprzętu A1,

koszty uzyskania zgód i terenu pod stacją A2,

koszty utrzymania i serwisowania sprzętu i systemu pkt B rozbity na poszczególne koszty, koszty osobowe przy serwisie B1,

koszty osobowe przy alokacji B2,

koszty warsztatu B3,

koszty nabycia i utrzymania środków transportu B4 i B5,

koszty przechowywania i konserwacji B3,

koszty całodobowego centrum kontaktu B7,

koszty przesyłu i systemu informatycznego B11,

koszty administrcyjno – biurowe A5, B11,

koszty zakupu licencji B10, koszty obsługi płatności A5 i B11,

kadrowo – księgowo B11.

Do wyjaśnień dołączono ofertę dostawcy potwierdzającą prawidłowość kalkulacji kosztu zakupu rowerów, terminali, zamków.

Izba ustaliła, że załącznik nr 1 do wyjaśnień nie zawiera wyłącznie jednostkowych kosztów, ale stanowi przedstawienie, w jaki sposób przystępujący zamierza wykonać zamówienie, jak je zorganizuje zarówno pod kątem osobowym, sprzętowym, pomieszczeń, jednocześnie dla pozycji B2, B4, B5, B7 oraz pod pkt. B11 tirety 11, 12, 13 wskazano na wyjątkowo sprzyjające temu wykonawcy okoliczności, które mogą mieć wpływ na koszty wykonania przedmiotowego zamówienia. Izba zbadała wszystkie podane pozycje kosztowe pod względem założonych ilości i podanych wartości i ustaliła, że podane poszczególne koszty po ich zsumowaniu pokrywają się z kwotą podaną zamawiającemu, jak również w porównaniu z ceną oferty pozwalają na ustalenie, że w tej cenie możliwy jest do osiągnięcia zysk. Co do przychodów z reklam Izba ustaliła, że prawdziwe było twierdzenie

zamawiającego poczynione na rozprawie, że przystępujący wyjaśnił możliwość uzyskania przychodów z reklam, ale że przyjęta przez niego koncepcja jest odmienna od koncepcji przyjętej przez odwołującego. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie narzucił wykonawcom szczegółowych postanowień dotyczących zaangażowania personelu czy sprzętu do wykonania usługi.

W dniu 17 listopada 2016r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, gdyż złożone wyjaśnienia budzą następujące wątpliwości zamawiającego

1. Przyjęte przez Wykonawcę wyliczenia dotyczące kwoty przeznaczonej na obsługę 1 stacji przez okres 1 miesiąca - 3 218.39 zł są niewłaściwe. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (brutto) wynosi: 1 737 930.60 zł. Kwota ta nie uwzględnia prawa opcji określonego w maksymalnej wysokości 50% wartości zamówienia. Tym samym, kwota przeznaczona na obsługę 1 stacji przez okres 1 miesiąca wynosi: 6 436.78 zł, a nie jak wskazał w wyjaśnieniach Wykonawca: 3 218.39 zł. (dotyczy części jawnej wyjaśnień).

Kolejne pytania zamawiającego dotyczyły załącznika nr 1 do pierwszych wyjaśnień objętego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i związane były z poz. A, w tym A1 w zestawieniu z ofertą dostawcy, B1 - B11 przy czym gro pytań dotyczyło tego, czy podane ceny są cenami netto czy brutto.

W dniu 21 listopada 2016r. przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na pytania zamawiającego obejmując je w całości tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przy czym Izba ustaliła, że na wyjątkowo korzystne dla przystępującego okoliczności przystępujący powoływał się także w pkt. B1.

W dniu 23 listopada 2016r. zamawiający ponownie wezwał do wyjaśnienia dodatkowych okoliczności wynikających ze złożonych wyjaśnień dotyczących załącznika nr 1 do pierwszych wyjaśnień objętego tajemnicą przedsiębiorstwa przy czym zamawiający oczekiwał wyjaśnienia rozbieżności rzędu maksymalnie 1000 złotych i dotyczą czterech pozycji, co w ocenie Izby nie mogło mieć bezpośredniego przełożenia na ocenę czy złożona oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną, ale świadczy o tym, że zamawiający szczegółowo sprawdzał wszystkie wyliczenia przystępującego i konfrontował je z przedstawionym dowodem pochodzącym od dostawcy, a także ze złożoną przez przystępującego ofertą.

W dniu 24 listopada 2016r. przystępujący udzielił dodatkowych wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wątpliwości zamawiającego obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa i jednocześnie wniósł o nieujawnienie przez zamawiającego do publicznej wiadomości treści wezwań do wyjaśnień z dnia 17 listopada i 23 listopada 2016 roku, jako dokumentów zawierających elementy stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Nextbike tj. precyzyjnych kwot wskazanych w wyjaśnieniach Nextbike,

W wezwaniach do złożenia wyjaśnień każdorazowo zamawiający wskazywał szereg kwot, czego mógł uniknąć poprzez odwołanie się do konkretnych punktów wyjaśnień. Ponadto analiza wezwań pokazuje, że w ich treści przywołano w zasadzie wszystkie kwoty kalkulacji, co powoduje, że na podstawie analizy wezwań w sposób bardzo prosty można ustalić jak wygląda kalkulacja ceny oferty Nextbike, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa.

W takiej sytuacji w ocenie przystępującego udostępnienie treści wezwań stanowiłoby oczywiste naruszenie dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i interesu Nextbike,

Z dowodów dołączonych do odwołania wynika, co następuje:

Z protokołu postępowania wynika, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na kwotę 2 276 422,76zł. w dniu 11 kwietnia 2016r. na podstawie planowanych kosztów.

Z odpowiedzi Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 11.04.2016 r. - wynika, że dla stacji rowerowych i rowerów będących własnością wykonawcy, systemu składającego się z 10 stacji i 100 rowerów (+5 zapasowych rowerów) z możliwością rozbudowy o kolejnych 5 stacji i 50 rowerów. Darmowym przejazdem dla mieszkańców przez pierwsze 20 minut, funkcjonowanie systemu od 1 marca do 30 listopada przez pełne 3 sezony oraz w 2016r. od momentu uruchomienia do 30 listopada, gdy zamawiający nie posiada koncepcji umiejscowienia stacji, a wpływy z opłat za wynajęcie rowerów oraz reklam będą przekazywane na konto zamawiającego, wykonawca wyszacował koszt na kwotę 2, 8 mln. brutto

Z odpowiedzi BikeU Sp. z o.o. na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 29.03.2016 r. wynika, że dla stacji rowerowych i rowerów będących własnością wykonawcy, systemu składającego się z 10 stacji i 100 rowerów (+5 zapasowych rowerów) z możliwością rozbudowy o kolejnych 5 stacji i 50 rowerów. Darmowym przejazdem dla mieszkańców przez pierwsze 20 minut, funkcjonowanie systemu od 1 marca do 30 listopada przez pełne 3 sezony oraz w 2016r. od momentu uruchomienia do 30 listopada, gdy zamawiający nie posiada koncepcji umiejscowienia stacji, a wpływy z opłat za wynajęcie rowerów oraz reklam będą przekazywane na konto zamawiającego, wykonawca wyszacował koszt na kwotę 2, 8 mln. brutto

Z odpowiedzi Nextbike Polska SA na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 17.05.2016 r. wynika, że wyszacowana kwota 2,8 mln zł., to koszt za całą stację (1 terminal+15 stojaków +10 rowerów) za jeden miesiąc wynosi 6436,78zł. i za 1 rower za 1 miesiąc 231,18zł. brutto, za 1 stojak za 1 miesiąc – 125zł. brutto, za 1 terminal za 1 miesiąc – 2250zł. brutto.

Z odpowiedzi BikeU Sp. z o.o. na zapytanie dotyczące miejskiego systemu wypożyczalni rowerów - Gliwice z dnia 12.05.2016 r. wynika, że na kwotę 2,8 mln. zł. składa się ryczałt miesięczny za usługę (1 stacja=1 terminal+10 rowerów+15 elektrozamków/punktów

dokujących/stojaków) 9655,17zł., ryczałt miesięczny za rower 493,08zł., ryczałt miesięczny za elektrozamek/punkt dokujący/stojak 225,69zł., ryczałt miesięczny za terminal – 1353,38zł. Z wyceny szacunkowej z prawem opcji BikeU Sp. z o.o. z dnia 20.05.2016 r. wynika, że wyszacowana kwota 2,8 mln. zł. to koszt za miesięczną usługę (1 terminal+15 stojaków +10 rowerów + 15 elektrozamków/punktów dokujących/stojaków) za jeden miesiąc wynosi 6436,78zł. i za 1 rower za 1 miesiąc 315,60zł. brutto, za 1 elektrozamek/punkt dokujący/stojak za 1 miesiąc – 159,07zł. brutto, za 1 terminal za 1 miesiąc – 894,73zł. brutto; Z ustalenie wartości zamówienia z dnia 11.04.2016 r. wynika, że koszt całościowy uruchomienia usługi z prawem opcji to 2, 8 mln zł., w tym koszt zamówienia podstawowego 1 931 034,00zł. brutto, koszt opcji 868 966,00zł. brutto koszt usługi dla jednej stacji/miesiąc (1 terminal+10 rowerów+ 15 stojaków) 6 436,78zł. brutto.

Z ustalenia wartości zamówienia z dnia 20.05.2016 r. ponad informacje z ustalenia z dnia 11.04.2016r., że koszt usługi dla jednego roweru/miesiąc 273,39zł. brutto, koszt usługi dla 1 stojaka/miesiąc 142,04zł. brutto, koszt usługi dla jednego terminala/miesiąc 1 572,37zł. brutto

Z ustalenie wartości zamówienia z dnia 10.10.2016 r. uaktualnienie, wynika, że zamawiający skorygował wartość zamówienia podstawowego na kwotę 1 737 930,60zł., koszt opcji na kwotę 868 965,30zł. i koszt całościowy na kwotę 2 606 895,90zł.

Z tabeli - kalkulacja Nextbike Polska SA z dnia 07.04.2014 r, oraz z kalkulacji zawierającej poszczególne elementy mające wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Nextbike Polska SA, załącznik do odwołania, z dnia 05.07.2013 r. wynika, że elementy kosztowe oferty mające wpływ na wysokość ceny były znane innym wykonawcom, w tym odwołującemu. Natomiast z żadnego z tych dokumentów nie wynika, że przystępujący podał do publicznej wiadomości oferty handlowe, czy też okoliczności wyjątkowo mu sprzyjające świadczenia usługi, co miało miejsce w wyjaśnieniach składanych obecnemu zamawiającemu.

Z oferty TELMON Sp. z o.o. S.K.A. z dnia 18 listopada 2014r. wynika, że została ona opracowana na potrzeby Łódzkiego Roweru Miejskiego, a roboczogodziny tak w abonamencie jak i ponad abonamentem wynosi ok. 30zł. netto. Jednak sam odwołujący w kalkulacji kosztów przystępującego w wariancie optymistycznym i realnym kalkulował stawkę 18 zł./godz. wskazując, że na obniżenie stawki wpływa fakt posiadania własnego Centrum Kontakt, zatem w ocenie Izby przedłożony dowód nie służy udowodnieniu stawki roboczogodziny w ramach własnego a nie zewnętrznego Centrum Kontakt.

Z listu referencyjnego Nieruchomości i Opłaty Lokalne sp. z o.o. z dnia 1 lutego 2016r. wynika, że zakres obsłużonych kontaktów w ramach systemu BikeS Szczeciński Rower Miejski wyniósł w okresie 9 miesięcy 5 489 zgłoszenia mailowe, 11 424 połączenia telefoniczne, 1888 poczta głosowa. W zakres zasobów personalnych wchodziło: 1

koordynator, i 6 konsultantów. Izba oceniła ten dowód jako dowód nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż nie jest znany rozmiar obsługiwanego systemu, a przystępujący kwestionował jego porównywalność, nadto dowód ten nie podaje stawek roboczogodziny, a zatem nie pozwala na ustalenie, czy kalkulacja przystępującego jest w zakresie Centrum Kontaktów zaniżona.

Z wydruku z portalu internetowego moja-pensja.pl wynika, że zarobki w Gliwicach kształtują się na poziomie 3 787pln brutto, czyli około 2 700 netto, Izba podzieliła jednak zastrzeżenie przystępującego, że z dowodu tego nie wynika jaka jest przeciętna pensja osoby zatrudnionej w serwisie rowerowym, czy osoby zatrudnionej jako kierowca czy osoby odbierającej i podstawiającej rowery na danej stacji wraz z załadunkiem na środek transportu. Nadto z kalkulacji mającej obrazować realny i optymistyczny wariant oferty przystępującego wynika, że nawet sam odwołujący dla niektórych stanowisk kalkulował stawkę niższą tj. 2400 netto dla osoby alokującej rowery i 2026 dla osoby zatrudnionej w Punkcie Kontaktów. Oznacza, to że dowód ten nie może służyć udowodnieniu okoliczności, iż kalkulacja wynagrodzenia pracowników poniżej kwoty wskazanej w dowodzie jest ceną poniżej kosztów świadczenia. Tym samym w ocenie Izby przedstawiony dowód nie służy udowodnieniu okoliczności mającej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Potencjału reklamowy Miasta Gliwice wraz z załącznikiem stanowi w ocenie Izby wyłącznie oświadczenie własne odwołującego i jest elementem jego stanowiska, nadto nie wnosi istotnych okoliczności dla rozstrzygnięcia, gdyż jak wynika z wyjaśnień przystępującego przyjął on inną niż wskazywał odwołujący koncepcję wykorzystania przychodów z reklam.

Z pisma odwołującego do Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 30 czerwca 2016r. wynika, że odwołujący uważał, iż postępowanie zostało przygotowane wyłącznie dla jednego dostawcy, tj. przystępującego, jednak sam odwołujący nie składał w tym postępowaniu odwołań, a treść siwz podlegała modyfikacjom na skutek zgłoszonych zapytań. W konsekwencji odwołujący złożył ofertę i nie został wykluczony z postępowania, a jego oferta nie została odrzucona. Tym samym postanowienia siwz w ich ostatecznym kształcie tj. przed dniem 4 listopada 2016r. nie stanowiły dla odwołującego bariery do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Nadto odwołujący nie formułował zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania z uwagi na to, że brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania choćby przekazując zamawiającemu opis przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby ten dowód nie dotyczy okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Z kalkulacji kosztów założonych przez odwołującego dla przystępującego w wariantach optymistycznym i realnym wynika to, w jaki sposób odwołujący założył, iż przystępujący

zamierza świadczyć przedmiotową usługę. Jednak z dowodu tego nie wynika, dlaczego odwołujący przyjął takie założenia w szczególności, kosztów zakupu i dostawy rowerów, terminali i stojaków, co do ilości osób, środków transportu, procentowego zużycia sprzętu, czy wielkości stóp oprocentowania kredytów. Dowód ten w ocenie Izby nie służy wykazaniu, że kalkulacji oferty przystępującego jest kalkulacją poniżej kosztów świadczenia usługi. Z kalkulacji tej wynika jedynie to, że odwołujący przyjął inną koncepcję świadczenia usługi niż przystępujący i dodatkowo nie uwzględnił szczególnie korzystnych okoliczności, na które powoływał się w wyjaśnieniach przystępujący. Nadto z obu przedstawionych kalkulacji wynika, iż w ocenie odwołującego nie było możliwe złożenie oferty mieszczącej się w kwocie, którą zamawiający podał podczas otwarcia ofert i którą ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż oba warianty tak optymistyczny, jak i realny oraz sama oferta odwołującego przekraczają tę kwotę. Pozostaje to w sprzeczności z faktem, iż w ramach ustaleń wartości szacunkowej zamówienia obaj wykonawcy podawali taką samą cenę globalną, która stała się podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia.

Z graficznej prezentacji rynku Roweru Publicznego w Polsce 2014-2016 wynika, że przystępujący ma pozycję dominującą na rynku Roweru Publicznego, jednak w ocenie Izby dowód ten nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż przedmiotem zarzutu jest czyn nieuczciwej konkurencji polegający na świadczeniu po cenach dumpingowych, zaś Izba nie ma kompetencji do rozpoznawania sporów w oparciu o ustawę antymonopolową.

Z praktyki cenowej z miasta Lublin, wynika, że w pierwszym postępowaniu przystępujący zaoferował cenę 4 684,10zł. zaś w postępowaniu na rozbudowę 6 192,22zł. Jednak brak jest jakichkolwiek danych o warunkach opisu przedmiotu zamówienia w obu postępowaniach, stąd nie można porównać kosztów, nadto przystępujący przeczył temu oświadczeniu odwołującego podnosząc jego nierzetelność przez pominięcie faktu, że w pierwszym postępowaniu zamawiający nie wymagał robót budowlanych, a w drugim tak, co podrażało wartość oferty.

Z dowodu przystępującego objętego tajemnicą przedsiębiorstwa wynika, że oferta załączona do wyjaśnień przystępującego z dnia 15 listopada 2016r. jest ważna na dzień rozpoznania sprawy odwoławczej.

Izba oceniając fakty przez Izbę ustalone w zakresie wzięła pod uwagę ramy prawne zarzutów i stwierdziła, że w dacie ogłoszenia postępowania obowiązywały przepisy sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020). Tym samym zastosowanie będą mieć następujące przepisy:

- art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 8 ust. 1 ustawy w myśl, którego postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- art. 8 ust. 2 ustawy na podstawie którego zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
- art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.
- art. 89 ust. 1 ustawy, gdzie zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
  - 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
  - 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- art. 90 ust. 3 ustawy na podstawie, którego zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- art. 96 ust. 2 ustawy, gdzie oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.
- art. 96 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
- art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm. dalej uznk), gdzie przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.
- art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk w myśl którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub

usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Izba w związku z zarzutem zaniechania udostępnienia odwołującemu zastrzeżonej części wyjaśnień przystępującego z dnia 15 listopada 2016r., 21 listopada 2016r., 25 listopada 2016r. ustaliła, że pomiędzy stronami nie było sporne, że metodologia kosztów rozumiana jako wskazanie jakie rodzaje kosztów należy uwzględnić przy wykonywaniu zamówienia na systemu roweru publicznego jest jawna.

Ponadto Izba ustaliła, że wbrew stanowisku odwołującego prezentowanemu w odwołaniu i na rozprawie w wyjaśnieniach występują nie tylko ceny jednostkowe i metodologia kosztów, ale także inne informacje pochodzące od przystępującego wyjaśniające, z jakich przyczyn daną cenę jednostkową w taki, a nie inny sposób skalkulował. Te informacje, to informacje w dużej mierze organizacyjne mówiące o posiadanych przez przystępującego ofertach handlowych, jak również o okolicznościach organizacyjnych, w jakich się znajduje pozwalających w określony (wynikający z wyjaśnień sposób) świadczyć usługę dla zamawiającego, co z kolei przekłada się na sposób kalkulacji poszczególnych kosztów. Izba ustaliła, że zamawiający nie narzucał koncepcji świadczenia usługi przez szczegółowe wymagania, co do ilości zatrudnianych osób, czy sprzętu do obsługi usługi. Izba oceniła, że przedstawione informacje mają charakter organizacyjny, a zatem rodzaj informacji, które podlegają zastrzeżeniu mieści się w katalogu art. 11 ust. 4 uznk. Izba ustaliła, że brak jest dowodu na to, że informacje o ofercie handlowej czy sposobie wykorzystania dla organizacji realizacji przedmiotowego zamówienia szczególnie sprzyjających przystępującemu okoliczności były podane przez przystępującego do wiadomości publicznej, przystępujący temu przeczył. Tym samym Izba dała wiarę oświadczeniu przystępującego, że zachował w poufności te informacje. Co oznacza, że druga z przesłanek art. 11 ust. 4 uznk została zachowana. Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w pierwszym możliwym momencie tj. wraz z pierwszymi wyjaśnieniami z dnia 15 listopada 2016r. wyraźnie oddzielając część jawną od części poufnej, zawarł także jednocześnie uzasadnienie powodów zastrzeżenia w części jawnej i następnie konsekwentnie bronił tajemnicy tych informacji wręcz domagając się od zamawiającego nieudostępniania nie tylko swoich wyjaśnień z dnia 21 i 25 listopada 2016r., ale także domagając się od zamawiającego odmowy udostępnienia innym wykonawcom części wezwań w takim zakresie, w jakim odnosiły się one do szczegółowych informacji zawartych w tajnych częściach wyjaśnień. W ocenie Izby wypełniało to przesłankę podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Izba w związku z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty przystępującego mimo, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską, ustaliła, że cena tak jest ceną o 46,40% niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT i



zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnień. Wyjaśnienia te trzykrotnie otrzymał, wyjaśnienia zostały poparte ofertą handlową ważną tak w terminie składania ofert jak i w dacie rozpoznawania sprawy. Izba wzięła pod uwagę także fakt, że ta oferta handlowa została przystępującemu złożona na krótki czas przed upływem terminu składania ofert, a z dowodów przedstawionych w sprawie nie wynika, na jakiej ofercie handlowej opierał się przystępujący w dacie szacowania wartości szacunkowej zamówienia. Tym samym Izba nie ma wystarczającego materiału dowodowego pozwalającego na ocenę, że przystępujący na etapie przygotowania postępowania wprowadził zamawiającego w błąd, co do kosztów obsługi systemu. Z przedstawionych wyjaśnień przystępującego wynika, że uwzględnił on wszystkie koszty wymienione przez odwołującego w odwołaniu i je wycenił. Z wyjaśnień wynika ponadto, że kalkulacja kosztów zakupu rowerów terminali i stojaków dokonana była w oparciu o ofertę handlową, a w pozostałych kosztach w znacznej ich części tj. koszty B1, B2, B4, B5, B7, B11 w ramach kalkulacji dokonał wyceny z uwzględnieniem szczególnie sprzyjających dla niego okoliczności związanych ze świadczeniem usługi.

Izba ustaliła także, że przystępujący podał i wyliczył koszty roboczogodziny z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008). Również koszty paliw podane przez przystępującego odpowiadają średnim cenom benzyny opartym na doświadczeniu życiowym składu orzekającego w okresie październik 2016 w zakresie PB 95. Biorąc powyższe pod uwagę Izba oceniła, że wyjaśnienia przez przystępującego zostały złożone, wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Izba ustaliła, że przystępujący założył zysk na przedmiotowej ofercie. Izba ustaliła, że złożone wyjaśnienia odpowiadały na wezwania zamawiającego i każdorazowo odnosiły się do wątpliwości podnoszonych przez zamawiającego. Izba oceniła, że zamawiający wykonał obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień, przeprowadził badanie złożonych wyjaśnień, usunął istniejącego dla niego w wyjaśnieniach wątpliwości.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego mimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu ceny świadczenia poniżej kosztów świadczenia. Izba ustaliła, że ze złożonych przez przystępującego wyjaśnień wynika, iż przystępujący osiągnie zysk z przedmiotowego świadczenia. Brak jest natomiast dowodów w postępowaniu odwoławczym, prowadzących do wykazania, że koszty produkcji, dostawy oraz świadczenia usługi nie mogą zejść poniżej określonego progu cenowego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska zamawiającego zasadzonego na przekonaniu, iż skoro oferta przystępującego przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to taki wykonawca nie może uzyskać danego zamówienia. W ocenie Izby takie stanowisko zamawiającego nie znajduje oparcia w art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeśli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W chwili obecnej ofertą najkorzystniejszą i ofertą z najniższą ceną jest oferta przystępującego, zatem zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby rozważyć zastosowanie tego przepisu, natomiast istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oceniać należy na datę wniesienia odwołania. W tej dacie jak i na datę rozpoznania sprawy przystępujący nie był wykonawcą z najkorzystniejszą ofertą, ani wykonawcą z najniższą ceną, tym samym wyeliminowanie konkurenta wybranego leżało jak najbardziej w jego interesie w uzyskaniu zamówienia, na datę wnoszenia odwołania nie wiedział także, że zamawiający nie ma zamiaru zwiększania kwoty finansowania zamówienia do ceny jego oferty, a zatem w ocenie Izby miał interes w uzyskaniu zamówienia. Nadto na datę wyrokowania brak jest, poza stanowiskiem pełnomocnika zamawiającego, jakiegokolwiek dowodu na to, że zamawiający podjął decyzję o tym, że nie zwiększy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że odwołujący w rzeczywistości zmierza do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Nextbike Polska SA, pomimo że ta oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i prawnego w przedmiotowej sprawie zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające stosując wytyczne art. 90 ust. 1 ustawy, przeprowadził badanie i ocenę złożonych

wyjaśnień, a dokonana analiza tych wyjaśnień nie dała podstaw do przyjęcia, że dowodzą one, iż zaoferowana przez przystępującego cena jest ceną rażąco niską.

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Nextbike Polska SA pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;

Zarzut nie został udowodniony. Przepis art. 190 ust. 1 ustawy stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Zatem ciężar wykazania, że przedmiotu zamówienia nie da się wykonać za cenę zaoferowaną przez przystępującego spoczywał na odwołującym. W ocenie Izby czym innym jest bowiem złożenie oferty w czynie nieuczciwej konkurencji, a czym innym złożenie oferty zawierającej cenę rażąco niską, a tylko do dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej ma zastosowanie odwrócony ciężar dowodowy, o którym mowa w art. 190 ust. 1a ustawy. Izba zwraca uwagę odwołującego na fakt, że pojęcie oferty z ceną poniżej kosztów świadczenia usługi nie jest pojęciem tożsamym z pojęciem ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby cena rażąco niska jest pojęciem szerszym niż cena dumpingowa, która jest skrajnym przypadkiem ceny rażąco niskiej. Ponadto dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy konieczne jest wykazanie celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jednak na tę okoliczność odwołujący powołał wyłącznie graficzną prezentację rynku Roweru Publicznego 2014-2016, z którego jednak nie wynika skąd odwołujący pozyskał przedmiotowe dane, nadto dowód ten wskazuje, że odwołujący zwiększył ilość operowanych rowerów ciągu 2 lat o ponad 100%, zaś przystępujący o 89,79% w tym samym przedziale czasowym, choć przystępujący posiada pozycję dominującą na rynku. Również praktyki cenowe z miasta Lublin z uwagi na brak wykazania zakresu przedmiotowego obu postępowań, jak i tego, że również wówczas w pierwszym postępowaniu oferta przystępującego odbiegała znacząco od ceny oferty odwołującego i od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, w ocenie Izby nie może stanowić przekonującego dowodu, że przystępujący podjął długofalową praktykę eliminacji odwołującego z rynku. Co więcej sam odwołujący

stwierdził na rozprawie, że jego oferta jedynie nieznacznie przegrywała z ofertą przystępującego. Pozyskanie informacji publicznej o przebiegu tych postępowań w celu udowodnienia powyższych okoliczności było możliwe i dla odwołującego bezpośrednio zaangażowanego w każde z tych postępowań nie stanowiło nadmiernego utrudnienia, jednak odwołujący poprzestał w tym zakresie wyłącznie na własnych oświadczeniach i komentarzu zdarzeń, które jego zdaniem miały miejsce. Izba wprawdzie może dopuścić z urzędu dowód niewnioskowany przez strony, jest to jednak jej uprawnienie, a nie obowiązek i w procesie kontradyktoryjnym taka sytuacja powinna ograniczać się wyłącznie do przypadków, kiedy bez takiego dowodu nie jest możliwe rozstrzygnięcie sporu. Izba nie może wyręczać stron i uczestników postępowań w ich inicjatywie dowodowej, jak również rozstrzygnięcie musi oprzeć o fakty udowodnione, a nie twierdzenia stron i uczestników o faktach. Tym samym w ocenie Izby odwołujący w zakresie tego zarzutu nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi, z w konsekwencji zarzut należało oddalić.

3. naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy w związku z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 uznk przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Nextbike Polska SA w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń faktycznych i prawnych poczynionych przez Izbę przystępujący wykazał wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk, jak również podjął czynności określone w art. 8 ust. 3 ustawy w szczególności składając wyjaśnienia, co do powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zaś te okoliczności badał i udostępniał odwołującemu te dokumenty, które w ocenie zamawiającego nie stanowiły tajemnicy, w tym treść swoich wezwań wytuszowując jedynie część informacji o cenach. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

4. zarzut naruszenia przez zamawiającego innych wskazanych w treści odwołania.

Zarzut nie został skonkretyzowany ani w podstawie faktycznej, ani prawnej, tym samym nie można uznać, iż został sformułowany, zwłaszcza, że nie zostało z nim skorelowane jakiegokolwiek żądanie odwołującego. W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut za niepostawiony i odstąpiła od jego rozpoznania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł. oraz kosztów dojazdu w wysokości 1 411,32zł., łącznie 5 011,32zł., zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

**Przewodniczący:** .....