Sygn. akt: KIO 978/22

WYROK

z dnia 2 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2022 roku przez wykonawcę KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawców:

A) wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum w składzie (1) INDIGO POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, (2) INDIGO INFRA BELGIUM z siedzibą w Gent (Belgia), (3) INDIGO PARK BELGIUM z siedzibą w Gent (Belgia) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 978/22 po stronie zamawiającego,

B) Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 978/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 978/22

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Wyposażenie Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi (SPP) w parkomaty oraz w komputerowe centrum przetwarzania danych wraz z ich obsługą i utrzymaniem w latach 2022 -2030" (znak: DSR-ZP-VIII.271.17.2021) zwane dalej „postępowaniem". Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" lub „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w

dniu 23 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 227-597850.

W dniu 8 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione

odwołanie przez wykonawcę KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej „Odwołującym") od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum INDIGO POLSKA SA (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, INDIGO INFRA BELGIUM (Uczestnik Konsorcjum) z siedzibą w Gent, Belgia oraz INDIGO PARK BELGIUM (Uczestnik Konsorcjum) z siedzibą w Gent, Belgia (dalej „INDIGO");

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty INDIGO;

3) zaniechania czynności wezwania wykonawcy Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. SKA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej „Mera-Serwis") do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny; a w konsekwencji zaniechania czynności odrzucenia

oferty,

4) zaniechania czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez

INDIGO.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności lub dopuszczając się zaniechań, naruszył - poza wynikającymi z uzasadnienia odwołania - następujące

przepisy:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty

INDIGO, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp;

2) art. 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie wezwania Mera-Serwis do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a następnie odrzucenia tej oferty, pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę;

3) art. 18 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy INDIGO dotyczących rażąco niskiej ceny pomimo braku wykazania przesłanek uprawniających do objęcia informacji tam wskazanych tajemnicą przedsiębiorstwa;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Mera-Serwis, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny stanowiący jednocześnie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia;

5) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty INDIGO pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;

6) art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności

wskazanych w niniejszym odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego, w tym odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielonych przez INDIGO,

c. odrzucenia oferty złożonej przez INDIGO,

d. odrzucenia oferty złożonej przez Mera-Serwis.

Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika według norm przepisanych na podstawie faktury, która zostanie przedłożona do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która, zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego z dnia 29 marca 2022 r., została sklasyfikowała na trzecim miejscu, po ofertach złożonych przez INDIGO oraz Mera-Serwis.

Na skutek niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez INDIGO i dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej, a także zaniechania odrzucenia oferty Mera-Serwis, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w petitum odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył 93 250 000,00 PLN brutto. W protokole Postępowania Zamawiający podał wartość szacunkową zamawiania, przyjętą w dniu 18 października 2021 r. na podstawie średnich miesięcznych dochodów uzyskanych z opłat za postój pojazdów w strefie płatnego parkowania w Łodzi w 2020 r., tj. kwotę 103 264 390,24 zł (przy czym po odjęciu wartości zamówienia w ramach prawa opcji - wartość szacunkowa zamówienia podstawowego to 68 842 927 zł netto; po dodaniu podatku VAT - 84 676 800 zł brutto). Natomiast cena zaoferowana przez INDIGO za wykonanie zamówienia podstawowego to 49 937 600,00 PLN brutto, co stanowi jedynie 59 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Natomiast cena oferty Mera-Serwis wynosi 60 685 040,00 PLN

co stanowi 71 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Tak istotna różnica

zaoferowanych cen (w przypadku INDIGO jest to ponad 40%, a w przypadku Mera-Serwis -

prawie 30%), w tym w stosunku do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, w sposób oczywisty świadczy, iż obie oferty zawierają ceny rażąco niskie i jako takie powinny zostać odrzucone.

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jedynie INDIGO. Wykonawca ten, pismem z dnia 3 lutego 2022 r. udzielił wyjaśnień. Pomimo wniosków Odwołującego, Zamawiający nie udostępnił tych wyjaśnień, powołując się na zastrzeżenie przez INDIGO tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to jednak zostało dokonane wadliwie, gdyż INDIGO nie wykazało spełnienia przesłanek pozwalających na objęcie tajemnicą informacji, które

co do zasady powinny być jawne w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dlatego też podlegało udostępnieniu wraz z ofertami oraz innymi załącznikami do protokołu Postępowania. Zamawiający najwyraźniej uznał wyjaśnienia za wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i po badaniu ofert wybrał ofertę INDIGO jako najkorzystniejszą, nie odrzucając żadnej z ofert złożonych w Postępowaniu. Tymczasem oferta złożona przez INDIGO jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i jako taka powinna zostać odrzucona. Odrzuceniu powinna podlegać także oferta złożona przez Mera-serwis również z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej, ale także z powodu błędu w obliczeniu ceny stanowiącego jednocześnie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Zgodnie z pkt 17.6. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), podana w ofercie cena brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ, obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia. W pkt 17.9. SWZ podkreślono, że w cenie oferty uwzględnia się zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Cena ofertowa (zgodnie z pkt 17.2. SWZ) winna zostać obliczona zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego Formularzem cenowym - załącznik nr 2a do SWZ, w formie pliku arkusza kalkulacyjnego. Co również istotne, ceną ofertową jest cena brutto za wykonanie wszystkich prac związanych wyłącznie z przedmiotem zamówienia podstawowego (pkt 17.1 SWZ).

Z kolei, mając na względzie zapis zawarty w § 15 ust. 6 lit. a projektu umowy (załącznik nr 6 do SWZ), wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie umowy będzie stanowiło określony (oferowany przez wykonawców) procent obliczany od wartości wpływów, określonych na podstawie raportu miesięcznego, uzyskanych przez Zamawiającego z tytułu opłat parkingowych pobranych za pośrednictwem parkomatów i pozostałych urządzeń służących do pobierania opłat. Na potrzeby obliczenia ceny ofertowej, we wzorze Formularza cenowego (Załącznik nr 2a do SWZ), Zamawiający przyjął szacowaną stałą dla wszystkich wykonawców wartość, jednakże zastrzegł, iż w przypadku, gdy podczas realizacji umowy rzeczywista miesięczna wartość wpływów uzyskanych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będzie inna (mniejsza lub większa), niż wskazana w kol. 2 Formularza cenowego, nie będzie
to powodować zmiany wysokości prowizji wskazanej przez Wykonawcę w kol. 3 Formularza cenowego. Wysokość prowizji zaoferowana w ofercie przez Wykonawcę nie ulegnie zmianie podczas realizacji zamówienia i będzie każdorazowo liczona od miesięcznej wysokości wpływów z tytułów ich uzyskania. Wykonawca w ramach oferty zobowiązany był zatem zaoferować stałą wysokość prowizji, która będzie stanowiła podstawę do naliczenia wynagrodzenia za wykonanie Umowy. Tak skalkulowane wynagrodzenie musi pokryć wszystkie koszty wykonawcy związane z wykonaniem zamówienia, a także zapewnić zysk na odpowiednim poziomie. Warto zauważyć, że koszty ponoszone przez wykonawcę przy realizacji zamówienia w zasadzie będą takie same (stałe) również w sytuacji, gdy wartość wpływów z opłat będzie niższa niż zakładana. Dlatego też w cenę oferty musi zostać także wkalkulowane ryzyko związane z niższymi, niż przyjął zamawiający, wpływami. W tym celu, aby pokryć wszystkie koszty i ryzyka, wykonawcy muszą określić taką wartość prowizji, aby uzyskiwane wynagrodzenie pokrywało wszystkie ponoszone koszty oraz przynosiło zysk.

W przeciwnym wypadku, zbyt niska prowizja będzie prowadziła - jak ma to miejsce w przypadku oferty INDIGO, a także oferty Mera-Serwis - do ceny rażąco niskiej.

Zakres kosztów jakie należy uwzględnić przy wycenie oferty bardzo szczegółowo i precyzyjnie wynika z Opisu przedmiotu zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ), a także z § 2 projektu umowy i innych postanowień umowy, w których Zamawiający jednoznacznie zobowiązuje wykonawcę do pokrywania kosztów określonych czynności/działań. Tymczasem mając na względzie ceny zaoferowane przez INDIGO oraz Mera-Serwis stwierdzić należy,

że nie jest możliwe wykonanie zamówienia w pełni zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ za wynagrodzeniem zaoferowanym przez tych wykonawców bez poniesienia strat, a zatem poniżej ponoszonych kosztów. Zaoferowane przez tych wykonawców ceny, są rażąco

niskie, będąc cenami nierynkowymi, nieprzystającymi do realnych kosztów jakie należało przyjąć wyceniając prace wchodzące w zakres zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi

w SWZ. Przyjęte przez INDIGO i Mera-serwis prowizje są rażąco zaniżone i nie zapewniają pełnego pokrycia kosztów, a tym bardziej jakiegokolwiek zysku dla wykonawców.

W celu wykazania, że ceny na poziomie zaoferowanym przez ww. wykonawców są rażąco niskie, weryfikacji wymaga przede wszystkim, czy w ich kalkulacji ujęto wszelkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, a także czy koszty te przyjęto na poziomie rynkowym. Odwołujący nie ma jednak możliwości odniesienia się do wyjaśnień udzielonych przez INDIGO z uwagi na odmowę ich udostępnienia przez Zamawiającego. W przypadku Mera-serwis, Zamawiający nie wzywał o złożenie takich wyjaśnień, więc także nie jest wiadome w jaki sposób została przyjęta cena ofertowa. W konsekwencji Odwołujący nie zna rzeczywistych kosztorysów ww. wykonawców, dlatego też, w celu uprawdopodobnienia zarzutów, przedstawiona zostanie kalkulacja oparta o wnikliwą analizę wymagań SWZ oraz możliwie najniższe ceny rynkowe za poszczególne elementy kosztotwórcze, przyjęte w oparciu

o wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług obsługi SPP przez Odwołującego. Zestawienie kosztów powinno być jednak przyjęte w tożsamy sposób przez wszystkich wykonawców, gdyż oparte jest wprost na wymaganiach ujętych w SWZ. Co do przyjętych cen mogą one oczywiście różnić się u poszczególnych wykonawców, jednakże wyłącznie nieznacznie, gdyż rynek dostawców i usługodawców powiązanych z obsługą strefy parkowania jest bardzo wąski, a w konsekwencji oferowane przez nich ceny są bardzo zbliżone. Ponadto blisko połowę wartości minimalnych kosztów stanowią koszty wykonywania kontroli, w szczególności koszty pracownicze, które nie mogą być niższe niż obliczone

z uwzględnieniem przynajmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na koszty kontroli. Zamawiający wymaga, aby dzienny limit kontroli realizowany był w sposób, w którym każdy odcinek parkingowy zostanie skontrolowany w ciągu każdego dnia, w mniej więcej równych odstępach czasowych obejmujących cały okres, w którym obowiązują opłaty za postój z uwzględnieniem okresu porannego, przedpołudniowego i popołudniowego, w zależności od zadeklarowanego przez Wykonawcę dziennego limitu kontroli (pkt 2.1) - zgodnie z treścią ofert, każdy z wykonawców zaoferował 4-krotne przejście każdego odcinka. Kontrola każdego odcinka parkingowego polegać ma na sprawdzeniu przez kontrolera SPP prawidłowego działania każdego parkomatu, przy użyciu zarówno monety, jak i karty testowej, o których mowa w ust. 15 II części OPZ oraz na sprawdzeniu czy dla każdego pojazdu, zajmującego miejsce przeznaczone do płatnego postoju, wniesiona została opłata parkingowa (pkt 3). Sprawdzenie wniesionych opłat ma się odbywać poprzez wykonanie weryfikacji, o której mowa w pkt. 3.12.2.1. IX części OPZ. 3.2. W przypadku negatywnego wyniku weryfikacji, o której mowa

w pkt. 3.1., wykonane zostaną przynajmniej dwa zdjęcia kontrolowanego pojazdu, z zastrzeżeniem że odstęp czasowy między pierwszym a ostatnim wykonanym zdjęciem nie może być krótszy niż 70 sekund, a w przypadku kontroli pojazdów TAXI - 10 min. (pkt 3.1.). Po odczytaniu przez czytnik, o którym mowa w ust. 3. pkt. 2., numeru rejestracyjnego

kontrolowanego pojazdu dokona automatycznej weryfikacji baz danych w poszukiwaniu

wniesionych, przy użyciu parkomatów lub poprzez system płatności mobilnych, opłat parkingowych oraz abonamentów parkingowych wystawionych na ten numer rejestracyjny, ze szczególnym uwzględnieniem wartości skrajnych okresu, za który dokonano opłaty, podstrefy/sektora, której/którego opłata dotyczy, rodzaju abonamentu, kwoty wniesionej

opłaty (pkt 3.12.2.1).

Wszystkie powyższe wymagania przekładają się na czasochłonność procesu kontroli oraz liczbę pracowników, których należy zatrudnić na stanowisku kontrolerów. W sytuacji, gdy wykonawca zaoferował 4-krotne przejście każdego odcinka, to w sposób bardzo istotny powoduje to zwiększenie kosztów kontroli. Należy przyjąć, iż minimalna liczba kontrolerów jaką należy zatrudnić do wykonania umowy wynosi około 42 osoby. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że nie jest możliwe zatrudnienie kontrolerów za wynagrodzeniem odpowiadającym minimalnemu wynagrodzeniu za płacę - najczęściej stosowaną stawką, w przeliczeniu na godzinową jest 15 zł netto, a zatem za pełen etat - 2 520 zł netto miesięcznie. Zatrudniając 42 osoby na okres 92 miesięcy, koszt wynagrodzeń kontrolerów wyniesie przynajmniej 18,5 mln zł netto. Koszty te nie mogą być niższe, gdyż muszą

uwzględniać taką liczbę kontrolerów, która pozwoli na zastępstwo w razie chorób, zwolnień i urlopów, a także ustawowe przerwy w ciągu dnia pracy.

Kontrolerów należy wyposażyć w sprzęt do kontroli (drukarki, telefon, zapasowe baterie do drukarki i telefonu, futerały, karta sim, w tym zapasowe telefony i drukarki, gdyż w okresie 92 miesięcy wykonania umowy należy przyjąć założenie, że część urządzeń ulegnie zniszczeniu lub też uszkodzeniu) oraz papier do urządzeń kontrolerskich, który to koszt należy szacować na około 300 tys. zł netto. Natomiast istotnym elementem kosztotwórczym, który będzie ponoszony przez każdego wykonawcę w takiej samej wysokości, jest koszt wysyłki raportów z przeprowadzonej kontroli poprzez uprawnionego operatora pocztowego czyli Pocztę Polską. Koszt ten należy przyjąć na poziomie około 4,7 mln zł netto, gdyż zależny jest od stałej opłaty cennikowej Poczty Polskiej za przesyłkę w wysokości 6,50 zł (około 8 000 zawiadomień miesięcznie, co wynika z odpowiedzi nr 62, w której Zamawiający wskazał liczbę 80 710 opłat dodatkowych w okresie od stycznia do listopada 2021 roku).

Podsumowując minimalny koszt kontroli należało przyjąć na poziomie około 23 500 000 zł netto, co po doliczeniu podatku VAT wynosi prawie 29 mln zł.

Drugą częścią kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia są koszty związane z dostawą parkomatów oraz ich obsługą i serwisem. Koszt parkomatów w ramach przedmiotowego zamówienia to przynajmniej około 20,5 mln netto, a zatem 25 215 000 zł brutto. Łącznie z kosztami kontroli, koszty wykonania zamówienia to już 55 mln brutto. Tymczasem nie są to wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, jakie należało uwzględnić w wycenie oferty. Koszty IT, tj. koszty wdrożenia, a następnie utrzymania przez okres 92 miesięcy Centrum Przetwarzania Danych wraz z aplikacją kontroli oraz e-sklep (łącznie około 3 mln zł netto), koszty pracowników biura SPP (minimum 2 osoby - nawet przy minimalnym wynagrodzeniu będzie o koszt powyżej 800 tys. zł netto), koszty Wdrożenia karty Łodzianina, wdrożeń związanych ze zmianami prawa lokalnego, wprowadzeniem śródmiejskiej strefy parkowania, etc. (około 1,5 mln zł netto), a także szereg innych kosztów jakich jak koszty wynagrodzenia kierownika projektu, serwisu parkomatów (przynajmniej 3-4 osoby), siedziby punktu informacyjnego dla kierowców, opłat za media punkt informacyjny/biuro, opracowania projektu montażu parkomatów (plany, rysunki, etc wszystkie pozwolenia), Nadzór archeologa, pozwolenie Konserwatora, Plastyka Miasta, zmiany lokalizacji parkomatów w trakcie kontraktu, instrukcje obsługi parkomatu plus dodatkowe instrukcje, folder informacyjny, zmiany oprogramowania śspp, koszty konta z subkontami, koszty wadium, koszty pojazdów, koszty gwarancji bankowej, ubezpieczenie parkomatów, naprawy urządzeń kontrolerskich, ubiory dla pracowników, woda dla pracowników, etc. Chociażby tylko koszty wydawania posiłków regeneracyjnych dla 42 pracowników w okresie 92 miesięcy, nawet przy założeniu minimalnej ceny posiłku (7 zł za zupę z tzw. wkładką), to 235 000 zł netto.

Wysokość oszacowanych kosztów powinna zostać powiększona dodatkowo o koszty pośrednie wykonawcy, a także o zysk. W sytuacji, gdy powyżej wykazano, że ceny INDIGO i Mera-serwis nie pozwalają na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, to z pewnością nie zostały w cenach ujęte pozycje dotyczące zysku.

Poza kosztami, cena powinna uwzględniać także ryzyka związane z realizacją zamówienia, w tym ryzyka związane ze wzrostem cen usług/dostaw niezbędnych do realizacji zamówienia, w zakresie w jakim nie będą mogły zostać pokryte poprzez waloryzację dopuszczoną umową w sprawie zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na klauzule waloryzacyjne przewidziane przez Zamawiającego w projekcie umowy. Zgodnie z pkt. 4.6. umowy, Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jednakże:

a. waloryzacja będzie dokonywana w oparciu o opublikowany przez Prezesa GUS średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za poprzedni rok kalendarzowy;

b. zmiana wysokości wynagrodzenia nastąpi wyłącznie w sytuacji, w której procent wzrostu cen, o którym mowa powyżej, będzie równy lub przekroczy 7 % za poprzedni rok kalendarzowy;

c. łączny wzrost wysokości wynagrodzenia w okresie obowiązywania umowy nie przekroczy łącznie 10% w stosunku do pierwotnej wysokości wynagrodzenia.

Mając zatem na względzie przyjętą przez Zamawiającego klauzulę waloryzacyjną, w cenę oferty należy wkalkulować dodatkowy koszt zabezpieczający wzrost kosztów w związku ze wzrostem rocznym inflacji i ogólnie kosztów. Przede wszystkim bowiem wskaźnik inflacji nie oddaje zmian cen na runku dostawców i usług związanych z obsługą

SPP (wzrost inflacji w 2021 r. opublikowany w styczniu 2022 wyniósł 5,1%, natomiast wzrost cen nastąpił od 10 do 15% w przypadku dostawców parkomatów, papieru, części do parkomatów). Ponadto Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości wynagrodzenia tylko i wyłącznie, jeżeli wskaźnik inflacji będzie większy niż 7%. Dodatkowo możliwość zmiany wynagrodzenia ograniczona jest w skali całego kontraktu do 10% pierwotnej ceny, co wobec wykonywania umowy przez
92 miesiące, jest bardzo niewielką waloryzacją, która w żaden sposób nie zniweluje rzeczywistych wzrostów cen. Obserwując tendencje rynku można z całą pewnością przyjąć, iż wzrost kosztów w okresie 92 miesięcy znacząco przekroczy 10%.\

W przedmiotowym stanie faktycznym, w przypadku oferty INDIGO, zaistniało ustawowe domniemanie rażąco niskiej ceny, bowiem cena brutto oferty INDIGO jest niższa o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, zaś Zamawiający wezwał INDIGO do złożenia wyjaśnień. W takiej sytuacji jedynie złożenie wyjaśnień obalających domniemanie zaoferowania przedmiotu zamówienia po cenie rażąco niskiej mogło uchronić tego wykonawcę przed odrzuceniem oferty. Wykonawca, wezwany do wyjaśnień zaoferowanej ceny, musi wykazać, że w odniesieniu do przedmiotu zamówienia dokonana przez niego wycena zamówienia obejmuje wszystkie jego elementy i odpowiada rynkowej wartości zamówienia

z uwzględnieniem warunków dostępnych danemu wykonawcy.

Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się i zweryfikowania rzetelności wyjaśnień udzielonych przez INDIGO. Jednakże wobec faktu, iż zaoferowana przez INDIGO cena nie może być ceną realną, nie pokrywa bowiem kosztów, które musiały zostać przyjęte, a nie ma możliwości obniżenia tych kosztów w tak istotny sposób, Odwołujący zakłada, iż Zamawiający dokonał oceny udzielonych wyjaśnień z naruszeniem przywołanych przepisów Pzp. Jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, INDIGO dowód na potwierdzenie wyjaśnień złożyło w postaci Załącznika nr 2A - Dowody wyników postępowań

w zakresie obsługi Strefy Płatnego Parkowania w wybranych miastach w Polsce_PDP. Jest to jedyny element wyjaśnień jaki został udostępniony Odwołującemu.

Z uwagi na brak możliwości zapoznania się z treścią samych wyjaśnień, nie jest wiadome w jakim celu zostało złożone to zestawienie, jednakże zawiera ono informacje dotyczące zupełnie innych postępowań niż przedmiotowe, w szczególności obejmujących zupełnie inne wymagania przedmiotowe zamawiających, udzielane w innych okolicznościach, a przede wszystkim w innej perspektywie czasowej. Od 2016 roku doszło do istotnych zmian gospodarczych wobec, których powoływanie się na ceny sprzed 6 lat jest zupełnie niemiarodajne. Zmiany te można zauważyć porównując zestawienie cenowe w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego, np. przez Miasto Piotrków Trybunalski - przetarg z 2016 r. ujęty w wykazie złożonym przez INDIGO oraz analogiczny przetarg z 2020 r. (w którym INDIGO także złożyło ofertę, a z niezrozumiałych przyczyn nie ujęło tego postępowania w swoim zestawieniu).

Natomiast, co do zasady, współczynniki prowizji w postępowaniach przetargowych przywołanych przez INDIGO, dotyczą całkowicie innych zakresów zamówienia w porównaniu do zakresu przedmiotowego postępowania - nie zawierają wielu dodatkowych istotnych wymogów cenotwórczych, które wymagane są obecnie, np.:

- rozbudowane centrum przetwarzania danych - większe koszty ze strony dostawcy parkomatów, bardziej rozbudowana infrastruktura informatyczna;

- wyposażenie parkomatów w czytniki kart płatniczych obsługujących karty stykowe (brak takiego wymogu w przetargu w Świnoujściu i Piotrkowa Trybunalskiego);

- konieczność utworzenia rachunków bankowych do wpłaty opłat dodatkowych, w tym subkont - subkonta są generowane na okres roku dla każdego zawiadomienia o konieczności wniesienia opłaty dodatkowej;

- w przetargu w Grudziądzu brak konieczności utworzenia Biura SPP i zatrudnienia personelu do obsługi biura;

- w przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy zaoferowali 4-krotną kontrolę. W przypadku konieczności wykonania 4-krotnej kontroli SPP z uwzględnieniem równych odstępów czasowych konieczne jest zwiększenie ilości kontrolerów pracujących w SPP. Takiej konieczności nie ma jeżeli kontroler ma wykonywać jedynie bieżącą kontrolę bez dodatkowych wymogów. W postępowaniach przetargowych

na które powołuje się INDIGO, zamawiający wymagają bieżącej kontroli SPP, co do zasady nie precyzując szczegółowych wymagań w tym zakresie (jedynie w przypadku przetargu w Grudziądzu zamawiający wymaga, aby w ramach bieżącej kontroli uiszczania opłat za postój, kontroler powinien skontrolować każdą ulicę, która znajduje się w jego rewirze przynajmniej raz na godzinę). Powyższe przekłada się na wzrost ilości osób, które muszą zostać zatrudnione do realizacji zamówienia;

- żadne z powołanych przez INDIGO postępowań przetargowych nie wskazuje na konieczność wysyłki do właścicieli pojazdów raportów z przeprowadzonej kontroli. Tymczasem jest to istotny czynnik cenotwórczy;

- godziny funkcjonowania SPP - -SPP w Łodzi obowiązuje od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 18.00 - 10 godzin tj. o godzinę lub dwie godziny dłużej niż w Świnoujściu i Grudziądzu (po 9 godz.), w Słupsku (8 godz.), co również ostatecznie ma przełożenie na cenę oferty. W tym miejscu należy zaznaczyć, że na uwzględnienie zasługuje również fakt, że kontrolerzy muszą pojawić się w Biurze Strefy Płatnego Parkowania lub innym wyznaczonym miejscu z odpowiednim wyprzedzeniem, celem pobrania sprzętu do kontroli aby następnie przemieścić się do swojego rejonu. Z punktu widzenia realizacji kontroli istotnym pozostaje również rozpiętość obszaru, na którym utworzona została Strefa Płatnego Parkowania;

- prace informatyczne - utworzenie strony internetowej z e-sklepem - żaden z powołanych przetargów nie zawiera wymogu utworzenia strony internetowej z e-sklepem. Wiąże się to z koniecznością ponoszenia kosztów utworzenia i utrzymania strony internetowej, ponoszenia kosztów prowizji za płatności online,

utworzenie regulaminu sklepu internetowego, stworzenia oprogramowania e-sklep

dostosowanego do wymogów zamawiającego. Dodatkowe koszty związane będą z pracą programistów w przypadku wprowadzenia płatności za pomocą karty Łodzianina;

- akcja informacyjna - w Łodzi wymagane jest przeprowadzenie na miesiąc przed uruchomieniem SPP akcji informacyjnej polegającej na kolportażu 50 000 broszur informacyjnych. Wiąże się to z wykonaniem projektu broszur, ich wydrukiem oraz zatrudnieniem pracowników;

- tablice informacyjne - w Łodzi wymagany jest montaż tablic informacyjnych (przy każdym parkomacie), analogiczny wymóg jedynie w przetargu w Słupsku i Piotrkowie

Trybunalskim.

Reasumując, zakres zamówienia w Łodzi jest większy niż zakres zamówień powołanych przez INDIGO w związku z czym powoływanie się na wysokości współczynników prowizji

w tych postępowaniach nie jest miarodajne i nie uzasadnia wysokości prowizji zaoferowanej przez INDIGO w postępowaniu przetargowym w Łodzi.

W związku z tym, że ceny zaproponowane przez INDIGO i Mera-Serwis w sposób znaczący odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia, a także nie pokrywają kosztów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia i realiów rynkowych należy uznać, iż złożone przez tych wykonawców oferty zawierają rażąco niskie ceny. Ceny te są zarówno nierealne, jak i uniemożliwiają prawidłowe wykonanie zamówienia oraz godzą w podstawowe zasady uczciwej konkurencji. Stąd też oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp Pzp.

Zarzut zaniechania wezwania Mera-Serwis do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Z uwagi na fakt, iż - jak wskazano powyżej - zaproponowana przez Mera-Serwis cena znacząco odbiega od cen i realiów rynkowych, Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do charakteru oferowanej ceny. Na rażąco niską cenę wskazuje także proporcja ceny oferty Mera-serwis w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia - jest ona niższa od wartości zamówienia o 29%, a zatem - wobec ustawowego domniemania, które powstaje przy różnicy na poziomie 30% - odstępstwo cenowe jest na poziomie praktycznie odpowiadającym ustawowemu domniemaniu rażąco niskiej ceny. Należy

dodatkowo zauważyć,
że Zamawiający musiał mieć świadomość wzrostu cen na rynku, gdyż pomimo oszacowania

wartości zamówienia na poziomie 68 842 927 zł netto, tj. po dodaniu podatku VAT - 84 676 800 zł brutto, na sfinansowanie zamówienia przeznaczył znacznie wyższą kwotę,

tj. 93 250 000,00 PLN brutto. W stosunku do tej kwoty cena Mera-Serwis jest niższa aż o

35%. Z tego też niezrozumiałe są przyczyny zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Z uwagi na fakt, iż oferta INDIGO podlega odrzuceniu, ponowna ocena oferty Mera-serwis, w tym zbadanie rażąco niskiej ceny jest niezbędne.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Mera-Serwis z powodu błędu w obliczeniu ceny, stanowiącego jednocześnie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia

Zasady obliczenia ceny oferty zostały określone w pkt 17 SWZ, a także we wzorze Formularza cenowego stanowiącym Załącznik nr 2a SWZ. Kluczowym elementem oferowanej ceny miała być prowizja oferowana przez wykonawców. Ma ona służyć do obliczania miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy, a w konsekwencji - za wykonanie zamówienia. Zgodnie z § 15 ust. 6 lit. a projektu umowy (Załącznik nr 6 do SWZ), podstawą ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy i wystawienia faktur za każdy okres rozliczeniowy, ma być kwota stanowiąca

w zamówieniu podstawowym wskazany w ofercie jako „prowizja" % wartości wpływów, określonych na podstawie raportu miesięcznego, uzyskanych przez Zamawiającego z tytułu opłat parkingowych pobranych za pośrednictwem parkomatów i pozostałych urządzeń służących do pobierania opłat. Dlatego też wartość prowizji jest jedynym, a zarazem kluczowym, elementem oferty w zakresie oferowanej ceny. Wartość prowizji ma bezpośrednie przełożenie na wysokość ceny oferty. „Miesięczna wartość wpływów z opłat parkingowych" wskazana w Formularzu cenowym, to zgodnie z opisem zawartym w tym Formularzu, wartość przyjęta przez Zamawiającego jedynie do określenia ceny oferty (w celu zapewnienia porównywalności ofert). Skoro zatem, ceną oferty jest wartość uzyskiwana jako iloczyn oferowanej prowizji, przyjętej przez Zamawiającego jako constans Miesięcznej wartości wpływów z opłat parkingowych oraz liczby miesięcy świadczenia usługi, to elementem istotnym oferty jest prowizja. Jej wartość ma decydujący wpływ na ostateczną wartość ceny (wynagrodzenia).

Zgodnie z pkt 17.13 SWZ, wartości wskazane w Formularzu ofertowym muszą być wyrażone w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Kwoty należy zaokrąglić do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 i wyższe zaokrągla się do 1 grosza (ostatnią pozostawioną cyfrę powiększa się o jednostkę). Podobna instrukcja znajduje się w samym Formularzu cenowym. Wysokość prowizji należało podać
w kolumnie nr 3 tabeli dla zamówienia podstawowego znajdującej się w Formularzu cenowym. Zgodnie z opisem tej kolumny wartość prowizji należało podać jako ułamek dziesiętny.

Opis został uzupełniony przez dwa przypisy:

„* wartość liczona i podana do dwóch miejsc po przecinku

*** w kolumnie 3 tabeli należy podać wysokość prowizji w postaci ułamka dziesiętnego, który uzyskany zostanie przez podzielenie wysokości prowizji przez 100"

Nie ulega zatem wątpliwości, że prowizja miała zostać podana jako ułamek dziesiętny do dwóch miejsc po przecinku. Tymczasem wykonawca Mera-Serwis określiła prowizję jako 0,559 - a zatem, co prawda, jest to ułamek dziesiętny, ale podany do trzech miejsc po przecinku.

W konsekwencji zastosowania ułamka podanego co do trzech miejsc po przecinku, a zatem niezgodnie z warunkami zamówienia, cena oferty została obliczona niezgodnie z ww. warunkami zamówienia (a zatem treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia), a jednocześnie zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu

prowizji

w nieprawidłowej wysokości.

Powyższy błąd nie może zostać uznany ani za omyłkę pisarską ani za rachunkową. Zamawiający w pkt 17.3 SWZ przewidział mechanizm naprawczy w przypadku błędnego przeliczenia prowizji i ceny, jednakże tylko w ten sposób, iż „za prawidłową wysokość prowizji wskazaną w kolumnie 3 i zgodnie z podaną tam liczbą dokona poprawy w obliczeniu ceny ofertowej". Z tego też względu nie ma możliwości poprawienia prowizji, a w konsekwencji ceny oferty. Wiązałoby się to z koniecznością samodzielnego przyjęcia przez Zamawiającego wartości prowizji, co stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w treść oferty.

W tym miejscu, antycypując ewentualną argumentację wykonawcy Mera-Serwis, należy zauważyć, że powyższy błąd nie może zostać także naprawiony w drodze zastosowania mechanizmu z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż nie stanowi on „innej omyłki polegającej

na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia", a której naprawianie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Po pierwsze zmiana prowizji na ułamek podany do dwóch miejsc po przecinku wymagałby zwiększenia lub zmniejszenia prowizji, co stanowiłoby ingerencję w essentialia negotii, a zatem już samo w sobie stanowiłoby istotną zmianę treści oferty. Po drugie zmiana prowizji nawet tylko o 0,001 spowoduje bardzo istotną zmianę ceny oferty, gdyż powoduje wzrost o ponad 100 000 zł.

Należy ponadto podkreślić, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, że zastosowanie

ww. mechanizmu naprawczego ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca

popełnił omyłkę, a zatem literalna treść danego elementu oferty odbiegała od intencji wykonawcy towarzyszącej składaniu oferty. Intencją Ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem rożnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zatem zamiar Ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają rożnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty (tak np. w wyroku KIO z 18.04.2019 r., sygn. akt KIO 605/19). W ofercie Mera-Serwis w żaden sposób nie można przyjąć, iż zastosowanie prowizji podanej w ułamku do trzech miejsc
po przecinku jest wynikiem omyłki czy też jakiegokolwiek nieintencjonalnego działania. Formularz cenowy został opracowany przez Zamawiającego i udostępniony w formacie arkusza kalkulacyjnego Excel, a na kolumnę nr 3 nie została nałożona żadna formuła. Wartość prowizji wprowadzana była zatem ręcznie - nie była automatycznie wyliczana przez program komputerowy. O zamierzonym działaniu Wykonawcy świadczy dodatkowo fakt, iż prowizja dla zamówienia opcjonalnego została podana prawidłowo - do dwóch miejsc po przecinku.

Podsumowując, oferta Mera-Serwis zawiera błąd w obliczeniu ceny stanowiący niezgodność z warunkami zamówienia, których nie da się usunąć stosując ustawowe mechanizmy naprawcze. Z tego też względu oferta Mera-Serwis powinna zostać odrzucona

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp.

Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień INDIGO w zakresie rażąco niskiej ceny

Odwołujący w dniu 5 kwietni 2022 r., wobec braku udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielonych przez INDIGO, zwrócił się o odtajnienie tych wyjaśnień i ich udostępnienie. Mając na uwadze treść oświadczenia INDIGO dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca ten, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, nie wykazał przesłanek pozwalających na wyłączenie jawności udzielanych wyjaśnień i objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, a de facto, całych dokumentów. Zamawiający poinformował jednak Odwołującego pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r., iż wyjaśnienia te nie zostaną odtajnione. Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do argumentacji Odwołującego, a jedynie wskazał, że „dokonał weryfikacji złożonych dokumentów i uznał je za prawidłowo zastrzeżone".

Odwołujący podtrzymuje jednak swoje stanowisko, iż INDIGO nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem jako takie powinny

być jawne i udostępniane wykonawcom. Poprzez zaniechanie udostępnienia tych dokumentów, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp.

Tak jak Odwołujący wskazał w piśmie z 5 kwietnia 2022 r., uzasadnienie przedstawione przez INDIGO jest lakoniczne i nie wskazuje żadnych konkretnych okoliczności, mogących stanowić podstawę utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Argumenty tam wskazane mają charakter bardzo ogólny i mogłyby zostać wykorzystane w dowolnym postępowaniu

o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie: Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zachwiania pozycji Przystępującego na ww. rynku. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Niemniej przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja cenowa zawiera informacje o cenach, jakie Przystępujący chce zaoferować w tym jednym, konkretnym postępowaniu, wskazuje na jego strategię cenową, ale przyjętą na potrzeby tego konkretnego postępowania, uwzględniając jego specyfikę i charakter. Niewątpliwie strategia ta nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana. Przystępujący nie przedstawił żadnych argumentów, dlaczego właśnie te konkretne informacje przedstawione w wyjaśnieniach, miałyby stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą. Podobnie w niniejszej sprawie INDIGO w ogóle nie wykazało konkretnych argumentów i okoliczności wskazujących na konieczność zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykazując, że zastrzeżone informacje korzystają z przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa INDIGO wskazało bowiem w zasadzie dwie okoliczności:

a. Informacje zawarte w wyjaśnieniach, nie zostały nigdy wcześniej zestawione w taki sposób, zatem stanowią zbiór danych, który może stanowić tajemnicę

przedsiębiorstwa;

b. Kalkulacja ceny oferty jest informacją o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym przedsiębiorstwa, gdyż zawiera pełną kalkulację wszystkich cen z uwzględnieniem kosztów wykonywania usług, wielkość uzyskanych rabatów oraz wysokość zysku.

Zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny INDIGO oparło zatem jedynie na własnych subiektywnych ocenach. Każde bowiem wskazanie sposobu obliczenia ceny stanowi przedstawienie zbioru określonych danych. Jednak
nie każde takie zestawienie może korzystać z ochrony przed ujawnieniem jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego względu błędna jest ocena Zamawiającego, jakoby INDIGO wykazało zasadność zastrzeżenia. Warto również wskazać, że INDIGO oparło swoje stanowisko

o wyroki KIO sprzed kilku lat, nie biorąc pod uwagę, że w ostatnich latach linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej zdecydowanie zmierza do konieczności precyzyjnego wskazania powodów zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czego w niniejszym stanie faktycznym INDIGO nie uczyniło.

Jednocześnie przypomnieć należy, że z ochrony, o której mowa w art. 18 ust. 3 Pzp korzysta informacja a nie cały dokument. W przedmiotowej sprawie INDIGO objęło tajemnicą przedsiębiorstwa całe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a Zamawiający w sposób niezasadny, bez weryfikacji poszczególnych informacji, postanowił o nieudostępnieniu wyjaśnień pozostałym wykonawcom.

Co do oświadczenia INDIGO na temat nieudostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz podjęcia środków celem ich zabezpieczenia, to ono również jest lakoniczne i nie spełnia wymogów stawianych przez UZNK. INDIGO nie wskazało na podjęcie żadnych konkretnych czynności, poza jedynie deklaracją, że zatwierdził i przyjął do stosowania Politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa INDIGO oraz Oświadczenie pracownika do zachowania tajemnicy służbowej i poufności. Dokumenty z zupełnie niezrozumiałych przyczyn również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, więc brak jest możliwości ustalenia jakiego rodzaju procedury z nich wynikają i czy faktycznie mają zastosowanie do ochrony informacji zastrzeganych obecnie. INDIGO wskazało także ogólnikowo - nie przedstawiając żadnych dowodów na poparcie tych twierdzeń - że w bieżącej działalność stosuje środki organizacyjne, w tym w szczególności: zawieranie umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, stosowanie w praktyce zasady udostępniania informacji tylko tym osobom, którym jest ona potrzebna, w celu właściwego wykonania obowiązków służbowych, przechowywanie dokumentacji w odpowiednio zabezpieczonych

szafach itp. Są to jednak sformułowania ogólne i niekonkretne. Nie można bowiem na ich podstawie ustalić jakie faktycznie środki zostały podjęte w celu zabezpieczenia informacji, nie jest wiadome, czy środki te mają zastosowanie do ofert przygotowywanych w postępowaniach przetargowych. Zatem w tym zakresie nie można stwierdzić, aby INDIGO faktycznie podjęło działania w celu zabezpieczenia informacji przed ujawnieniem.

W żaden sposób nie jest możliwe ustalenie, czy faktycznie dowody złożone na poparcie twierdzeń INDIGO, w tym umowy z kontrahentami, cenniki itp. zostały objęte działaniami mającymi na celu ochronę ich poufności nie tylko na potrzeby udziału w niniejszym Postępowaniu, ale ogólnie przed dostępem jakichkolwiek innych osób, w tym czy zawierają oznaczenie jako „tajemnica przedsiębiorstwa". Tylko takie oznaczenie odpowiednią klauzulą może odpowiednio chronić przed dostępem osób nieuprawnionych. Nawet jeśli teoretycznie w spółce wdrożone byłyby określone procedury, to bez odpowiedniego oznaczenia chronionych dokumentów, trudno byłoby mówić o rzeczywistym podjęciu działań mających na celu ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym miejscu należy zauważyć, iż w Oświadczeniu dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa, INDIGO zastrzegło jako tajemnicę „Załącznik 2 (Tajemnica przedsiębiorstwa) - Spis dowodów do kalkulacji kosztowej w formie załączników". W oświadczeni tym nie ma informacji, aby także same dowody wymienione w tym spisie miały stanowić informacje chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym Zamawiający bezpodstawnie odmówił ich udostępnienia, skoro zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa INDIGO nie dotyczyło tych dokumentów.

Z uwagi na powyższe odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny INDIGO jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Całokształt wskazanych wyżej w uzasadnieniu okoliczności wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W stosunku do wykonawców INDIGO i Mera-Serwis Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny ofert, a jednocześnie odmówił udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny uniemożliwiając ocenę rzetelności kalkulacji ceny INDIGO. Pominięcie przez Zamawiającego tych istotnych okoliczności, na które wskazuje w odwołaniu Odwołujący, prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w Postępowaniu, zamówienie bowiem otrzymuje wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona. Takie działanie wprost narusza również dyspozycję art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z ostrożności, Odwołujący wskazuje, iż z uwagi na odmowe dostępu do wyjaśnień INDIGO dotyczących rażąco niskiej ceny, w swoim stanowisku dotyczącym zarówno zarzutu rażąco niskiej ceny oferty INDIGO, jak i zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez INDIGO jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie był w stanie odnieść się do kwestii w zawartych tych dokumentach i wykazać, że konkretne elementy treści tych dokumentów lub załączników do nich nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i - odpowiednio - świadczą o nierzetelności wyceny oferty i nierealności zaoferowanej ceny. Z tego też powodu zarzuty w odwołaniu mogły zostać sformułowane jedynie ogólnie, odnosić się w głównej mierze kwestii prawnych oraz opierać na domysłach. Jak podkreśliła KIO m.in. w wyroku

z dnia 23 lutego 2022 r. (sygn. akt, KIO 290/22, KIO 291/22), nie można na niekorzyść

Odwołujących rozstrzygać pewnego, naturalnego w tych okolicznościach, braku w zarzutach odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych związanych z tą treścią, które musiałyby się w nich znaleźć, gdyby treść dokumentu wraz z załącznikami była Odwołującym znana.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi jak w petitum.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2022 roku zgłosili przystąpienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - konsorcjum w składzie (1) INDIGO POLSKA S.A. z siedzibą w Gdańsku, (2) INDIGO INFRA BELGIUM z siedzibą w Gent (Belgia), (3) INDIGO PARK BELGIUM z siedzibą w Gent (Belgia), zwane

dalej „Przystępującym Indigo” oraz wykonawca Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą

w Grodzisku Mazowieckim zwany dalej „Przystępującym Mera”, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2022 roku udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenia odwołania w całości.

W dniu 26 kwietnia 2022 roku Przystępujący Indigo złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając swoje stanowisko wobec zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego Indigo, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego Indigo, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie i pisemnie na rozprawie do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności

do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu wskazanego przez Odwołującego na rozprawie jako kluczowy dla sprawy, tj. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Przystępującego Indigo dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo braku wykazania przesłanek uprawniających do objęcia informacji tam wskazanych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba podkreśla, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożony został obowiązek wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UZNK) czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W analizowanym stanie faktycznym, przedmiotem oceny Izby było ustalenie, czy Przystępujący Indigo w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa skutecznie zastrzegł, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie mogą być udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu Przystępujący Indigo zobowiązany był wykazać łączne spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. winien wykazać, że:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Wskazać należy, iż w doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie UZNK podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5).
Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 UZNK.

Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. (por. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 o sygn. akt KIO 500/21).

Ponadto, dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie

konkretnych informacji, konieczne jest również wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ich ujawnieniem. Dopóki bowiem

wykonawca,

nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działanie takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przechodząc do stanu faktycznego analizowanego w rozpoznawanej sprawie, Izba podzieliła argumentację przywołaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i wyrażoną również w przywołanym tam wyroku KIO dnia 28 lutego 2020 roku KIO 322/20, że informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach mogą stanowić tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeżeli dotyczy m.in. wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Zgodnie z Wyrokiem Wojewódzkiego Sądu

Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 stycznia 2021 roku w sprawie o sygnaturze VI SA/Wa 1347/20 przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności. Wymóg podjęcia działań w celu zachowania poufności należy interpretować, uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp.

O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań można zatem mówić, gdy przedsiębiorca faktycznie skutecznie kontroluje dostęp do danej informacji, podejmując stosowne rozwiązania organizacyjne i techniczne, w celu utrzymania informacji w tajemnicy.

Izba, analizując stanowisko Zamawiającego w zakresie oceny zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w kontekście wykazania przez Przystępującego Indigo, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uznała je za zasadne. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierają opis przygotowania kalkulacji elementów ceny oferty wraz ze sposobem realizacji zamówienia z podziałem na etapy oraz zawierają opis głównych aspektów realizacji przedsięwzięcia, wynikającego z przyjętego modelu biznesowego, przewag konkurencyjnych Przystępującego Indigo, w tym umowy o współpracy z partnerem biznesowym, mającej wpływ na koszt realizacji zamówienia, a także wskazują sposób funkcjonowania Konsorcjum

w zakresie organizacji pracy, logistyki, (na które Przystępujący Indigo wskazał w uzasadnianiu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje zawierają dane dotyczące dostawców, oferowane przez nich ceny, potwierdzone dowodami w postaci ofert dostawców. Przystępujący Indigo w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że oferowany sposób realizacji zamówienia stanowi jego unikalne opracowanie, zawierające informacje, które podane w określonym zestawieniu stanowią wartość gospodarczą, o istotnej wartości, pozwalającą na osiągnięcie przewagi konkurencyjnej na rynku.

Kalkulacja ceny oparta została o know-how wykonawcy, który stanowi unikalny model, zawierający pełną kalkulacje wszystkich cen z uwzględnieniem kosztów wykonania usług, wielkość uzyskanych rabatów oraz wysokość zysku. Jak wskazał Przystępujący dokument ten stanowi informację o charakterze technicznym, technologicznym oraz organizacyjnym przedsiębiorstwa.

Izba podziela pogląd, wyrażony w przywołanym przez Przystępującego orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej KIO 149/16, zgodnie z którym „źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego

konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego

i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić".

Za zasadne Izba uznała również wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że informacje na temat podmiotów z którymi Przystępujący współpracuje, sposób realizacji usług i dostaw, informacje o posiadanych upustach, rabatach, promocjach, stanowią wartość gospodarczą dla wykonawcy. To właśnie na ich podstawie opracowywana jest oferta, pozwalająca wykonawcy na osiągnięcie konkurencyjnej pozycji na rynku, co ma niewątpliwie przełożenie na wartość finansową, do której nawiązywał Odwołujący, jako wartości gospodarczej. Ponadto wartością gospodarczą jest również zebranie w jednym miejscu wszystkich dowodów, potwierdzających kalkulację ceny, które stanowią odzwierciedlenie modelu biznesowego przyjętego u wykonawcy i sposobu jego organizacji pracy, ponieważ na podstawie tak funkcjonującej organizacji, budowana jest przewaga konkurencyjna w stosunku do innych podmiotów, świadczących usługi w branży parkingowej.

Przystępujący wykazał także podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania utajnionych informacji w poufności, wskazał na obowiązujące w jego przedsiębiorstwie zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i załączył na tę okoliczność dowody. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący Indigo wskazał na podjęte czynności faktyczne i prawne w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, załączając w tym zakresie stosowne dowody

w postaci dokumentu: Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Indigo (Załącznik I) oraz Oświadczenie pracownika do zachowania tajemnicy służbowej i poufności (Załącznik II) - jak wyjaśnił na rozprawie był to wzór oświadczenia pracownika.

Przystępujący wskazał na stosowane środki organizacyjne podejmowane w celu zapewnienia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa stosowane w jego bieżącej działalności, polegające na zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, udostępnianie informacji wyłącznie osobom, którym są one potrzebne do realizacji obowiązków służbowych, przechowywaniu dokumentacji w zabezpieczonych szafach, wprowadzeniu indywidualnych haseł dostępu do komputerów, systemu informatycznego oraz do baz danych. Przystępujący wskazał również na podjęte środki techniczne, polegające na wieloskładnikowych metodach uwierzytelnienia użytkowników w systemach i zasobach informatycznych, procedury kryptograficzne (np. szyfrowanie dysków wewnętrznych, korzystanie z narzędzi kryptograficznych w przypadku przechowywania danych na dyskach zewnętrznych, szyfrowanie dokumentów przesyłanych osobom trzecim), objęcie systemów przetwarzających informacje narzędziami monitorowania bezpieczeństwa informacji i zarządzania incydentami bezpieczeństwa.

Powyższe, w ocenie Izby potwierdza, że Przystępujący Indigo podjął działania w celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Ponadto, jak trafnie podsumował na rozprawie Przystępujący Indigo, najlepszym dowodem na to, że powyższe informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz są utrzymywane w poufności, jest okoliczność, że sam Odwołujący, jako podmiot zajmujący się tego rodzaju informacjami, będący szczególnie zainteresowany ich posiadaniem, nie miał do nich dostępu, nie mógł wejść w ich posiadanie.

Tym samym, w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Przystępujący Indigo wykazał, zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, było w pełni zasadne, co potwierdza niezasadność

zarzutu podnoszonego przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Indigo, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z

dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z kolei, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących

mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba podkreśla, że wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Przystępującego Indigo zostały skutecznie zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa", wobec powyższego Izba nie może przywoływać ich treści.

Jednakże, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny, a także sposób jej kalkulacji, przy uwzględnieniu zastosowanej przez Przystępującego Indigo metody potwierdzają, że zaoferowana cena na poziome wskazanym w ofercie jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący stawia zarzut wyłącznie w oparciu o zastosowaną przez siebie metodę realizacji zamówienia, zakładając iż jest ona punktem odniesienia do oceny oferty Przystępującego. Jak zostało przyznane na rozprawie, największe różnice w cenach między ofertą Odwołującego a Przystępującego Indigo dotyczą w szczególności ilości zaangażowanych do realizacji kontrolerów - co przekłada się na ilość sprzętu dla wyposażenia kontrolerów, kosztów wysyłanych raportów oraz kosztów dostawy parkomatów.

Złożone przez Odwołującego podczas rozprawy obliczenia ilości kontrolerów wymaganych do wykonania zamówienia, obrazują jedynie sposób i założenia jakie Odwołujący przyjął za właściwe. Nie dowodzą one jednak, że przedmiotowego zamówienia nie można zrealizować przyjmując inne założenia co do sposobu realizacji.

W ocenie Izby wartości dla powyższych pozycji w ofercie Przystępującego, są wynikiem zastosowanej metody optymalizacji sposobu realizacji zamówienia. Przystępujący zaprezentował podczas rozprawy wyniki przeprowadzonego przez siebie testu, wykonanego w terenie objętym przedmiotem zamówienia, który potwierdził możliwość realizacji zamówienia, przy założeniach przyjętych przez Przystępującego, co do ilości kontrolerów wymaganych do prawidłowego wykonania zamówienia. Oczywistym jest, że mniejsza ilość kontrolerów będzie miała przełożenie na mniejszą ilość sprzętu i urządzeń dla ich wyposażenia oraz na ogólną wartość wynagrodzeń, co z kolei ma wpływ na generowane oszczędności.

Za przekonujący Izba uznała również argument podniesiony podczas rozprawy, że Przystępujący Indigo jako wystarczającą ilość kontrolerów przyjął ilość, w oparciu o obecnie realizowaną dla tego zamówienia ilości kontrolerów (18 osób), oraz założenie Zamawiającego - co najmniej 10 osób przy 2- krotnym przejściu każdego odcinka.

Ponadto, nie potwierdził się argument Odwołującego - mający istotne przełożenie na cenę oferty, że wysyłka raportów z przeprowadzanej kontroli musi następować

za pośrednictwem Poczty Polskiej w formie przesyłek rejestrowanych. W treści odpowiedzi na pytanie nr 63 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający wyjaśnił, „że nie wymaga od Wykonawcy wysyłki raportów z przeprowadzenia kontroli z wykorzystaniem przesyłek rejestrowanych. Wszystkie wymogi Zamawiającego dotyczące wysyłki raportów z przeprowadzenia kontroli zastały określone w XI części OPZ". Z kolei zgodnie z treścią zawartą w części XI OPZ pkt 5, z każdej wysyłki musi zostać sporządzone zestawienie zbiorcze wszystkich wysłanych raportów, opatrzone przez upoważnionego pracownika operatora, o którym mowa w ust. 4 (wybranego przez Wykonawcę operatora pocztowego uprawnionego do wykonywania działalności pocztowej, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 23.11.2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U.2020,poz. 1041 ze zm.) pieczątką firmową i podpisem świadczącymi o przyjęciu wysyłki do realizacji. Zestawienie takie musi zostać również sporządzone w wersji elektronicznej w formacie „xcls.

Powyższe, nie potwierdza, żeby raporty z kontroli należało przesyłać za pośrednictwem Poczty Polskiej w formie przesyłek rejestrowanych, a jak sam Odwołujący wskazał w odwołaniu, wartość takich przesyłek stanowi istotny element kosztotwórczy. Skorzystanie zatem przez Przystępującego Indigo z przesyłek nierejestrowanych, przekłada się na kolejny element, mający wpływ na generowanie oszczędności i możliwości zaoferowanie ceny niższej niż cena Odwołującego.

Wyjaśnienia zawierają również odniesienie do oferowanych parkomatów oraz ich cen, w wysokości, świadczącej o możliwości zaoferowania przez Przystępującego Indigo konkurencyjnej ceny wobec oferty Odwołującego.

W wyjaśnieniach, Przystępujący Indigo odniósł się do takich elementów jak:

- zarządzanie procesem produkcji,
- świadczenie usług lub metody budowy,
- wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związane z realizacją robót budowlanych wraz ze wskazaniem dostawców,
- oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,
- zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, wyjaśnienia w zakresie zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wyjaśnienia w zakresie zgodności z przepisami z zakresie ochrony środowiska,
- wypełnianie obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przystępujący Indigo przedstawił opis założeń kalkulacji oferty z rozbiciem na Etapy realizacji umowy. Przystępujący wyszczególnił w wyjaśnieniach koszty operacyjne między innymi takie jak wynagrodzenia oraz inne koszty osobowe, koszty biura, koszty utrzymania systemu parkingowego, pojazdy, koszty IT, wyszczególnił również nakłady inwestycyjne, jak również wskazał zysk.

Do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący załączył szczegółową kalkulację ceny oferty zawierającą rozbicie na poszczególne elementy (komponenty) składające się na wykonanie zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym załączona kalkulacja sporządzona jest z uwzględnieniem dużego stopnia szczegółowości.

Ponadto złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały przez Przystępującego poparte załączonymi do wyjaśnień dowodami (ponad 100 stron), zawierają między innymi: oferty dostawców w zakresie poszczególnych pozycji służących prawidłowemu wykonaniu umowy wraz ze specyfikacją sprzętu, dowody na koszty robocizny w postaci faktur, dowody

na koszty transportu w postaci faktur, oferty dotyczące prac projektowych, dostawy materiałów promocyjnych itp.

W ocenie Izby z przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień wraz ze szczegółową kalkulacją oraz dowodami wynika, że w kalkulacji ceny ofertowej zostały uwzględnione wszelkie koszty wpływające na wysokość ceny, również zysk Przystępującego.

Izba za prawidłowe i uzasadnione uznała stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Przystępujący Indigo zadośćuczynił obowiązkom wynikającym z art. 224 ustawy Pzp. Wykonawca zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca zawarł w wyjaśnieniach elementy o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp. Wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny są logiczne i spójne jak również są oparte na założenia Zamawiającego co do sposobu wykonania zamówienia wynikającymi z SWZ, w tym w szczególności z OPZ i projektu umowy. Wyjaśnienia te zostały poparte licznymi dowodami, co spowodowało obalenie domniemania rażąco niskiej ceny.

Reasumując, w ocenie Izby informacje przedstawione Zamawiającemu w ramach wyjaśnienia ceny, pozwoliły na wykazanie, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną realną, uzasadniły sposób jej obliczenia odpowiadający przyjętej metodzie realizacji, co czyni powyższy zarzut niezasadnym.

W konsekwencji, za niezasadny i niepotwierdzony należy uznać zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty Przystępującego Indigo, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

Stosownie to treści art. 239 ust. 1 i 2 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący w zarzutach nie podnosił, aby wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż określone w SWZ, co również potwierdza niezasadność zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego Mera-Serwis do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a następnie odrzucenia tej oferty, pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę, Izba uznała zarzut za niezasadny.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Z kolei, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że oferta Przystępującego Mera w stosunku do wartości

szacunkowej zamówienia jest niższa o 29%, a zatem - wobec ustawowego domniemania, które powstaje przy różnicy na poziomie 30% - odstępstwo cenowe jest na poziomie praktycznie odpowiadającym ustawowemu domniemaniu rażąco niskiej ceny. Ponadto, Zamawiający musiał mieć świadomość wzrostu cen na rynku, gdyż pomimo oszacowania wartości zamówienia na poziomie 68 842 927 zł netto, tj. po dodaniu podatku VAT - 84 676 800 zł brutto, na sfinansowanie zamówienia przeznaczył znacznie wyższą kwotę, tj. 93 250 000,00 PLN brutto. W stosunku do tej kwoty cena Przystępującego Mera jest niższa aż o 35%.

Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny, wskazując, że obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp, jeżeli cena całkowita oferty jest co najmniej o 30% niższa od wartości zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed

wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, a także w okolicznościach wskazanych

w art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W analizowanym stanie faktycznym, sam Odwołujący przyznał, że cena oferty jest Przystępującego Mera jest o 29% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, co jednoznacznie wskazuje, że nie został spełniony wymóg z art. 224 ust. 2 Pzp. W powyższych okolicznościach, Odwołujący winien wykazać, że cena oferty Przystępującego winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że cena oferty Przystępującego Mera winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, a odniesienie się do ilości środków przeznaczonych na realizację zamówienia nie może zostać uznane za podstawę do powzięcia wątpliwości Zamawiającego. Ustawodawca, jako właściwy punk odniesienia wskazał wartość szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną ofert, a nie ilość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Ponadto cena oferty Przystępującego Mera jest wyższa niż cena oferty Przystępującego Indigo, który wykazał realność zaoferowanej ceny. Wobec powyższego stanowisko Zamawiającego, który nie miał wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego Mera (wyższą niż cena zaoferowana przez Przystępującego Indigo) należy uznać za zasadne.

Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za zasadną Izba uznała argumentację Odwołującego dotyczącą niezgodności określenia prowizji, wskazanej w ofercie Przystępującego Mera z warunkami zamówienia. Zgodnie z opisem w formularzu ofertowym kolumny nr 3, wartość prowizji należało podać do dwóch miejsc po przecinku, w postaci ułamka dziesiętnego, który uzyskany zostanie przez podzielenie wysokości prowizji przez 100.

Przystępujący Mera, w kolumnie nr 3 formularza ofertowego wskazał wysokość prowizji jako wartość wynoszącą 0,559. Wartość ta została podana w postaci ułamka dziesiętnego, jednakże nie został spełniony drugi warunek, polegający na wskazaniu ułamka w odniesieniu da dwóch miejsc po przecinku. Przystępujący Mera wskazał wartość prowizji w postaci ułamka dziesiętnego z odniesieniem do trzech miejsc po przecinku, co jest niezgodne z warunkami zamówienia.

W powyższej sytuacji konieczna jest analiza, czy Zamawiający był uprawniony do skorzystania z art. 223 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przedmiotowa wartość prowizji nie stanowiła oczywistej omyłki pisarskiej, zatem Zamawiający nie mógł dokonać jej poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp. W ocenie Izby, sposób określenia prowizji, nie stanowił również oczywistej omyłki rachunkowej, bowiem treść oferty nie przedstawiała sposobu obliczenia wartości prowizji, tj. nie zawiera kalkulacji, na podstawie której wykonawca obliczył oferowaną przez siebie prowizję. W ofercie nie było zatem obliczeń, których poprawność Zamawiający mógłby zweryfikować, aby dokładnie umiejscowić omyłkę rachunkową i wskazać właściwy sposób jej poprawienia, zgodnie z zasadami matematycznymi, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Istotna dla sprawy jest zatem odpowiedź na pytanie, czy wskazaną w ofercie przez

Przystępującego Mera wysokość prowizji, należało zakwalifikować jako inną omyłkę

polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Izba wskazuje, że dopuszczalność poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp będzie miała miejsce wówczas, jeżeli oferta jest niezgodna dokumentami zamówienia, niezgodność ta ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Podkreślenia wymaga, iż omyłka taka, nie musi mieć charakteru oczywistego aby możliwe było jej poprawienie, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość dokonania poprawienia omyłki o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. W wyniku poprawienia przez Zamawiającego na mocy art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp oferty, nie może dojść do zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy, w istotnym zakresie. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygnąć każdorazowo, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie

z wymaganiami Zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Ponadto, Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę

gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę.

Izba analizując treść zarzutu, przyznała rację stanowisku Odwołującego, ponieważ wysokość prowizji stanowiła jedyny elementem oferty wskazywany przez wykonawcę, będący oświadczeniem woli Przystępującego i będący dalej punktem odniesienia, bazą, podstawą

do dalszych wyliczeń wartości oferty, zgodnie ze wzorem wskazanym w formularzu ofertowym. Zamawiający, nie mając wiedzy w jaki sposób należy dokonać poprawienia wysokości prowizji (np. czy zaokrąglić wartość do dwóch miejsc po przecinku, czy „obciąć” trzecią cyfrę

po przecinku), w rzeczywistości złożyłby za Przystępującego Mera oświadczenie, co do wysokości oferowanej prowizji, co w ocenie Izby stanowi istotną zmianę treści oferty.

Izba nie kwestionuje wyjaśnień Przystępującego Mera, że określenie wysokości prowizji najprawdopodobniej powstało przy zaokrągleniu wyników działań arytmetycznych przez Przystępującego, to jednak w kontekście zapisów SWZ, co do podania jej wartości w formie ułamka dziesiętnego do dwóch miejsc po przecinku i braku możliwości poprawienia wysokości prowizji jako omyłki rachunkowej, określenie prowizji z podaniem do trzech miejsc po przecinku, stanowi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, której nie można poprawić na mocy art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jednakże z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców, w okolicznościach analizowanej sprawy, w której odrzucenie oferty Przystępującego Mara na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Mera-Serwis, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny stanowiący jednocześnie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, nie mógł zostać uwzględniony.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez

prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy, Izba uznała jego zasadność w stopniu odpowiadającym uznaniu zasadności argumentacji podniesionej dla zarzutu naruszenia art.

226 ust. 1 pkt 5) i 10) Pzp .

Jednakże z uwagi na brak możliwości uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) Pzp, również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp nie mógł zostać uwzględniony.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020

r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....