

Sygn. akt: KIO 783/23

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 roku przez odwołującego City Parking Group S.A., z siedzibą w Grudziądzu,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Gdańsk - Gdański Zarząd Dróg i Zieleni,

przy udziale wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o., z siedzibą w Błoniach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu dokonać unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odstąpić od wyjaśnienia wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o., z siedzibą w Błoniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę w dniu 9 lutego 2023 r. oraz w dniu 17 lutego 2023 r.
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i odwołującego w częściach równych i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr

(słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów

postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. 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 783/23

UZASADNIENIE

W dniu 20 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy City Parking Group S.A., z siedzibą w Grudziądzu (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Gminie Miasto Gdańsk - Gdański Zarząd Dróg i Zieleni (dalej „Zamawiający”) naruszenie: (1) art. 239 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu; (2) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp i w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że wyjaśnienia MBS Computergraphik Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie cenę za wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy należyte wykonanie zamówienia w kwocie zaoferowanej przez tego Wykonawcę nie jest możliwe, czego skutkiem było zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę; (3) art. 18 ust. 1 - 3

Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie jawności postępowania w sposób nieuzasadniony, tj. poprzez: (a) uznanie za zasadnie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez MBS Computergraphik Sp. z o.o., w sytuacji, gdy Wykonawca wraz z przekazaniem tych informacji nie wykazał, że spełniają one przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233); (b) niepoinformowanie Odwołującego oraz pozostałych Wykonawców o wyniku oceny zasadności zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, o których mowa powyżej i uniemożliwienie złożenia odwołania od tej czynności, co na obecnym etapie skutkuje bakiem możliwości realnej kontroli zasadności dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty MBS Computergraphik Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę, nakazanie Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. i udostępnienie ich Odwołującemu, ponowienie procedury badania i oceny ofert, orzeczenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności koszt wpisu oraz wynagrodzenie pełnomocnika, określonego na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, zobowiązanie

Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 13 grudnia 2022 r., zamieścił na stronie prowadzonego postępowania

(i) dokumenty zamówienia pn. „Dostawa 120 sztuk parkometrów wraz z serwisem”. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego zamówienia zostało przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 grudnia 2022 r.

Przedmiotem zamówienia jest:

- a) dostawa 120 sztuk parkometrów do miejsc lokalizacji wraz wykonaniem i montażem fundamentów;
- b) przeniesienie do 150 sztuk parkometrów wraz z istniejącymi fundamentami będących już w posiadaniu Zamawiającego;
- c) przeprowadzenie prób testowych;
- d) przeprowadzenie szkolenia wyznaczonego personelu Zamawiającego w zakresie zasad użytkowania dostarczonych parkometrów;
- e) wykonywanie usług serwisowych (w okresie 36 m-cy od dnia odbioru przedmiotu zamówienia) oraz pozostałych czynności określonych w OPZ.

Zamawiający przewidział również możliwość skorzystania z prawa opcji, zgodnie z którym zachowuje prawo do „zwiększenie ilości zamawianych parkometrów o 30 sztuk lub rozszerzenie ilości usług serwisowych max. do 30 %”. Z uwagi na charakter zamówienia Zamawiający przewidział wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę „w pełnym wymiarze czasu pracy 2 osób wykonujących prace związane z serwisowaniem parkometrów, z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem za pracę ustalonym w Ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.” Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3) projektu umowy (Załącznik nr 2 do SWZ), prace serwisowe stanowią element Etapu III zamówienia, i są realizowane „we wszystkie dni tygodnia i roku”, a więc również w soboty, niedziele, święta i dni ustawowo uznane za wolne od pracy.

W ramach Etapu III wykonawca zobowiązuje się również do:

- a) obsługi mikrowpłat BLIK;
- b) dokonania wszelkich uzgodnień z Zamawiającym;
- c) pokrycia kosztów przyjęcia przez urządzenie monet niebędących w oficjalnym obiegu dopuszczonym przez NBP, monet kolekcjonerskich oraz wszelkich innych monet będących falsyfikatami, zgodnie z rozdziałem VII punkt 2 OPZ;
- d) każdorazowego oznakowania i zabezpieczenia miejsca prowadzenia prac w zakresie montażu oraz demontażu;
- e) każdorazowego przywrócenia nawierzchni pasa drogowego, po zamontowaniu

urządzeń do poboru opłat parkingowych;

- f) podejmowania wszelkich działań mających na celu utrzymanie ciągłej pracy systemu

objętego niniejszym zamówieniem (w tym: utrzymanie stałego dostępu do systemu zarządzania parkometrami oraz danych transakcyjnych bieżących i historycznych) oraz wysokiego poziomu świadczonych usług, w szczególności do prowadzenia dozoru technicznego oraz kompleksowego serwisu gwarantującego stałą gotowość operacyjną urządzeń, w tym zapewnienia na własny koszt wszystkich materiałów eksploatacyjnych;

- g) niezwłocznego zawiadamiania Zamawiającego drogą elektroniczną (poprzez

oprogramowanie systemu zarządzania parkometrami) o zaistniałych awariach urządzeń oraz o ich usunięciu;

- h) dostawy i montażu (umieszczenia instrukcji na parkometrze, a w wypadku naklejek

ich naklejenia) 400 kompletów (jeden komplet rozumiany jako dwie informacje na bokach parkometru oraz jako jedna informacja na ścianie środkowej urządzenia) oznakowania zewnętrznego parkometrów będących w posiadaniu Zamawiającego (należy ustalić wzór oznakowania z Zamawiającym oraz uzyskać jego pisemną, uprzednią akceptację). W przypadku instrukcji i naklejek (150 kompletów - jeden komplet rozumiany jako dwie informacje na bokach parkometru oraz jako jedna informacja na ścianie środkowej urządzenia);

- i) dla kierowców korzystających z dostarczonych parkometrów, treść do umieszczenia

na urządzeniu należy ustalić z Zamawiającym oraz uzyskać jego pisemną, uprzednią akceptację. Przykładowy wzór oznakowania parkometrów określono w załączniku nr 7;

- j) utrzymania i serwisowania oprogramowania do zarządzania parkometrami i obsługi

płatności elektronicznych;

- k) udzielania Zamawiającemu wszelkiej pomocy, przekazania całej niezbędnej

dokumentacji oraz koniecznego oprogramowania wraz z udzieleniem licencji pozwalających na dalsze wykorzystanie urządzeń po zakończeniu umowy i zobowiązań z niej wynikających, z zastrzeżeniem lit. l;

- l) w wypadku oprogramowania do zarządzania parkometrami i obsługi płatności

elektronicznych, udostępnianego w ramach umowy w formie usługowej, w modelu

Software as a Service, Zamawiający akceptuje konieczność przeprowadzenia odrębnego postępowania po zakończeniu okresu obowiązywania umowy, w celu ewentualnego dalszego korzystania z tego oprogramowania po zakończeniu umowy;

- m) wskazania w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy podmiotu/podmiotów rozliczających karty płatnicze, z którymi Wykonawca zawrze odrębne umowy;

- n) zapewnienie usług gwarancyjnych stosownie z § 8 umowy.

Po stronie Wykonawcy będzie również:

- a) zawarcie umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane

za pomocą systemu BLIK (OPZ ust. VII pkt 4),

- b) zawarcie umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane

za pomocą kart płatniczych (OPZ ust. VII pkt 6),

- c) poniesienie wszelkich kosztów wynikających z podpisania umowy z agentem

rozliczeniowym, w tym prowizji za zrealizowane płatności (OPZ ust. VII pkt 7).

Zgodnie z §4 ust. 2 projektu umowy „z zastrzeżeniem § 8 ustęp 11, Wynagrodzenie Wykonawcy uwzględnia wszelkie koszty i składniki niezbędne i związane z prawidłową realizacją całości przedmiotu umowy oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, oraz w szczególności uwzględnia następujące koszty: 1) dostarczenia, załadunku i rozładunku, transportu wraz z cłami i podatkami;

- 2) ubezpieczenia OC (załącznik nr 4);

- 3) przeprowadzenia prób testowych urządzenia;

- 4) formalności celnych w eksporcie, tranzycie i imporcie;

5) podatków (w tym VAT w stawce obowiązującej na dzień wystawienia faktury) innych opłat związanych z eksportem, tranzytem i importem;

6) dostarczenia dokumentów, wymaganych niniejszą umową;

7) zmian w oprogramowaniu lub w urządzeniach wynikających ze zmian prawa powszechnego lub miejscowego oraz wprowadzania modyfikacji, o których mowa w rozdz. XV OPZ;

8) pokrycie kosztów przyjęcia przez urządzenie monet niebędących w oficjalnym obiegu dopuszczonym przez NBP, monet kolekcjonerskich oraz wszelkich innych monet będących fałszywkami, zgodnie z rozdziałem VII punkt 2 OPZ;

9) mikrowpłaty od poboru opłaty za pomocą kart płatniczych i BLIK;

10) udzielenia wymaganych licencji dotyczących oprogramowania i innych utworów przekazywanych lub udostępnianych Zamawiającemu w ramach realizacji umowy;

11) dostarczenia i posadowienia nowych fundamentów;

12) utylizacji wymienionych części;

13) zapewnienie dodatkowych 100 godzin rozwojowych w zakresie wprowadzania modyfikacji oprogramowania udostępnianego w ramach umowy, w tym oprogramowania parkometrów, z których Zamawiający będzie mógł skorzystać w ramach umowy; zasady wykorzystania godzin rozwojowych opisane są w rozdziale XV OPZ."

Odwołujący wskazał, że otwarcie ofert miało miejsce w dniu 31 stycznia 2023 r. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 5 500 000 zł brutto.

W postępowaniu ofertę złożyło 4 Wykonawców:

| Nazwa (firma) i adres Wykonawcy | Cena ofertowa brutto |
|--|----------------------|
| MBS Computergraphik Sp. z o.o. ul. Grodziska 15 05-870 Błonie NIP: 5290009146 | 3.969.849,60 zł |
| City Parking Group S.A. ul. Budowlanych 3 86-300 Grudziądz NIP: 8762195667 | 5.997.430,80 zł |
| KBU Sp. z o.o. ul. Flac na Groblach 21/D 31-101 Kraków NIP: 6762460789 | 8.413.015,50 zł |
| FMVD S.A. Ul. Fordońska 2 85-085 Bydgoszcz NIP: 8762459770 | 6.889.968,00 zł |

W ramach formularza ofertowego każdy z Wykonawców zobowiązany był wycenić odrębnie:

- 1) dostawę i montaż parkometru,
- 2) serwisowanie parkometru przez 1 miesiąc.

W zakresie poszczególnych ofert wyceny szczegółowe kształtują się w sposób następujący:

| Wykonawca | Dostawa i montaż 1 szt. parkometru (brutto) | Serwis parkometru przez 1 miesiąc (brutto) |
|--------------------------------|---|--|
| MBS Computergraphik Sp. z o.o. | 21 248,25 zł | 328,72 zł |
| City Parking Group S.A. | 30 141,15 zł | 551,04 zł |
| KBU Sp. z o.o. | 41 673,62 zł | 789,86 zł |
| FMVD S.A. | 38 376,00 zł | 528,90 zł |

Na podstawie powyższych danych należy stwierdzić, że średnia arytmetyczna wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 6 317 565,98 zł brutto, z kolei średnia cena dla poszczególnych zakresów wygląda następująco:

| Dostawa i montaż 1 szt. parkometru (brutto) | Serwis parkometru przez 1 miesiąc (brutto) |
|---|--|
| 32 859,76 zł | 549,63 zł |

Dowód: Oferty wykonawców; Informacja z otwarcia ofert;

Odwołujący wskazał, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2023 r. wezwał MBS Computergraphik Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż oferta tego Wykonawcy odbiegała „o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych, niepodlegających odrzuceniu ofert.” Zgodnie z treścią wezwania, odpowiedź Wykonawcy powinna zostać złożona w terminie do 5 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma, przy użyciu Elektronicznej Skrzynki Podawczej ePUAP lub poczty elektronicznej. Wykonawca w dniu 9 lutego

2023 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie zaferowanej ceny zastrzegając je jednocześnie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (fakt ustalony na podstawie dokumentów przekazanych po wyborze oferty). Odwołujący nie posiada wiedzy, czy termin na złożenie wyjaśnień został przedłużony. Gdyby tak się nie stało, to zgodnie z datą pisma wzywającego do wyjaśnienia ceny oferty (przy założeniu przekazania go Wykonawcy tego samego dnia) i zobowiązaniem co do terminu odpowiedzi, wyjaśnienia powinny zostać Zamawiającemu złożone najpóźniej 7 lutego 2023 r. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego stanowi, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołującemu nie została przekazana korespondencja poboczna, jaka mogła potencjalnie mieć miejsce pomiędzy Zamawiającym a MBS Computergraphik Sp. z o.o., jak również nie wynika to z protokołu postępowania przekazanego Odwołującemu w dniu 10 lutego 2023 r., czyli już po terminie złożenia wyjaśnień. Z ostrożności Odwołujący wskazuje jednak, że jeżeli termin na złożenie wyjaśnień nie został Odwołującemu wydłużony, a pismo wysłane w dacie jaka na nim widnieje, to wyjaśnienia zostały złożone po terminie

wyznaczonym, a to powinno skutkować odrzuceniem oferty MBS Computergraphik Sp. z o.o. Nie sposób przyjąć, że w przypadku korzystania ze środków komunikacji elektronicznej, termin na złożenie wyjaśnień biegł od dnia, w którym MBS Computergraphik Sp. z o.o. z treścią wezwania się zapoznał. Zgodnie z powołanym przepisem, liczy się moment, w którym wezwanie znalazło się na skrzynce Wykonawcy, bez względu na to, czy zostało odczytane. Co do zasady, moment wysłania wiadomości elektronicznej i jej otrzymania jest niemalże tożsamy. Zamawiający w dniu 15 lutego 2023 r. wezwał MBS Computergraphik Sp. z o.o. do złożenia dodatkowych wyjaśnień, na co odpowiedź otrzymał 17 lutego 2023 r. (oba pisma ujawnione po wyborze oferty najkorzystniejszej). Dowód: Wezwania Zamawiającego skierowane do MBS Computergraphik Sp. z o.o. w przedmiocie wyjaśnienia ceny z dnia 2 lutego 2023 r. i 15 lutego 2023 r.

Odnosząc się do samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i ich zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa MBS Computergraphik Sp. z o.o., Odwołujący wskazał, że dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał od Zamawiającego jedynie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bez wskazania na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że same wyjaśnienia nie mogą zostać udostępnione, w tym czy, a jeżeli tak, to dlaczego uznał wspomniane zastrzeżenie za zasadne. Odwołujący pismem z dnia 6 lutego 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego, o udostępnienie:

- 1) Protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa 150 sztuk parkometrów wraz z serwisem”;
- 2) Informacji, czy Zamawiający wezwał Wykonawcę MBS Computergraphik Sp. z o.o. do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, ewentualnie o udzielenie informacji, czy Zamawiający planuje wezwać ww. Wykonawcę do złożenia przedmiotowych wyjaśnień, szczególnie z uwagi na fakt, że cena całkowita oferty złożonej przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 10 lutego 2023 r. przekazał Odwołującemu protokół z postępowania „uzupełniony adekwatnie do etapu postępowania.” W pozostałym zakresie Zamawiający poinformował, że „zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp - załączniki do protokołu udostępnia się co do zasady, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo po unieważnieniu postępowania. Wyjątek w odniesieniu do momentu dostępności załączników do protokołu Pzp czyni się tylko w stosunku do ofert i załączników do ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oferty wraz z załącznikami zostały Państwu

udostępnione 03.02.2023r - w załączeniu przesyłam je raz jeszcze.” Zamawiający tym samym odmówił Odwołującemu udostępnienia informacji dotyczących wyjaśnień treści oferty, uznając je za „załącznik do protokołu”. O braku zrozumienia dla tej decyzji Odwołujący poinformował Zamawiającego w dniu 17 lutego 2023 r. składając ponowny wniosek o udostępnienie informacji, powołując przy tym wyrok Izby z dnia 25 maja 2022 r. (KIO 1191/22), w którym Izba jasno opowiedziała się za poglądem, zgodnie z którym „Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim. Oferta w znaczeniu wąskim to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 k.c.), w zamówieniach publicznych przyjmuje się, że jest to oświadczenie wykonawcy o zakresie świadczenia i jego cenie, zawarte w formularzu ofertowym. Jednak w zamówieniach publicznych przyjęto koncepcję oferty sensu largo - to wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ujawnić Wykonawcom w takim trybie, jak ofertę, a nie jak inne załączniki do protokołu postępowania.” Mimo wykazania obowiązku udostępnienia tych wyjaśnień lub udzielenia innych informacji w tym zakresie (np. o uznaniu ich za niejawne), Zamawiający ponownie odmówił ich przekazania. Zamawiający nie ujawnił również żadnych czynności w zakresie uznania ich za niejawne. Co ważne, jeżeli Zamawiający oświadczył, że przekazany w dniu 10 lutego 2023 r. protokół jest uzupełniony adekwatnie do etapu postępowania, to w wykazie załączników do protokołu, zgodnie z art. 73 ust. 1 Pzp powinna znaleźć się informacja o korespondencji, która przed tą datą miała miejsce, a której próżno w rzeczywistości szukać. Oświadczenie Zamawiającego złożone w tym dniu przeczyło zatem prawdzie. Zamawiający nie przekazał Odwołującemu również uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwiając złożenie odwołania w terminie, kiedy ewentualne uznanie go za nieskuteczne przez Izbę miało kluczowe znaczenie. Jeżeli w wyniku skutecznego odwołania, Odwołujący otrzymałby prawo wglądu w wyjaśnienia ceny MBS Computergraphik Sp. z o.o. i możliwości merytorycznego odniesienia się już na tym etapie do ich treści. Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i jest jawne, gdyż ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia

tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów (wyrok KIO 2498/18 z 17 dnia grudnia 2018 r.). W innym wyroku Izba orzekła jeszcze bardziej dosadnie wskazując, że: „Uznaje się zastrzeżenie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym” (KIO 2314/18 z 23 listopada 2018 r.). Z niezrozumiałych powodów, Zamawiający postąpił w sposób sprzeczny z powyższymi, wydawać by się mogło

oczywistymi poglądami KIO. Dowód: Korespondencja pomiędzy Odwołującym a

Zamawiającym w przedmiocie udostępnienia dokumentów wraz z załącznikami.

Z tego powodu, zdaniem Odwołującego, odniesienie do treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa możliwe jest dopiero w tym momencie, co z oczywistych względów stawia Odwołującego w pozycji niekorzystnej, a za co odpowiada wyłącznie Zamawiający. W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było nieskuteczne już w chwili jego przekazania. Złożył on co prawda uzasadnienie mające wykazać, dlaczego określone informacje zasługują na wyłączenie ich jawności, ale ich treść nie wykazuje, że informacje te spełniają przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, powołanym zresztą w uzasadnieniu, o którym mowa wyżej, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Uzasadnienie podzielone zostało na trzy części, z czego pierwsza stanowi „uwagi wstępne” i w rzeczywistości nie ma żadnego znaczenia dla oceny zasadności zastrzeżenia jawności. Zawiera ona bowiem jedynie powołanie definicji ustawowej, orzecznictwa i poglądów doktryny, bez odniesienia ich do danych rzeczywiście przekazywanych. W zakresie części drugiej uzasadnienia zatytułowanej „charakter zastrzeżonych informacji oraz ich wartość gospodarcza”, Wykonawca podjął nieskuteczną, w ocenie Odwołującego, próbę wykazania, że przekazane informacje spełniają wymagane przesłanki. Odwołujący poprzestał na ogólnikowym wskazaniu, że: „W zakresie uzasadnienia zastrzeżenia wyliczeń istotnych części składowych ceny należy wskazać, iż dokument ten zawiera unikalny know how biznesowy, techniczny i organizacyjny Wykonawcy, który podlega ochronie. W szczególności ochronie podlegają informacje na temat grona podwykonawców i kontrahentów Wykonawcy, warunków handlowych współpracy Wykonawcy z jego podwykonawcami i kontrahentami, poziomu cen nabywanych urządzeń i komponentów, stosowanej marży i innych warunków finansowo – handlowych współpracy. Z tego też względu informacje te mają istotne znaczenie z punktu widzenia uzasadnionych interesów Wykonawcy, a także posiadają zdecydowanie gospodarczy charakter. W świetle zaprezentowanej w niniejszym piśmie argumentacji, informacje te nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, iż ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych Wykonawcy. (...) Należy stwierdzić, iż udostępnienie tych informacji

podmiotom konkurencyjnym w sposób oczywisty godziłoby w interes oraz dobra osobiste samego Wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, iż takie dane, stanowiąc szczególne dobro każdego przedsiębiorstwa nie powinny być udostępniane podmiotom trzecim, w szczególności zaś podmiotom konkurencyjnym. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, iż zastrzeżenie tego typu danych jak tajemnicy przedsiębiorstwa jest stałą praktyką stosowaną przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje te w sposób bezpośredni i pośredni świadczą bowiem o doświadczeniu i wiedzy Wykonawcy, stanowią dorobek wynikający z wieloletniej praktyki rynkowej i bogatego doświadczenia. Ich ujawnienie w sposób nieuchronny prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej pomiędzy Wykonawcą, a podmiotami konkurencyjnymi, w sposób jednoznaczny faworyzując te ostatnie. Udostępnienie tych informacji może prowadzić także do osłabienia zaufania pomiędzy Wykonawcą oraz jego współpracownikami, co w dalszej kolejności może prowadzić do ograniczenia lub zerwania prowadzonej między nimi współpracy handlowej.”

Odwołujący powołał się na wyrok KIO 880/22 z dnia 20 kwietnia 2022 r. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy nie są zindywidualizowane i stanowią jedynie ogóle przedstawienie potencjalnej wartości jakie przekazane dane mają dla Zastrzegającego. Uzasadnienie, które złożył wraz z wyjaśnieniami ceny jest na tyle ogólne, że mogłoby zostać złożone przez dowolnego Wykonawcę w dowolnym postępowaniu bez względu na jego przedmiot. Co ważne, Zamawiający nie jest uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego czy wykonawca, który tak twierdzi, powyższe wykazał (wyrok KIO 991/22 z dnia 9 maja 2022 r.). Jednocześnie Odwołujący podnosi, że zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa podlegają informacje zawarte w dokumentach, a nie całe dokumenty. Jeśli ich fragmenty nie zawierają informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie powinny być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyrok KIO 197/22 z dnia 8 lutego 2022 r.). Przedstawione przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wadliwe i nie powinno skutkować utajnieniem jakichkolwiek danych przekazanych przez Wykonawcę. Niemniej, gdyby nawet Zamawiający uznał część dokumentów za niejawną, to pozostałą część powinien był udostępnić na wniosek Odwołującego, a Wykonawców poinformować o swojej decyzji w zakresie oceny zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę MBS Computergraphik Sp. z o.o.

Odnosząc się do kwestii samej ceny oferty MBS Computergraphik Sp. z o.o., Odwołujący nie zna sposobu kalkulacji ceny oferty ani treści samych wyjaśnień. Jednakże bez względu na to, kwota oferty odbiega o 37,16 %, co dla rynku tworzenia i obsługi stref płatnego

parkowania jest różnicą gigantyczną. Oczywistą okolicznością jest, że MBS Computergraphik Sp. z o.o. jest producentem parkomatów. Koszt jednego parkomatu w ofercie tego Wykonawcy odbiega o 35,34 %, a koszt serwisu o ponad 40%, od średniej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Jako producent, MBS Computergraphik Sp. z o.o.

oferuje swoje parkomaty w niniejszym postępowaniu poniżej ceny rynkowej, po jakiej mogą nabyć inne podmioty. Odwołujący wskazał, że koszt zakupu parkomatu od MBS Computergraphik Sp. z o.o. w 2018 r., wynosił 17 900 zł netto i dotyczył parkomatu starszej generacji (bez kolorowego wyświetlacza). W sposób oczywisty ogranicza to dostęp do rynku innych wykonawców. Wykonawca w ramach złożonych wyjaśnień ceny powinien wykazać jakie są koszty produkcji parkomatu, aby udowodnić, że cena nie jest sztucznie zaniżona a parkomaty nie są sprzedawane poniżej kosztów wytworzenia, dostawy i montażu.

Odwołujący wskazał, że o ile ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, to nad jej znaczeniem pochyliło się orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych:

- 1) cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08),
- 2) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2013 r., sygn. akt KIO 592/13).

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. jest ceną, która w porównaniu do warunków rynkowych stanowi cenę nierealistyczną, niewiarygodną. Inni Wykonawcy uczestniczący w rynku obsługi stref nie są w stanie zaoferować wykonania zamówienia za cenę choćby zbliżoną do ceny zaproponowanej przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. O tym, że ocena polityki cenowej wykonawcy odgrywa szczególną rolę w postępowaniu przetargowym świadczy fakt, że za przejaw manipulacji cenowej uznawane jest nie tylko przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty – w niegodziwym celu – wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar – odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen – bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania (wyrok KIO z 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17).

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na pewną irracjonalność w zakresie zaproponowanych przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. cen jednostkowych. Podkreślenia

bowiem wymaga, że Zamawiający w 2021 r. prowadził analogiczne postępowanie przetargowe pod nazwą „Dostawa 150 sztuk parkometrów wraz z serwisem” o numerze referencyjnym postępowania: 49/B/IP/2021. Zakres postępowania z postępowaniem aktualnie prowadzonym różnił się jedynie:

a) ilością parkomatów, których dostarczenia oczekiwał Zamawiający (aktualnie 120, uprzednio 150),

b) długością okresu udzielenia licencji do oprogramowania parkomatów,

c) zakresem czynności do których wykonania zobligowany był Wykonawca w zakresie

zawarcia umów z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje płatności kartą oraz BLIK. W poprzednim postępowaniu ciężar ponoszenia kosztów z tytułu prowizji od płatności kartą oraz płatności BLIK ponosił Zamawiający, zgodnie z poniższym postanowieniem z OPZ:

„Wykonawca wskazuje podmiot rozliczeniowy, z którym Zamawiający podpisze umowę o rozliczanie transakcji kartowych, przy czym prowizja Rozliczającego nie może przekroczyć 1,2% od kwoty rozliczanej transakcji (wysokość obecnie obowiązującej prowizji z umowy z First Data Poland S.A.). Wskazanie Rozliczającego nastąpi na etapie podpisywania umowy na dostawę parkometrów wraz z serwisem.”

Natomiast w aktualnym postępowaniu zakres czynności określony powyżej w pkt c) został przeniesiony na Wykonawcę, to po stronie Wykonawcy będzie bowiem należeć:

a) zawarcie umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane za pomocą systemu BLIK (OPZ ust. VII pkt 4),

b) zawarcie umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane za pomocą kart płatniczych (OPZ ust. VII pkt 6),

c) poniesienie wszelkich kosztów wynikających z podpisania umowy z agentem rozliczeniowym, w tym prowizji za zrealizowane płatności (OPZ ust. VII pkt 7).

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, zakres czynności i obowiązków w aktualnym postępowaniu jest znacznie szerszy niż w uprzednio prowadzonym postępowaniu przez tożsamego Zamawiającego. Natomiast po przeanalizowaniu formularzy cenowych złożonych przez MBS Computergraphik sp. z o.o. w uprzednim oraz aktualnym postępowaniu wyprowadzić można wniosek, iż pomimo znacznego wzrostu cen na rynku i wysokiej inflacji, ceny zadeklarowane przez MBS Computergraphik sp. z o.o. w aktualnym postępowaniu są znacznie niższe niż w postępowaniu prowadzonym

przez Zamawiającego w 2021 r. Celem zobrazowania Odwołujący poniżej prezentuje tabelę wraz ze wskazaniem cen jednostkowych zawartych w formularzach ofertowych przez poszczególnych oferentów:

| Oferty 2021 - kwoty netto (150szt.) | | | |
|-------------------------------------|-----------------|-----------------|--------------|
| | parkomat/sztuka | serwis szt. | total |
| ilość | 150 | 5400 | |
| CPG | 24 370 zł | 499 zł | |
| | 3 655 500,00 zł | 2 694 600,00 zł | 6 350 100 zł |
| MBS | 19 752 zł | 397 zł | |
| | 2 962 800 zł | 2 143 800 zł | 5 106 600 zł |
| MERA | 17 635 zł | 302 zł | |
| | 2 645 250 zł | 1 628 100 zł | 4 273 350 zł |

Zamawiający przeznaczył 6.000.000 brutto

Termin realizacji zamówienia 45 miesięcy (36 miesięcy serwis)

| Oferty 2023 - kwoty netto (120szt.) | | | |
|-------------------------------------|-----------------|--------------|--------------|
| | parkomat/sztuka | serwis szt. | total |
| ilość | 120 | 4320 | |
| CPG | 24 505 zł | 448 zł | |
| | 2 940 600,00 zł | 448,00 zł | 2 941 048 zł |
| MBS | 17 275 zł | 267 zł | |
| | 2 073 000 zł | 1 154 520 zł | 3 227 520 zł |
| KBU | 33 881 zł | 642 zł | |
| | 4 065 719 zł | 2 774 131 zł | 6 839 850 zł |
| PM3D | 31 200 zł | 430 zł | |
| | 3 744 000 zł | 1 857 600 zł | 5 601 600 zł |

Zamawiający przeznaczył 5.500.000 brutto

Termin realizacji zamówienia 45 miesięcy (36 miesięcy serwis)

Dowód: Oferta zakupu parkomatu MBS Computergraphik Sp. z o.o.; oferta MBS Computergraphik Sp. z o.o. z postępowania z 2021 r.;

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w ofercie cenowej MBS Computergraphik Sp. z o.o. nie wskazała, żadnych informacji dotyczących zakresu czynności jakie zamierza zlecić podwykonawcy. Zgodnie natomiast z rozdziałem II pkt 7 SWZ, Zamawiający wskazał, że: 1) Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy

(podwykonawcom).

2) Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia

podwykonawcom, wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.

Mając na uwadze, że jednym z obowiązków Wykonawcy będzie zawarcie umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane za pomocą systemu BLIK oraz kartami płatniczymi, ciężko zgodzić się ze stwierdzeniem Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza, że będzie w stanie zrealizować przedmiot postępowania bez udziału podwykonawców. Celem porównania Odwołujący wskazał poniżej, że pozostali Wykonawcy wskazywali na podwykonawstwo w zakresie: - procesowanie płatności kartowych,

- procesowanie płatności BLIK,
- płatności kartą, - płatności BLIK.

Również koszty serwisu parkomatów Wykonawca, którego oferta została wybrana, określił na poziomie niższym niż rynkowy. Wspomniany już § 2 ust. 1 pkt 3) projektu umowy określa obowiązki serwisowe Wykonawcy, które podejmie w przypadku udzielenie mu zamówienia publicznego. Katalog ten stanowi wykaz najistotniejszych obowiązków Wykonawcy. Jednocześnie § 4 ust. 2 projektu umowy wymienia koszty, jakie są uwzględnione w cenie oferty. Skatalogowanie obowiązków i kosztów przemawia za uznaniem, że mają bardzo istotny charakter nie tylko dla ceny oferty, ale również dla należytego wykonania zamówienia. Tym samym, do katalogu tego powinien odnieść się w swoich wyjaśnieniach ceny Wykonawca, co do oferty którego zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny i udowodnić, że ich poniesienie jest możliwe w ramach zaproponowanej ceny składając określone dowody.

W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. za serwis nie pozwala na wykonanie obowiązków, które na Wykonawcę zostały nałożone w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący poniżej przedstawia

tabelę ze wskazaniem poszczególnych elementów składających się na czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie serwisu 120 sztuk parkomatów. Tabela obrazuje także łączny

miesięczny koszt netto wszystkich elementów składowych przyjętych przez Odwołującego na minimalnym poziomie.

Gdańsk dostawa 120szt.

| n | nazwa | koszty miesięczne |
|-----------------------|---|-------------------|
| wy nag rod ze | Wynagrodzenia pracownicy | 8 735 zł |
| biu ro | biuro operacyjne - wynajem | 3 320 zł |
| | biuro operacyjne - opłaty | |
| | Internet | |
| | artykuły biurowe | |
| | wysyłki pocztowe | |
| par ko ma ty | parkomaty karta SIM | 20 800 zł |
| | serwis | |
| | serwis dodatkowy | |
| | opłaty oprogramowanie parkomatów | |
| | papier do parkomatów | |
| aut a/c ars | ubezpieczenie pojazdów | 1 250 zł |
| | przeгляд pojazdów (raz w roku) | |
| | paliwo | |
| | materiały eksploatacyjne/myjnia | |
| | naprawy | |
| pro wizja o t d je wp | pro wizje od płatności kartą | 11 739 zł |
| | pro wizja BLIK | 302 zł |
| IT | karty SIM telefony | 90 zł |
| poz ost a | odzież pracownicza / ekwiwalent za odzież | 300 zł |
| | artykuły spożywcze | 150 zł |
| | druki, winiety | 50 zł |
| | Suma kosztów miesięcznych | 46 737 zł |

Odwołujący wskazał, że wykonawca MBS Computergraphik Sp. z o.o. w treści formularza oferty wskazał cenę składową za serwisowanie parkomatu za 1 miesiąc na poziomie 267,25 zł netto. Iloczyn podanej ceny za parkomat oraz ilości serwisowanych parkomatów (120 sztuk) prowadzi do konkluzji, iż miesięczny koszt związany z serwisowaniem parkomatów przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. będzie wynosił zaledwie 32 070 zł netto miesięcznie. W ocenie Odwołującego, przy uwzględnieniu nawet minimalnych kosztów realizowania serwisu parkomatów przez Wykonawcę, zadeklarowana przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. cena ofertowa jest nieadekwatna do ilości oraz kosztu czynności niezbędnych do wykonania prac związanych z zapewnieniem serwisu parkomatów.

Wynagrodzenia:

Z uwagi na charakter zamówienia Zamawiający przewidział wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę „w pełnym wymiarze czasu pracy 2 osób wykonujących prace związane z serwisowaniem parkometrów, z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem za pracę ustalonym w Ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.” Miesięczny koszt pracodawcy zatrudnienia 1 pracownika z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 01.07.2023 r. wynosi: 4 367,52 zł. Poniżej szczegółowe wyliczenie:

| | |
|--|-----------------|
| wynagrodzenie podstawowe brutto pracownika (przyjęto poziom wynagrodzenia minimalnego obowiązującego od 01.07.2023 r.) | 3 600,00 |
| narzut pracodawcy | 21,32% |
| narzut w zł | 767,52 |
| miesięczny koszt pracodawcy zatrudnienia 1 pracownika z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 01.07.2023 r. | 4 367,52 |
| Składniki narzutu | % odpowiadający |
| Składka emerytalna | 9,76% |
| Składka rentowa | 6,50% |
| Składka wypadkowa | 1,01% |
| FP | 2,45% |

| | |
|----------------------------|--------|
| FGŚP | 0,10% |
| łącznie składki pracodawcy | 19,82% |
| PPK - część pracodawcy | 1,50% |
| TOTAL | 21,32% |

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, minimalny koszt zatrudnienia dwóch pracowników w związku z serwisem parkomatów wynosi 8 735 zł miesięcznie. Oczywiście jest to koszt nieuwzględniający żadnych premii dla pracowników oraz wzrostu wynagrodzenia minimalnego na przestrzeni kolejnych lat. Niemniej jednak Odwołujący podnosi, że zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3) projektu umowy (Załącznik nr 2 do SWZ), prace serwisowe stanowiące element Etapu III zamówienia są realizowane „we wszystkie dni tygodnia i roku”, a więc również w soboty, niedziele, święta i dni ustawowo uznane za wolne od pracy. Zamawiający wymaga pracy serwisu w godzinach 7-20 od poniedziałku do niedzieli. Oznacza to, że na pracowników przypada średniomiesięczna ilość godzin pracy w wymiarze:

13 h x 7 dni w tygodniu = 91 h

13 h x 30 dni w miesiącu = 390 h

Wobec powyższego, z uwagi na ilość pracy serwisu od poniedziałku do niedzieli w godzinach 7-20, ilość parkomatów wymagających serwisu, możliwe urlopy wypoczynkowe oraz zwolnienia chorobowe pracowników, Wykonawca winien był przyjąć większą liczbę pracowników niż minimum wskazane przez Zamawiającego. Wykonanie zadania nie jest możliwe przy zatrudnieniu wyłącznie dwóch pracowników z uwagi na sprzeczność z przepisami prawa pracy w zakresie wymiaru czasu pracy. Wobec czego Odwołujący poniżej prezentuje koszt pracodawcy zatrudnienia także trzech pracowników z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 1 lipca 2023 r. Opierając się na dotychczasowym doświadczeniu, które jednoznacznie wskazuje, że przy tak postawionych przez Zamawiającego wymaganiach w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, nie jest możliwe jego należyte wykonanie przy zatrudnieniu wyłącznie dwóch pracowników. Niemniej jednak jak wynika to z zaprezentowanej powyżej ogólnej tabeli kosztowej, nawet przy uwzględnieniu zatrudnienia wyłącznie dwóch pracowników nie jest możliwe zrealizowanie serwisu 120 sztuk parkomatów za cenę wskazaną przez MBS Computergraphik Sp. z o.o.

| | miesięczny | roczny | w okresie trwania umowy (36 m-cy serwisu) |
|--|------------|---------------|--|
| koszt pracodawcy zatrudnienia 1 pracownika z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 01.07.2023 r. | 4 367,52 | 52 410,24 | 157 230,72 |
| koszt pracodawcy zatrudnienia 2 pracowników z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 01.07.2023 r. | 8 735,04 | 104 820,48 | 314 461,44 |
| koszt pracodawcy zatrudnienia 3 pracowników z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 01.07.2023 r. | 13 102,56 | 157 230,72 | 471 692,16 |

Biuro

W ocenie Odwołującego, celem prawidłowego wykonania obsługi serwisowej parkomatów niezbędne jest posiadanie przez Wykonawcę biura, celem składowania narzędzi, magazynowania podzespołów, papieru do parkomatów, parkomatu zastępczego oraz akumulatorów. Biuro to również miejsce przebywania dla pracowników serwisu. Odwołujący w częściach składowych związanych z kosztem biura uwzględnił koszt najmu biura w wysokości 2 500 zł miesięcznie, co z uwagi na magazynowy charakter tego biura jest kwotą bardzo niską. Kalkulacja uwzględnia także minimalne opłaty za media, Internet oraz niezbędne wyposażenie biura w artykuły biurowe.

Utrzymanie parkomatów

W ocenie Odwołującego, głównym czynnikiem kosztowym po stronie Wykonawcy jest utrzymanie parkomatów w stałej sprawności. Zamawiający wymaga utrzymania parkomatów w stałej łączności z oprogramowaniem zarządzającym oraz z siecią GSM. Dostęp do oprogramowania to wysyłanie statystyk, łączność, weryfikacja w trybie rzeczywistym stanu poszczególnych parkomatów, łącznie ze stanem kasowym. Wobec powyższego każdy parkomat musi być wyposażony w karty SIM (koszt to 3 zł za jedną kartę SIM miesięcznie) oraz mieć zapewniony dostęp do oprogramowania. W zakresie serwisu należy uwzględnić także zakup dwóch pakietów części (podzespołów) wraz z dodatkowymi czytnikami do płatności kartą. Bieżące naprawy podzespołów (części zamienne) poza gwarancją producenta będą wymagały naprawy przez serwis Wykonawcy. Przy czym Odwołujący wskazał, że nawet w sytuacji gdy MBS Computergraphik Sp. z o.o. nie poniesie z tego tytułu kosztów w zakresie elementów parkomatów (z uwagi na to, że jest producentem), to powinien skalkulować koszt roboczogodzin dla pracowników, którzy będą naprawiać lub

produkować części. Ponadto zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego, Wykonawca został zobowiązany do zapewnienia papieru do parkomatów – minimalna liczba rolek papieru niezbędna do wymiany w urządzeniach to 50 rolek miesięcznie.

Auta/Samochody:

Odwołujący wskazał, że ze względu na rozproszoną strukturę lokalizacji urządzeń (parkomatów) niezbędne będzie dysponowanie przez Wykonawcę co najmniej dwoma samochodami do zapewnienia bieżącej obsługi serwisowej. Do bieżącej obsługi serwisowej parkomatów należy m.in. wymiana akumulatorów, które należy przetransportować w miejsce docelowe. Z uwagi na wagę narzędzi oraz elementów składowych parkomatów, brak jest możliwości poruszania

się przez zatrudnionych pracowników pieszo lub za pomocą środków komunikacji publicznej. W ramach kalkulacji dotyczącej samochodów wykorzystywanych do realizacji zadania, Odwołujący uwzględnił minimalne koszty związane z ich ubezpieczeniem, naprawami, przeglądami czy kosztami paliwa. Poniżej Odwołujący prezentuje mapę (przedstawioną wraz z dokumentacją przetargową przez Zamawiającego), ukazującą rozproszenie parkomatów w obrębie strefy płatnego parkowania.

Prowizje od wpłat

W ocenie Odwołującego, jednym z głównym obowiązków Wykonawcy, obok utrzymania parkomatów w należyтым stanie technicznym, jest obowiązek ponoszenia opłat prowizyjnych za transakcje dokonywane przez kierowców kartą płatniczą bądź BLIK. Celem prawidłowego wyliczenia kosztów miesięcznych prowizji jakie Wykonawca będzie musiał ponieść, należy uwzględnić dwa najważniejsze czynniki, którymi są:

- a) przewidywany obrót uzyskanych transakcji ww. metodami płatności
- b) prowizja pobierana przez agenta rozliczeniowego (acquirera) tj. dostawcę usług płatniczych zawierającego z odbiorcą umowę o akceptowanie i obsługę transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę płatniczą, których wynikiem jest transfer środków pieniężnych na rzecz odbiorcy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z udzielonymi odpowiedziami przez Zamawiającego z dnia 13.01.2023 r. Załącznik nr 2 do modyfikacja, wyjaśnienia treści SWZ, Zamawiający dołączył do postępowania tabelę pod nazwą „Estymacja szacowanej wartości sprzedaży biletów w ŚSP - w nowych parkomatach, przy założeniu dotychczasowej stawki opłat”, wskazując możliwe obroty ŚSP w okresach 09.2023-12.2024. Wykonawca, do obliczenia kwoty prowizji przyjął dane, jakie Zamawiający wskazał w analogicznym postępowaniu

prowadzonym w 2021 roku, pod numerem referencyjnym postępowania: 49/B/IP/2021 „Dostawa 150 sztuk parkometrów wraz z serwisem”. W OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy, w pkt 4.44. Zamawiający wskazał bowiem, że: „Wykonawca wskazuje podmiot rozliczeniowy, z którym Zamawiający podpisze umowę o rozliczanie transakcji kartowych, przy czym prowizja Rozliczającego nie może przekroczyć 1,2% od kwoty rozliczanej transakcji (wysokość obecnie obowiązującej prowizji z umowy z First Data Poland S.A.). Wskazanie Rozliczającego nastąpi na etapie podpisywania umowy na dostawę parkometrów wraz z serwisem.”

Celem skalkulowania pozycji kosztowej dotyczącej prowizji od opłat, Wykonawca dokonał zsumowania transakcji kartami płatniczymi oraz BLIK, które udostępnił Zamawiający, wraz z oszacowaniem średniej miesięcznego obrotu ŚSP w latach 01.2025-08.2025 bazując na wyliczeniach przedstawionych przez Zamawiającego. Opierając się na powyższej informacji, Wykonawca dokonał obliczeń średnio miesięcznych obrotów z ŚSP uzyskanych z płatności kartami płatniczymi oraz BLIK mnożąc każdą z funkcjonalności przez współczynnik prowizyjny 1,2%.

| Tabela obrót ŚSP w Gdańsku | | | |
|----------------------------|---------|---------|-----------------|
| rok | miesiąc | BLIK | karty płatnicze |
| | IX | 25291zł | 961000zł |
| 2023 | X | 25043zł | 962000zł |
| | XI | 25043zł | 868000zł |
| | XII | 25043zł | 939000zł |
| | I | 25033zł | 720000zł |
| | II | 18948zł | 743000zł |
| | III | 17546zł | 765207zł |
| | IV | 17598zł | 828762zł |
| | V | 24177zł | 997999zł |
| 2024 | VI | 23448zł | 1081264zł |
| | VII | 39554zł | 1484261zł |
| | VIII | 40038zł | 1574401zł |
| | IX | 25291zł | 961094zł |
| | X | 25043zł | 962095zł |
| | XI | 25033zł | 868924zł |
| | XII | 20844zł | 939152zł |
| | I | 25186zł | 978000zł |
| | II | 25186zł | 978000zł |
| | III | 25186zł | 978000zł |
| | IV | 25186zł | 978000zł |
| | V | 25186zł | 978000zł |
| 2025 | VI | 25186zł | 978000zł |
| | VII | 25186zł | 978000zł |
| | VIII | 25186zł | 978000zł |
| | IX | 25186zł | 978000zł |
| | X | 25186zł | 978000zł |
| | XI | 25186zł | 978000zł |
| | XII | 25186zł | 978000zł |
| | I | 25186zł | 978000zł |
| | II | 25186zł | 978000zł |
| | III | 25186zł | 978000zł |

| | | | |
|------|------|---------|----------|
| 2026 | IV | 25186zł | 978000zł |
| | V | 25186zł | 978000zł |
| | VI | 25186zł | 978000zł |
| | VII | 25186zł | 978000zł |
| | VIII | 25186zł | 978000zł |

śr. miesięczny obrót

25186zł

978227zł

W ocenie Odwołującego, powyższe oznacza, że Wykonawca winien uwzględnić koszt związany z prowizją od płatności kartą na poziomie co najmniej 11 739 zł miesięcznie, zaś

za płatności BLIK na poziomie 302 zł miesięcznie – oczywiście z zastrzeżeniem, że

wysokość opłat za parkowanie nie ulegnie zwiększeniu w okresie realizowania umowy tj. w okresie 36 miesięcy. Niemniej jednak z uwagi na fakt, iż oferta cenowa MBS

Computergraphik Sp. z o.o. nie zawiera informacji w zakresie zlecenia tej czynności

podwykonawcy, Odwołujący powziął wątpliwość, czy kalkulacja Wykonawcy uwzględni w ogóle pozycję kosztową związaną z koniecznością ponoszenia przez Wykonawcę prowizji od płatności BLIK oraz płatności kartą.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że przyjmując wartość prowizji na poziomie 1,2 % kierował się daleko posuniętą ostrożnością, bowiem po dokonaniu aktualnego rozeznania rynku oraz bazując na wysokości prowizji w innych strefach płatnego parkowania obsługiwanych przez Odwołującego się, wskazał należy, że prowizje agentów wynoszą aktualnie ok. 2 %. Celem potwierdzenia powyższego, Odwołujący załącza ofertę z Banku Pekao. Dowód: Oferta Banku Pekao z dnia 16 listopada 2022 r.;

Pozostałe

W pozycji pozostałe Odwołujący uwzględnił m.in. koszty poboczne takie jak:

- koszt odzieży dla pracowników (Zamawiający wskazał, że pracownicy serwisu powinni być wyposażeni w odpowiedni strój roboczy celem wykonywania swoich obowiązków służbowych);
- koszt związany z wymianą wszelkich naklejek na parkomatach, które mogą zostać poddane aktom wandalizmu (zerwanie, graffiti);
- koszt związany z artykułami spożywczymi dla pracowników, aby zapewnić im odpowiednie stanowisko pracy celem realizowania swoich codziennych obowiązków.

Uwzględniając powyższe składowe, w ocenie Odwołującego brak jest możliwości zrealizowania serwisu parkomatów za wskazaną przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. cenę, tj. 32 070 zł netto miesięcznie. Tym bardziej, że Odwołujący się w powyżej

zaprezentowanej kalkulacji nie uwzględnił kosztów związanych chociażby z ubezpieczeniem OC oraz ze zmianą w oprogramowaniu lub w urządzeniach wynikających ze zmian prawa powszechnego lub miejscowego oraz wprowadzania modyfikacji, o których mowa w rozdz. XV OPZ, zaś koszt związany z zatrudnieniem pracowników przyjął na minimalnym poziomie. Nawet zakładając, że MBS Computergraphik Sp. z o.o. dostarcza parkomaty „po kosztach”,

to wynagrodzenie wskazane w ofercie za serwis jest obiektywnie zaniżone. Potwierdza to kalkulacja Odwołującego, która została przygotowana z uwzględnieniem kosztów minimalnych, które niekoniecznie są możliwe do osiągnięcia. Zamawiający powinien odrzucić ofertę MBS Computergraphik Sp. z o.o. również w przypadku, gdy istotny składnik cenotwórczy jest rażąco nisko tak jak w niniejszym postępowaniu. Brak jest również uzasadnienia dla obniżenia ceny serwisu względem poprzedniego postępowania w sytuacji powszechnie znanego wzrostu kosztów z uwagi na wysoką inflację, wysokie ceny nośników energii (prąd, gaz, paliwo).

Z tego powodu należy uznać, że oferta MBS Computergraphik Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. W tym miejscu Odwołujący przypomina również, że brak jest pewności co do złożenia wyjaśnień ceny w terminie. Jednak z uwagi na nieprzekazanie dokumentów, ocena w tym zakresie możliwa jest jedynie po zweryfikowaniu przez Izbę korespondencji jaka wystąpiła pomiędzy Wykonawcą wybranym a Zamawiającym.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 120 sztuk parkometrów wraz z serwisem”. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego zamówienia zostało przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 grudnia 2022 r.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest:

- a) dostawa 120 sztuk parkometrów do miejsc lokalizacji wraz wykonaniem i montażem fundamentów;
- b) przeniesienie do 150 sztuk parkometrów wraz z istniejącymi fundamentami będących już w posiadaniu Zamawiającego;
- c) przeprowadzenie prób testowych;
- d) przeprowadzenie szkolenia wyznaczonego personelu Zamawiającego w zakresie zasad użytkowania dostarczonych parkometrów;
- e) wykonywanie usług serwisowych (w okresie 36 m-cy od dnia odbioru przedmiotu zamówienia) oraz pozostałych czynności określonych w OPZ

Izba ustaliła, że w Rozdziale II, pkt 4 Zamawiający wskazał: „Wymagania w zakresie zatrudnienia osób - Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli

wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26.06.1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320) obejmują następujące rodzaje czynności; Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres obowiązywania umowy do zatrudnienia (do realizacji przedmiotu umowy) na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy 2 osób wykonujących prace związane z serwisowaniem parkometrów, z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem za pracę ustalonym w Ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Obowiązek ten dotyczy także podwykonawców.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII „Sposób obliczenia ceny”, Zamawiający wskazał m.in.

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami Formularza Ofertowego z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.
2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.
3. Wartość netto pozycji 1 Formularza ofertowego „Dostawa i montaż parkometru” (wiersz 1 kolumna 6) nie może przekroczyć 75% wartości pozycji „Wartość netto RAZEM”.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 do SWZ, Zamawiający zawarł wzór umowy z wykonawcą. Zgodnie § 2 ust. 1 pkt 3) projektu umowy (Załącznik nr 2 do SWZ), prace serwisowe stanowią element Etapu III zamówienia, i są realizowane „we wszystkie dni tygodnia i roku”.

Izba ustaliła, że w ramach Etapu III wykonawca jest zobowiązany do:

- a) obsługi mikrowpłat BLIK;
- b) dokonania wszelkich uzgodnień z Zamawiającym;
- c) pokrycia kosztów przyjęcia przez urządzenie monet niebędących w oficjalnym obiegu

dopuszczonym przez NBP, monet kolekcjonerskich oraz wszelkich innych monet będących falsyfikatami, zgodnie z rozdziałem VII punkt 2 OPZ;

- d) każdorazowego oznakowania i zabezpieczenia miejsca prowadzenia prac w zakresie montażu oraz demontażu;
- e) każdorazowego przywrócenia nawierzchni pasa drogowego, po zamontowaniu urządzeń do poboru opłat parkingowych;
- f) podejmowania wszelkich działań mających na celu utrzymanie ciągłej pracy systemu

objętego niniejszym zamówieniem (w tym: utrzymanie stałego dostępu do systemu zarządzania parkometrami oraz danych transakcyjnych bieżących i historycznych) oraz wysokiego poziomu świadczonych usług, w szczególności do prowadzenia

dozoru technicznego oraz kompleksowego serwisu gwarantującego stałą gotowość operacyjną urządzeń, w tym zapewnienia na własny koszt wszystkich materiałów eksploatacyjnych;

- g) niezwłocznego zawiadamiania Zamawiającego drogą elektroniczną (poprzez

oprogramowanie systemu zarządzania parkometrami) o zaistniałych awariach urządzeń oraz o ich usunięciu;

h) dostawy i montażu (umieszczenia instrukcji na parkometrze, a w wypadku naklejek

ich naklejenia) 400 kompletów (jeden komplet rozumiany jako dwie informacje na bokach parkometru oraz jako jedna informacja na ścianie środkowej urządzenia) oznakowania zewnętrznego parkometrów będących w posiadaniu Zamawiającego (należy ustalić wzór oznakowania z Zamawiającym oraz uzyskać jego pisemną, uprzednią akceptację). W przypadku instrukcji i naklejek (150 kompletów - jeden komplet rozumiany jako dwie informacje na bokach parkometru oraz jako jedna informacja na ścianie środkowej urządzenia);

i) dla kierowców korzystających z dostarczonych parkometrów, treść do umieszczenia

na urządzeniu należy ustalić z Zamawiającym oraz uzyskać jego pisemną, uprzednią akceptację. Przykładowy wzór oznakowania parkometrów określono w załączniku nr 7;

j) utrzymania i serwisowania oprogramowania do zarządzania parkometrami i obsługi

płatności elektronicznych;

k) udzielania Zamawiającemu wszelkiej pomocy, przekazania całej niezbędnej

dokumentacji oraz koniecznego oprogramowania wraz z udzieleniem licencji pozwalających na dalsze wykorzystanie urządzeń po zakończeniu umowy i zobowiązań z niej wynikających, z zastrzeżeniem lit. l;

l) w wypadku oprogramowania do zarządzania parkometrami i obsługi płatności

elektronicznych, udostępnianego w ramach umowy w formie usługowej, w modelu Software as a Service, Zamawiający akceptuje konieczność przeprowadzenia odrębnego postępowania po zakończeniu okresu obowiązywania umowy, w celu ewentualnego dalszego korzystania z tego oprogramowania po zakończeniu umowy;

m) wskazania w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy podmiotu/podmiotów rozliczających karty płatnicze, z którymi Wykonawca zawrze odrębne umowy;

n) zapewnienie usług gwarancyjnych stosownie z § 8 umowy.

Po stronie Wykonawcy będzie również:

a) zawarcie umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane

za pomocą systemu BLIK (OPZ ust. VII pkt 4),

b) zawarcie umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane

za pomocą kart płatniczych (OPZ ust. VII pkt 6),

c) poniesienie wszelkich kosztów wynikających z podpisania umowy z agentem

rozliczeniowym, w tym prowizji za zrealizowane płatności (OPZ ust. VII pkt 7).

Zgodnie z §4 ust. 2 projektu umowy „z zastrzeżeniem § 8 ustęp 11, Wynagrodzenie Wykonawcy uwzględnia wszelkie koszty i składniki niezbędne i związane z prawidłową realizacją całości przedmiotu umowy oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, oraz w szczególności uwzględnia następujące koszty: 1) dostarczenia, załadunku i rozładunku, transportu wraz z cłami i podatkami;

2) ubezpieczenia OC (załącznik nr 4);

3) przeprowadzenia prób testowych urządzenia;

4) formalności celnych w eksporcie, tranzycie i imporcie;

5) podatków (w tym VAT w stawce obowiązującej na dzień wystawienia faktury) innych

opłat związanych z eksportem, tranzytem i importem;

6) dostarczenia dokumentów, wymaganych niniejszą umową;

7) zmian w oprogramowaniu lub w urządzeniach wynikających ze zmian prawa

powszechnego lub miejscowego oraz wprowadzania modyfikacji, o których mowa w rozdz. XV OPZ;

8) pokrycie kosztów przyjęcia przez urządzenie monet niebędących w oficjalnym obiegu

dopuszczonym przez NBP, monet kolekcjonerskich oraz wszelkich innych monet będących fałszywkami, zgodnie z

rozdziałem VII punkt 2 OPZ;

- 9) mikrowpłaty od poboru opłaty za pomocą kart płatniczych i BLIK;
- 10) udzielenia wymaganych licencji dotyczących oprogramowania i innych utworów przekazywanych lub udostępnianych Zamawiającemu w ramach realizacji umowy;
- 11) dostarczenia i posadowienia nowych fundamentów;
- 12) utylizacji wymienionych części;
- 13) zapewnienie dodatkowych 100 godzin rozwojowych w zakresie wprowadzania modyfikacji oprogramowania udostępnianego w ramach umowy, w tym oprogramowania parkometrów, z których Zamawiający będzie mógł skorzystać w ramach umowy; zasady wykorzystania godzin rozwojowych opisane są w rozdziale XV OPZ.”

Izba ustaliła, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 5 500 000 zł brutto.

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców:

| Nazwa (firma) i adres Wykonawcy | Cena ofertowa brutto |
|--|----------------------|
| MBS Computergraphik Sp. z o.o. ul. Grodziska 15 05-870 Błonie NIP. 5290009146 | 3.969.849,60 zł |
| City Parking Group S.A. ul. Budowlanych 3 86-300 Grudziądz NIP. 8762195667 | 5.997.430,80 zł |
| KBU Sp. z o.o. ul. Flac na Groblach 21/D 31-101 Kraków NIP. 6762460789 | 8.413.015,50 zł |
| FVBD S.A. U. Fordońska 2 85-085 Bydgoszcz NIP. 8762459770 | 6.889.968,00 zł |

W ramach formularza ofertowego każdy z Wykonawców zobowiązany był wycenić odrębnie:

- 3) dostawę i montaż parkometru,
- 4) serwisowanie parkometru przez 1 miesiąc.

W zakresie poszczególnych ofert wyceny szczegółowe kształtują się w sposób następujący:

| Wykonawca | Dostawa i montaż 1 szt. parkometru (brutto) | Serwis parkometru przez 1 miesiąc (brutto) |
|--------------------------------|---|--|
| MBS Computergraphik Sp. z o.o. | 21 248,25 zł | 328,72 zł |
| City Parking Group S.A. | 30 141,15 zł | 551,04 zł |
| KBU Sp. z o.o. | 41 673,62 zł | 789,86 zł |
| FVBD S.A. | 38 376,00 zł | 528,90 zł |

Izba ustaliła, że średnia arytmetyczna wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 6

317 565,98 zł brutto. Średnia cena dla poszczególnych zakresów wygląda następująco:

| Dostawa i montaż 1 szt. parkometru (brutto) | Serwis parkometru przez 1 miesiąc (brutto) |
|---|--|
| 32 859,76 zł | 549,63 zł |

Dowód: Oferty wykonawców; Informacja z otwarcia ofert;

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2023 r. wezwał wykonawcę MBS Computergraphik Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż oferta tego

Wykonawcy odbiegała „o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych, niepodlegających odrzuceniu ofert.” Wyjaśnienia miały być złożone w terminie 5 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma, przy użyciu Elektronicznej Skrzynki Podawczej ePUAP lub poczty elektronicznej. Wykonawca w dniu 9 lutego 2023 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny zastrzegając je jednocześnie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że na wniosek wykonawcy termin do złożenia wyjaśnień został przedłużony do dnia 9 lutego 2023 r. (dowód: korespondencja z dnia 3 lutego 2023 r. w aktach sprawy).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 15 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał ponownie wykonawcę MBS Computergraphik Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień wskazując: „(...) podczas badania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych 09.02.2023r. przez Wykonawcę powziął wątpliwość dotyczącą zgodności treści oferty z SWZ w zakresie zaoferowania gotowego produktu. Zgodnie z treścią wyjaśnień wykonawca wskazał, iż: „finalny produkt na rzecz Zamawiającego będzie kompletowany, uruchamiany i testowany bezpośrednio w siedzibie Wykonawcy. Wszystkie prace instalacyjne wykonywane będą przez serwis techniczny Wykonawcy przy wykorzystaniu zasobów już zlokalizowanych w Gdańsku”.

Zamawiający natomiast wymagał aby oferowane urządzenie spełniało wymagania postawione w OPZ, pkt II A Wymagania ogólne, tzn. „Parkometry muszą być fabrycznie nowe, nie mogą być prototypem, muszą być jednego typu i pochodzić z bieżącej produkcji (winne być wyprodukowane w latach 2022-2023), objęte fabryczną gwarancją producenta przez okres minimum 36 miesięcy od daty uruchomienia, kompletne i gotowe do użytku”. W związku z powyższym, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy oferowane parkometry są urządzeniem kompletnym i finalnym, czy prototypem podlegającym testowaniu?”

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 lutego 2023 r. wykonawca złożył wyjaśnienia. Izba ustaliła, że ich treść nie została zastrzeżona przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 6 lutego 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego, o udostępnienie:

- 3) Protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa 150 sztuk parkometrów wraz z serwisem”;
- 4) Informacji, czy Zamawiający wezwał Wykonawcę MBS Computergraphik Sp. z o.o. do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub

ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, ewentualnie o udzielenie informacji, czy Zamawiający planuje wezwać ww. Wykonawcę do złożenia przedmiotowych wyjaśnień, szczególnie z uwagi na fakt, że cena całkowita oferty złożonej przez MBS Computergraphik Sp. z o.o. jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 10 lutego 2023 r. przekazał Odwołującemu protokół z postępowania „uzupełniony adekwatnie do etapu postępowania.” W pozostałym zakresie Zamawiający poinformował, że „zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp - załączniki do protokołu udostępnia się co do zasady, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo po unieważnieniu postępowania. Wyjątek w odniesieniu do momentu dostępności załączników do protokołu Pzp czyni się tylko w stosunku do ofert i załączników do ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oferty wraz z załącznikami zostały Państwu udostępnione 03.02.2023r - w załączeniu przesyłam je raz jeszcze.”

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 17 lutego 2023 r. złożył ponowny wniosek o udostępnienie informacji. Wykonawca wskazał: (...) podtrzymujemy swoje żądanie w zakresie udostępnienia City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu: 1. Informacji, czy Zamawiający wezwał Wykonawcę MBS Computergraphik Sp. z o.o. do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, ewentualnie wnosimy o udzielenie informacji, czy Zamawiający planuje wezwać ww. wykonawcę do złożenia przedmiotowych wyjaśnień. W przypadku gdy na dzień mniejszego wniosku stosowne wyjaśnienia zostały już złożone przez MBS Computergraphik Sp. z o.o., wnosimy ponadto o ich udostępnienie. Nie sposób zgodzić się z Państwa stanowiskiem wskazującym jakoby treść wezwania Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie podległyby udostępnieniu w trybie art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych. Powyższa nieprawidłowość wynika prawdopodobnie z błędnej Interpretacji pojęcia „oferta” Wobec czego zaakcentować należy, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią element oferty złożonej przez Wykonawcę.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 lutego 2023 r. Zamawiający wskazał, że „(...) potwierdza, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne a protokół prowadzonego postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) ofertę udostępnia się

niezwłocznie wraz z załącznikami, a więc dołączonymi przez wykonawcę do oferty oświadczeniami lub dokumentami, m.in.:

- załącznikami do oferty, np. kosztorysem, potwierdzeniem wniesienia wadium itp.
- oświadczeniem wstępnym, o którym mowa w art. 125 ust 1 Pzp,
- przedmiotowymi środkami dowodowymi (art. 107 ust. 1 Pzp),
- zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu lub potencjału (art. 118 ust. 3 Pzp),
- oświadczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy (art. 117 ust. 4),
- dokumentami wykazującymi umocowanie do występowania w imieniu wykonawcy, np. pełnomocnictwem.

Powyżej wymienione załączniki do oferty udostępniane są niezwłocznie, niezależnie od tego, czy zostały przekazane Zamawiającemu wraz z ofertą, czy dostarczone później w wyniku odpowiedzi na wezwanie. Zgodnie z katalogiem załączników, wyrażonym w art. 73 ust. 1 ustawy Pzp, załączniki rozwijające lub uzupełniające treść protokołu winny być udostępniane na zasadach właściwych dla udostępnienia protokołu, tj. po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Zgodnie z powyższym, złożone oferty wraz z załącznikami zostały przesłane do City Parking Group S.A. drogą elektroniczną w dniu 03/02/2023 i 10/02/2023, natomiast wyjaśnienia, oświadczenia i inne dokumenty i informacje składane w postępowaniu przez zamawiającego i wykonawców, niezbędne do przeprowadzenia postępowania, zostaną udostępnione zgodnie z zapisami art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po dokonaniu

wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 13 marca 2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść uzasadnienia wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o. dotyczącego zastrzeżenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający również potwierdził, że wezwał wykonawcę MBS Computergraphik Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 marca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się częściowo zasadne. Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 1 - 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca MBS Computergraphik Sp. z o.o. w sposób prawidłowy wykazał spełnienie przesłanek koniecznych do zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie, zarzuty Odwołującego Izba uznała za niezasadne.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w ustawie Pzp.

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

Izba podkreśla, że zasada jawności to fundamentalna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2), przy czym wykładnia tego przepisu powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem wyłączenie czy ograniczenie jawności postępowania przetargowego powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Problem nieuprawnionego i niezasadnego zastrzegania przez wykonawców dokumentów ofertowych poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi istotny element systemu zamówień publicznych. Narzędzie to bowiem wielokrotnie jest wykorzystywane przez wykonawców jako sposób do uniemożliwienia innym uczestnikom

postępowania zweryfikowania prawidłowości złożonych dokumentów. Takie działanie nie może być aprobowane. Realizacja zadań publicznych przejawiająca się m.in. w dysponowaniu środkami publicznymi, wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy i umożliwienia jak najpełniejszej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów.

Wskazać dalej należy, że w dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie UZNK formuluje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonej kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych, a tym bardziej gdy ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wyceny kosztów realizacji konkretnych zamówień. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element

subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą.

Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zmagającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjęć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Należy również wskazać, że ustawodawca w art. 18 ust. 3 nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miały być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 UZNK. Rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał poprzez wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu UZNK czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarczy zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą. 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. Nie wystarczy samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą. Wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbitciem na każdą informację objętą ochroną. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Dopuszczalne są sytuacje kiedy nie da się określić w sposób jednoznaczny wartości finansowej określonej informacji np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas przedsiębiorca powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelevantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazanie czy jej wartość jest wysoka czy niska. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać po pierwsze, że Izba dokonuje w postępowaniu odwoławczym oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, jej zgodności z przepisami prawa i postanowieniami SWZ. W kontekście omawianego zarzutu, Izba weryfikuje czynność Zamawiającego polegającą na ocenie zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę MBS treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Izba wskazuje, że aktach postępowania przetargowego nie znajduje się żaden dokument zawierający analizę dokonaną przez Zamawiającego w zakresie prawidłowości zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy. Skutkuje to tym, że Izba nie zna szczegółów decyzji Zamawiającego w zakresie wykazania przez wykonawcę MBS przesłanek koniecznych do zastrzeżenia treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby, czynność Zamawiającego w zakresie badania zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może odbywać bez jej udokumentowania w dokumentacji postępowania przetargowego. Izba zauważa, że czynność odtajnienia czy czynność utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do określonych informacji/dokumentów winna zawsze mieć odzwierciedlenie w aktach postępowania przetargowego i zawierać uzasadnienie. Stanowi to substrat zaskarżenia dla poszczególnych wykonawców. Jej brak uniemożliwia wykonawcom dokonania analizy poprawności decyzji Zamawiającego i

ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Oczywiście, pośrednio można wywieść i argumentować, że Zamawiający zgadza się z uzasadnieniem przedstawionym z wykonawcą i w związku z tym utrzymuje zasadność zastrzeżenia informacji. Nawet gdyby przyjęć tak wąski zakres wymagania wobec Zamawiającego, to taka decyzja powinna być również elementem dokumentacji postępowania. Izba jednakże podkreśla, że Zamawiający samodzielnie ocenia wykazanie przez wykonawcę przesłanek koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i czynność ta nie powinna ograniczać się do biernego przyjęcia stanowiska wykonawcy. W analizowanym stanie faktycznym, wobec braku uzasadnienia i analizy ze strony Zamawiającego treści złożonego przez wykonawcę MBS uzasadnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, przedmiotem oceny Izby jest czynność Zamawiającego polegająca na zaaprobowaniu tego uzasadnienia. Należy bowiem uznać, że Zamawiający przyjął argumentację wykonawcy jako

argumentację własną i uznał ją za prawidłową i wystarczającą. Izba uznała, że Zamawiający postąpił nieprawidłowo. W uzasadnieniu przekazanym przez wykonawcę MBS nie zostały wykazane przesłanki uzasadniające uznanie treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby z treści uzasadnienia nie wynika, że ziszczyły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej dla każdej z zastrzeganych przez siebie informacji, względnie wartości gospodarczej wyjaśnień jako jednego dokumentu. Zdaniem Izby obowiązek „wykazania” nie może być utożsamiony z deklaracją wykonawcy co do spełnienia koniecznych przesłanek warunkujących zasadne zastrzeżenie informacji.

Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w przedmiotowym piśmie jest ogólna, w dużej części opiera się o generalne twierdzenia o istotnym znaczeniu zastrzeżonych informacji, ich poufnym charakterze, możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę w przypadku jej ujawnienia.

Odnosząc się do wartości gospodarczej, wykonawca MBS wskazał: „(...) dokument ten zawiera unikalny know how biznesowy, techniczny i organizacyjny Wykonawcy, który podlega ochronie. W szczególności ochronie podlegają informacje na temat grona podwykonawców i kontrahentów Wykonawcy, warunków handlowych współpracy Wykonawcy z jego podwykonawcami i kontrahentami, poziomu cen nabywanych urządzeń i komponentów, stosowanej marży i innych warunków finansowo – handlowych współpracy. Z tego też względu informacje te mają istotne znaczenie z punktu widzenia uzasadnionych interesów Wykonawcy, a także posiadają zdecydowanie gospodarczy charakter. W świetle

zaprezentowanej w niniejszym piśmie argumentacji, informacje te nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, iż ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych Wykonawcy. (...) Nie ulega wątpliwości, iż takie dane, stanowiąc szczególne dobro każdego przedsiębiorstwa nie powinny być udostępniane podmiotom trzecim, w szczególności zaś podmiotom konkurencyjnym. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, iż zastrzeganie tego typu danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest stałą praktyką stosowaną przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje te w sposób bezpośredni i pośredni świadczą bowiem o doświadczeniu i wiedzy Wykonawcy, stanowią dorobek wynikający z wieloletniej praktyki rynkowej i bogatego doświadczenia. Ich ujawnienie w sposób nieuchronny prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej pomiędzy Wykonawcą, a podmiotami konkurencyjnymi, w sposób jednoznaczny faworyzując te ostatnie. Udostępnienie tych informacji może prowadzić także do osłabienia zaufania pomiędzy Wykonawcą oraz jego współpracownikami, co w dalszej kolejności może prowadzić do ograniczenia lub zerwania prowadzonej między nimi współpracy handlowej.” Zdaniem Izby, przytoczone uzasadnienie wykonawcy ma charakter ogólny i nie odnosi się przedmiotowych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w tym konkretnym postępowaniu. Analiza złożonych wyjaśnień wskazuje, że wykonawca przedstawił wyłącznie sposób kalkulacji ceny w tym konkretnym postępowaniu. Wyjaśnienia zawierają ogólne stwierdzenia dotyczące współpracy z podwykonawcami i dostawcami i rzekomych rabatów, jakie uzyskuje w relacjach handlowych. Jednakże w treści uzasadnienia brak jest wskazania konkretnych warunków współpracy, indywidualnie ustalanych pomiędzy stronami, którym można byłoby przypisać wartość gospodarczą. Określone dane związane z działalnością gospodarczą wykonawcy mogą mieć wartość gospodarczą, ale taką wartość wykonawca winien wykazać. Tymczasem wykonawca MBS odniósł się w sposób ogólny do całości złożonych wyjaśnień, bez próby wykazania, które z informacji zawartych w wyjaśnieniach mają obiektywną wartość gospodarczą. Wykonawca nie wykazał, że ujawnienie informacji przez Zamawiającego spowoduje, że inni wykonawcy działający na rynku będą mogli je wykorzystać, narażając wykonawcę na potencjalne straty finansowe lub straty o charakterze niematerialnym. Wykonawca w żaden sposób nie uprawdopodobnił nawet możliwości wykorzystania informacji zawartych w wyjaśnieniach przez innych wykonawców poza ramami tego przedmiotowego postępowania. Twierdzenia wykonawcy o długoletniej współpracy gospodarczej, zaawansowaniu technologicznemu wykonawcy, posiadania własnego działu rozwoju i stałej kadry pracowników mają charakter ogólny, nie zostały wykazane, a nadto mogą być odniesione do każdego wykonawcy działającego na rynku. Twierdzenia te nie zostały w żaden sposób skonkretyzowane przez wykonawcę MBS.

Również twierdzenie, że ujawnienie informacji spowoduje zachwianie równowagi konkurencyjnej pomiędzy wykonawcą, a podmiotami konkurencyjnymi, jest kolejnym ogólnym stwierdzeniem wykonawcy MBS nic niewnoszącym do sprawy. Wykonawca winien wykazać w czym konkretnie przejawiałoby się to ryzyko zachwiania konkurencji, jakie informacje ujawnione przez Zamawiającego miałyby jakikolwiek przełożenie na konkurowanie wykonawców na rynku. Gdyby przyjął możliwość taka szerokiego rozumienia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jak chciałaby wykonawca MBS tj. przypisania takiej wartości gospodarczej dowolnym informacjom uznawanym subiektywnie przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa wyłącznie na podstawie ogólnych stwierdzeń wykonawcy, wówczas po pierwsze zasada jawności postępowania nie mogłaby być w pełni realizowana w ramach postępowań przetargowych. Po drugie, działanie takie pozostawałoby sprzeczne z ustawowymi wymaganiami zawartymi w art. 11 ust. 2 UNZK. Należy bowiem podkreślić, że w przywołanej regulacji ustawodawca wymaga wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Zatem, należy wykazać wartość gospodarczą albo poszczególnych informacji zawartych w wyjaśnieniach lub zbioru lub ich zestawienia. Należy podkreślić, że istotną postępowania przetargowego jest jawność. Wykonawca który podejmuje świadomą decyzję uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć pełną świadomość zasad na jakich wydatkowane są środki publiczne. Elementem jawności postępowania jest m.in. jawność wyceny kosztów realizacji zamówienia, narządzie to gwarantuje możliwość weryfikacji poprawności kalkulacji, przyjętych założeń, a tym samym minimalizuje ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia. Jest oczywistym dla Izby, że określone informacje dotyczące działalności gospodarczej wykonawców mogą mieć przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Wszelkie wewnętrzne metodologie wyceny kosztów, stanowiące indywidualnie wypracowane przez wykonawcę sposoby kalkulacji mogą być uznane za informacje mające wartość gospodarczą. Jednakże wykonawca musi określić ową metodologię, wykazać możliwość jej wykorzystania przez innych wykonawców, a nade wszystko musi wykazać, że z jej pomocą kalkulował koszty realizacji zamówienia. Takich okoliczności wykonawca MBS nie wykazał w treści

uzasadnienia.

Ponadto, w złożonym uzasadnieniu wykonawca MBS wskazał: „Zamawiający podejmuje decyzję o tym, co jest, a co nie jest tajemnicą danego przedsiębiorcy, a zatem oceny daleko wykraczającej poza samo prowadzenie postępowania przetargowego i jego cel. Decyzje w tym zakresie mogą mieć zatem istotne skutki dla wykonawcy i dla całej prowadzonej przez niego działalności. Z tego względu konieczna jest daleko posunięta ostrożność i dbałość o przestrzeganie uzasadnionych interesów danego wykonawcy, niezależnie od tego, iż interesy te mogą mieć charakter subiektywny.” Odnosząc się do stanowiska wykonawcy,

Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że to wykonawca MBS miał obowiązek wykazać w pierwszej kolejności, że zastrzeżone informacje mogą być w jakikolwiek sposób wykorzystane poza ramy prowadzonego postępowania przetargowego przez innego wykonawcę. Stanowisko jednak wykonawcy sprowadzało się ponownie do przytoczenia ogólnego poglądu z doktryny, bez odniesienia go do tego konkretnego postępowania i tych konkretnych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę MBS. Izba uznała argumentację za ogólną, a tym samym nieprzydatną do oceny okoliczności faktycznych w jakich znajduje się wykonawca MBS w tym konkretnym postępowaniu. Takiej oceny bowiem winien dokonać wykonawca w treści uzasadnienia, nie zaś Izba w postępowaniu odwoławczym.

Ponadto, Izba wskazuje, że złożone przez wykonawcę załączniki do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie zostały w żaden sposób opatrzone klauzulą poufności. Pojedyncze faktury z wybranymi podmiotami nie stanowią zobrazowania relacji handlowych z tymi podmiotami, a są wyłącznie potwierdzenie, że w przeszłości wykonawca MBS zakupił określony towar, po określonej cenie. Z treści faktur nie wynika nawet wysokość udzielonego rabatu, na jaki powołuje się wykonawca MBS. Dokumenty dotyczące wykonanych zamówień dotyczą inwestycji publicznych, a więc co do zasady są dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. Informacje o patentach czy wzorach użytkowych są również publicznie dostępne. Zastrzeżenie jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wydruków internetowych cen za odzież roboczą jest, zdaniem Izby, typowym przykładem nadużycia przez wykonawcę instrumentu jakim jest ochrona informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W czym wykonawca upatruje obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji jest dla Izby niejasne. Zastrzeżone informacje są powszechnie dostępne w internecie dla innych podmiotów. W treści uzasadnienia nie ma żadnych informacji, że są to jakieś indywidualnie oferty handlowe złożone wykonawcy MBS w ramach współpracy z podmiotami trzecimi. Co więcej w treści zastrzeżonych informacji nie ma żadnej adnotacji, że podmioty trzecie zastrzegły ich treść jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki na gruncie art. 11 ust. 2 UZNK, stanowiącej o możliwości zakwalifikowania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile dany podmiot podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, zaznaczyć należy, że ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakichkolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. W analizowanym stanie faktycznym, już samo stwierdzenie wykonawcy MBS zawarte na stronie 8 cyt.: „Informacje i dokumenty

zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są informacjami powszechnie dostępnymi oraz nigdy nie były przez niego ujawniane do publicznej wiadomości”, dyskredytuje treść uzasadnienia i możliwość uznania, że wykonawca wykazał spełnienie omawianej przesłanki. Jak Izba wskazała powyżej, część załączników do wyjaśnień dotyczy informacji publicznie dostępnych. Ponadto Izba wskazuje, że wykonawca MBS, poza ogólnymi stwierdzeniami o szczególnej ochronie informacji poufnych w swoim przedsiębiorstwie, przedstawił wzór oświadczenia pracownika, wzór umowy o pracę, wzór umowy o zachowanie w poufności. Są to wzory pism, nie zaś dowody na to, że konkretne informacje znajdujące się w uzasadnieniu są w sposób szczególny chronione przez wykonawcę. Nie ma żadnego dowodu, że ktośkolwiek, to ma dostęp do zastrzeżonych informacji, podpisał przedłożone dokumenty. Odnosząc się do umowy o zachowanie poufności zawartej z First Data Izba wskazuje po pierwsze, że jest to ogólna umowa dotycząca zachowania w poufności informacji jakie strony mogą sobie przekazać w ramach prowadzonych rozmów dotyczących ewentualnej przeszłej współpracy w ramach określonego projektu. Należy podkreślić, że sam fakt zawarcia umowy o zachowanie w poufności informacji przekazywanych pomiędzy stronami nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania, iż konkretna informacja nieujawniona w postępowaniu przetargowym ma obiektywną wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza informacji nie może być utożsamiana z jej poufnym charakterem wykreowanym przez samego wykonawcę. Gdyby przyjął takie założenie za prawidłowe, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko co arbitralnie wykonawca uzna w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli czy zawarcie umowy o zachowanie poufności. Po drugie, złożona umowa nie ma jakiegokolwiek związku z wyjaśnieniami wykonawcy i złożonymi dokumentami. Wykonawca MBS nie wykazał jaki jest związek tej umowy z wyjaśnieniami. Analiza złożonych faktura wskazuje, że żadna z nich nie pochodzi od podmiotu będącego stroną złożonej umowy. Izba podkreśla, że składanie przez wykonawców dokumentów niezwiązanych z postępowaniem i zastrzeżonymi informacjami nie ma znaczenia dla sprawy i z pewnością nie może stanowić dowodu na wykazanie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy. Ponadto Izba wskazuje, że żaden z załączników załączonych do wyjaśnień, a pochodzący od podmiotów trzecich nie został opatrzony klauzulą poufności.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawca MBS nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia. Wykonawca MBS zaniechał chociażby zidentyfikowania grupy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie wykazał jakie rzeczywiste środki bezpieczeństwa zostały podjęte w stosunku do tej grupy osób, w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Izba podkreśla, że w zasadniczej części wyjaśnienia wykonawcy MBS dotyczącą jego założeń co do realizacji

konkretnego przedmiotu zamówienia, w konkretnych warunkach określonych przez Zamawiającego w SWZ. Zdaniem Izby trudno przypisać takim założeniom obiektywną wartość gospodarczą wychodzącą poza ramy tego konkretnego postępowania. Wykonawca MBS nie wykazał jaka jest obiektywna wartość poszczególnych informacji zastrzeżonych przez wykonawcę czy też całego dokumentu. Nie sposób też uznać, że inni wykonawcy będą opierać się w swojej działalności na założeniach wykonawcy MBS co do wyceny przedmiotu zamówienia, które być może są błędne.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy sprzecznymi interesami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i zidentyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut naruszenia art. 239 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp i w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 266 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 224 ust 1, 5 i 6 ustawy 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. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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.

W okolicznościach faktycznych omawianej sprawy w/w zarzuty nie znalazły potwierdzenia. Izba zauważyła, że zarzuty zostały sformułowane wyłącznie w oparciu o hipotetyczne założenia Odwołującego. Odwołujący nie mógł z oczywistych względów przedstawić argumentacji dotyczącej wyjaśnień Wykonawcy MBS z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny to zarzut, którego podstawa faktyczna musi zawierać w sobie m.in. wykazanie nieprawidłowości w wyliczeniu kosztów realizacji zamówienia. Tymczasem Odwołujący nie mógł skutecznie zakwestionować wyliczeń wykonawcy MBS bowiem sposób wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, czynników kosztu – twórczych nie był Odwołującemu znany. Odwołujący nie miał dostępu do merytorycznej wyliczeń wykonawcy, a zatem nie mógł skutecznie wykazać ewentualnej ich nieprawidłowości. Zdaniem Izby sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie mają rzetelnej podstawy i jako takie są hipotetyczne, blankietowe. W art. 516 ust. 1 pkt 8) oraz 10) Ustawy Pzp ustawodawca określił warunki formalne odwołania, wśród których znajduje się m.in. obowiązek wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie tych okoliczności. Zdaniem Izby, Odwołujący nie znając treści wyjaśnień wykonawcy MBS nie jest w stanie sformułować prawidłowo zarzutu, ani podać okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających ich zasadność. Z tych przyczyn zarzuty jak i uzasadnienie odwołania w tej części są jedynie hipotetyczne i nie mogą zostać uwzględnione przez Izbę.

Jak Izba wskazała powyżej, cały wywód Odwołującego dotyczący złożenia oferty przez wykonawcę MBS zawierającej rażąco niską cenę został oparty o hipotetyczne założenia wykonawcy dotyczące nieuwzględnienia czy niepełnego uwzględnienia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący w tym zakresie przedstawił swoje szacunki kosztów związanych m.in. (i) z wykonaniem obowiązków związanych z zawarciem umowy z agentem rozliczeniowym autoryzującym transakcje zrealizowane za pomocą systemu BLIK oraz kartami płatniczymi; (ii) koszty serwisu parkomatów, w tym koszty związane z zatrudnieniem wymaganych przez Zamawiającego co najmniej 2 osób na umowę o pracę;

(iii) koszty utrzymania parkomatów, w tym koszty kart SIM, papieru, robocizny; (iv) koszty biura; (v) koszty auta; (vi) pozostałe koszty takie jak: koszt odzieży dla pracowników, koszt związany z wymianą wszelkich naklejek na parkomatach, które mogą zostać poddane aktom wandalizmu (zerwanie, graffiti); koszt związany z artykułami spożywczymi dla pracowników, aby zapewnić im odpowiednie stanowisko pracy celem realizowania swoich codziennych obowiązków.

Zdaniem Izby hipotetyczne wyliczenia Odwołującego w zakresie w/w kosztów składających się na koszty realizacji zamówienia należy uznać wyłącznie za wycenę kosztów jaką przyjąłby Odwołujący, nie zaś każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zdaniem Izby twierdzenia i hipotezy Odwołującego odnośnie sposobu wyliczenia kosztów realizacji zamówienia bez odniesienia do faktycznych danych zwartych w wyjaśnieniach i przedłożonych dowodach nie mogą stanowić podstawy uwzględnienia zarzutu. Każdy z wykonawcom indywidualnie szacuje bowiem

takie koszty, opierając się na swoich uwarunkowaniach, przewidywaniach czy ocenie ryzyk. Zatem brak odniesienia przez Odwołującego do treści wyjaśnień uniemożliwia uznanie zarzutów za zasadne. Nie jest zadaniem Izby wchodzić w rolę Odwołującego i oceniać w jego imieniu i na jego rzecz złożone przez wykonawcę MBS dowody i wyjaśnień. Takie działanie stanowiłoby wypaczenie zasady kontradyktoryjności postępowania pomiędzy stronami sporu. Skoro Odwołujący nie dokonał oceny wyjaśnień i złożonych przez wykonawcę MBS dowodów, to Izba nie może dokonać takiej oceny za wykonawcę. Takie działanie Izby nie mogłoby być zakwalifikowane jako bezstronne.

Zatem ogólne twierdzenia zawarte w odwołaniu w zakresie omawianego zarzutu, bez zakwestionowania konkretnych wyliczeń i wyjaśnień wykonawcy MBS zawartych w wyjaśnieniach stanowiły podstawę do oddalenia zarzutu Odwołującego.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o niedostępności treści wyjaśnień wykonawcy MBS w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej oraz argumentację Zamawiającego o braku obowiązku informowania wykonawców o dokonaniu czynności badania i oceny zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, należy wskazać w pierwszej kolejności, że Izba dokonuje w postępowaniu odwoławczym oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, jej zgodności z przepisami prawa i postanowieniami SWZ. W kontekście omawianego zarzutu, Izba weryfikuje czynność Zamawiającego polegającą na ocenie zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę MBS treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Izba wskazała powyżej, że aktach postępowania przetargowego nie znajduje się żaden dokument

zawierający analizę dokonaną przez Zamawiającego w zakresie prawidłowości zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy. Jaka konkretnie analiza Zamawiającego legła u podstaw jego decyzji co do utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa względem zastrzeżonych przez wykonawcę MBS dokumentów nie zostało wyjaśnione w dokumentacji postępowania. Skutkuje to tym, że Izba nie zna szczegółów decyzji Zamawiającego w zakresie wykazania przez wykonawcę MBS przesłanek koniecznych do zastrzeżenia treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Takich podstaw nie zna również wykonawca – Odwołujący. Zdaniem Izby, czynność Zamawiającego w zakresie badania zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może odbywać bez jej udokumentowania w dokumentacji postępowania przetargowego. Izba zauważa, że czynność odtajnienia czy czynność utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do określonych informacji/dokumentów winna zawsze mieć odzwierciedlenie w aktach postępowania przetargowego i zawierać uzasadnienie. Stanowi to substrat zaskarżenia dla poszczególnych wykonawców. Jej brak uniemożliwia wykonawcom dokonania analizy poprawności decyzji Zamawiającego i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Po drugie, Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający miał obowiązek poinformowania Odwołującego w odpowiedzi na wniosek o udostępnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę MBS w postępowaniu o tym czy wykonawca był wezwany do złożenia wyjaśnień, czy takie wyjaśnienia złożył czy się są one jawne. Treść wyjaśnień stanowi część oferty sensu largo. Zamawiający ostatecznie uczynił to w piśmie z dnia 27 lutego 2023 r. A więc uczynił zadość wnioskowi Odwołującego. O ile zgodzić się można z twierdzeniem Zamawiającego i Przystępującego, że żaden przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku informowania wykonawców o rozpoczęciu czy zakończeniu procesu badania tajemnicy przedsiębiorstwa, o tyle, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający ma obowiązek udokumentować takie działania poprzez odpowiednie dokumenty w aktach postępowania przetargowego, które to postępowanie ma charakter pisemny. Bez takich informacji w aktach postępowania wykonawca nie ma żadnej wiedzy kiedy taki proces został zakończony, z jakim wynikiem i jakie były podstawy decyzji Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 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). Izba wskazuje, że dokonała podziału kosztów stosownie do wyniku postępowania, obciążając strony kosztami w częściach równych. Odwołujący poniósł

dotychczas koszty postępowania w łącznej wysokości 18 600 zł z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika. Mając to na względzie Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot połowy poniesionych przez Odwołującego kosztów postępowania, tj. kwotę 9 300 zł.

Przewodniczący: