

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2025 r. przez Odwołującego: **BikeU Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Rondo ONZ 1, 00124 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu** (ul. Grudziądzka 159, 87100 Toruń),

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum: **Orange Polska S.A., Roovee S.A. z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)
- Uczestnik po stronie Odwołującego: wykonawca **Nextbike Polska S.A. z/s w Warszawie** (ul. Przasnyska 6B, 01-756 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **BikeU Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Rondo ONZ 1, 00124 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu** (ul. Grudziądzka 159, 87100 Toruń) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: KIO 829/25

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2025 r. przez wykonawcę BikeU Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg w Toruniu. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Dostawa, instalacja, uruchomienie i kompleksowa obsługa systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego”. Numer sprawy: DZP-271.48.2024, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr OJ S 246/2024 775334-2024 z dnia 18.12.2024 r.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od: (...)

☐ zaniechania odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ORANGE POLSKA S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa – Lider Konsorcjum, ROOVEE S.A., Ryżowa 33A, 02-495 Warszawa – Członek Konsorcjum, dalej łącznie jako: „Konsorcjum”, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

☐ zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych niesłusznie przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami, które zostały dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum dnia 27 stycznia 2025 r.,

☐ dokonania dnia 25 lutego 2025 r. czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu, a zatem nie zawiera najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

I. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 PZP poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 PZP przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP, a także art. 224 ust. 1 PZP poprzez nieuprawnione zaniechanie

odrzućcenia oferty Konsorcjum, pomimo że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska, a Konsorcjum składając wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny nie wykazało, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, gdyż:

–nie przedstawiło wystarczających dowodów, które świadczyłyby o możliwości zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie, a także o możliwości pokrycia kosztów związanych z wykonaniem zamówienia i osiągnięciem zysku z tego tytułu,

–przedłożyło wyjaśnienia, które są nieweryfikowane, ogólnikowe, lakoniczne, niespójne, niewiarygodne, a także niekompletne,

–nie uwzględniło wszystkich wymaganych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, w tym takich, które stanowią istotny element ceny, w szczególności obejmujących koszty pracownicze (w tym związane z obsługą BOK, pracą w porze nocnej, w weekendy, święta oraz związane z zapewnieniem utrzymania, zarządzania i eksploatacji kompleksowego systemu TRM), a także pozostałych kosztów związane z utrzymaniem, zarządzaniem i eksploatacją kompleksowego systemu TRM, jak również takich kosztów jak: koszty zapewnienia przez Konsorcjum gwarancji na dostarczone elementy systemu TRM (w zakresie 20 szt. rowerów elektrycznych) – ponad 24 miesiące gwarancji zapewnianej przez producenta, koszty transportu rowerów uszkodzonych do serwisu w Konsorcjum w Płocku, koszty związane z zapewnieniem przez Konsorcjum zapasu rowerów i urządzeń lock na podmianę,

przez co Konsorcjum nie obaliło ciężącego na nim domniemania rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub doszło co najmniej do zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do wyjaśnień co do wątpliwości w tym zakresie, które obiektywnie powinny powstać po jego stronie, co doprowadziło do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, która nie zawierała najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu lub co najmniej wyboru oferty, w stosunku do której istnieją wątpliwości, czy nie powinna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny,

2. art. 18 ust. 3 PZP poprzez nieuzasadnione zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami, które zostały dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum dnia 27 stycznia 2025 r. w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (m. in. z uwagi na fakt, że zastrzeżone informacje zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby niniejszego Postępowania) a dodatkowo Konsorcjum nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie określając na czym miałyby polegać wartość handlowa zastrzeganych informacji, nie konkretyzując dlaczego akurat zastrzegane informacje miałyby stanowić tajemnicę i odnosząc się jedynie ogólnie do konieczności dokonania zastrzeżenia, a także przedstawiło uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa lakoniczne, ogólnikowe, gołosłowne i niedostosowane do konkretnego Postępowania i przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do nieuprawnionego i istotnego ograniczenia pozostałym wykonawcom możliwości kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu rażąco niskiej ceny i w konsekwencji realizacji pełnego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.

II. Żądania

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik Postępowania, a w konsekwencji Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. w odniesieniu do wszystkich zarzutów – unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, oraz dokonania ponownej oceny ofert, w ramach której Zamawiający:

a)w odniesieniu do zarzutu 1 – odrzuci ofertę Konsorcjum z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny (a w przypadku nieuwzględnienia takiego wniosku – co najmniej wezwie Konsorcjum do dodatkowych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny),

b)w odniesieniu do zarzutu 2 – ujawni informacje niesłusznie zastrzeżone przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami, które to dokumenty zostały dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum dnia 27 stycznia 2025 r.,

c) w odniesieniu do wszystkich zarzutów – dokona kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem ponownej oceny ofert.

III. Interes

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Wynika to przede wszystkim z zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum. W związku z wadliwym wyborem jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, która powinna zostać odrzucona z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, Odwołujący może ponieść szkodę majątkową równą korzyściom jakich spodziewał się uzyskać w wyniku realizacji

zamówienia.

Prawidłowa ocena ofert powinna skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum i dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty tego wykonawcy. Taki stan rzeczy powinien doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Niezależnie od tego interes Odwołującego został także naruszony z uwagi na nieuzasadnione zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami, które zostały dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum dnia 27 stycznia 2025 r. Taki stan rzeczy istotnie utrudnia Odwołującemu złożenie niniejszego odwołania, a także całkowicie uniemożliwia wykorzystanie informacji faktycznych, które mogłyby być podniesione w przypadku, gdyby Zamawiający prawidłowo ujawnił je Odwołującemu, co mogłoby doprowadzić do skutecznego podważenia zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu rażąco niskiej ceny. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik Postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną Odwołującego w Postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami PZP, przy uwzględnieniu zarzutów i żądań niniejszego odwołania. (...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie w przedmiocie dostawy, instalacji, uruchomienia i kompleksowej obsługi systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego. Ofertę w Postępowaniu złożył Odwołujący, Konsorcjum oraz jeden inny wykonawca.

2. Dokonując badania i oceny ofert Zamawiający wezwał Odwołującego oraz Konsorcjum do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

3. Dnia 20 stycznia 2025 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum po raz pierwszy do wyjaśnień, dalej: „Pierwsze Wezwanie”. Z treści Pierwszego Wezwania wynikało wskazał, że znajduje ono oparcie w art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 PZP. Głównym powodem Pierwszego Wezwania były wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum w wysokości 1 099 029,60 zł brutto. Cena ta była niższa o 42,87% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania na kwotę 1 923 646,20 zł brutto. W Pierwszym Wezwaniu Zamawiający podkreślił, że oczekuje dokładnych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie: „pkt 4 zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie” a także „pkt 6 zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”.

4. Z Pierwszego Wezwania precyzyjnie wynikało, że:

1) Zamawiający oczekiwał przedłożenia przez Konsorcjum dowodów,

2) Zamawiający żądał wyjaśnień w zakresie kosztów pracy (z uwzględnieniem stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę) oraz w zakresie przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

5. W odpowiedzi Konsorcjum złożyło dnia 27 stycznia 2025 r. wyjaśnienia, dalej jako: „Pierwsze Wyjaśnienia”. Kluczowa część Pierwszych Wyjaśnień (wnioskując po nazwie i biorąc pod uwagę informacje składające się na Pierwsze Wyjaśnienia) w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami została zastrzeżona przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa. W części ogólnej, która nie została zastrzeżona, wykonawca ten poddał w wątpliwość istnienie podstaw do badania rażąco niskiej ceny i stwierdził, że nawet zaistnienie obowiązkowych podstaw do badania ceny nie może per se prowadzić do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Konsorcjum przekazało wiele ogólnych rozważań i przywołało orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące rażąco niskiej ceny. W niezastrzeżonej części szczegółowej przedstawiono inne ogólne twierdzenia, które dotyczyły m. in. modelu operacyjnego, wykorzystania rowerów używanych, podjęcia negocjacji, wykorzystywaniu gotowych produktów, zatrudnionej kadry i doświadczenia. Konsorcjum stwierdziło także, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty była nie niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę a cena oferty uwzględnia koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, a wykonawca ten nie będzie korzystał z pomocy publicznej. Pierwsze Wyjaśnienia stwierdzały, że Zamawiający nie zastrzegł, by osoby były dedykowane wyłącznie do wykonania tego zamówienia. W podsumowaniu Konsorcjum stwierdziło, że cena oferty nie jest rażąco niska.

6. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum Zamawiający powziął dodatkowe wątpliwości. Znalazły one wyraz w wezwaniu do wyjaśnień dodatkowych, które zostało skierowane do tego wykonawcy dnia 30 stycznia 2025 r. (dalej: „Drugie Wezwanie”). W Drugim Wezwaniu Zamawiający wskazał na trzy istotne zagadnienia, które nie były zrozumiałe w świetle dokumentacji Postępowania, których wyjaśnienia oczekiwał. Zamawiający poprosił o

odniesienie się przez Konsorcjum do poniższych kwestii:

1) „Zgodnie z OPZ, Zamawiający wymaga, aby BOK funkcjonował 16 godzin dziennie przez 7 dni w tygodniu, tymczasem z Państwa wyjaśnień wynika założenie 1,5 etatu na wykonanie tych czynności, co czyni niemożliwym spełnienie wymogu;

2) Zgodnie z OPZ Zamawiający wymaga utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM przez 8 godzin pracy nocnej oraz 16 godzin pracy dziennie przez 7 dni w tygodniu, a z Państwa wyjaśnień wynika, że na wykonanie tych czynności założyliście Państwo 0,5 etatu, co czyni niemożliwym spełnienie tego wymogu;

3) Z Państwa wyjaśnień wynika, iż serwis zamierza Państwo zabezpieczyć jednym samochodem, co w ocenie Zamawiającego czyni niemożliwym obsługę 70 stacji i relokację 360 szt. rowerów”.

7. W odpowiedzi na Drugie Wezwanie Konsorcjum dnia 7 lutego 2025 r. przedłożyło kolejne wyjaśnienia (dalej: „Drugie Wyjaśnienia”), w których odniosło się do wątpliwości Zamawiającego:

1) W zakresie BOK – wykonawca ten stwierdził, że w związku z realizacją ponad 30 projektów zatrudnia zespół, który liczy łącznie 10 etatów i który obsługuje wszystkie projekty dzięki efektywnej organizacji pracy. Wykonawca stwierdził, że posiada szczegółowe dane (których nie załączył), które pozwoliły na zaplanowanie ilości czasu poświęcanego na obsługę klienta na poziomie odpowiadającym wymiarowi czasu pracy w postaci 1,5 etatu. Dodatkowo Konsorcjum powołało się na wieloletnie doświadczenie w zakresie wykonania podobnych projektów, efektywność pracy konsultantów (którzy według tego wykonawcy rozwiązują zgłoszenie w przeciętnym czasie 3-5 minut), a także elastyczne równoważenie obciążenia między projektami liczby konsultantów, których zadania są równomiernie rozdzielane, dzięki czemu 1,5 etatu miałyby być wystarczające do spełnienia wymogów OPZ.

2) W zakresie utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM – wykonawca ten stwierdził, że przewidział 2,5 etatu na wykonywanie tych czynności, a nie jak twierdził Zamawiający 0,5 etatu. Konsorcjum powołało się także na posiadane doświadczenie, zintegrowanie procesu, wsparcie osoby której dotyczyło wezwanie i zapas rowerów,

3) W zakresie pojazdu serwisowego – Konsorcjum stwierdziło, że wykorzystuje „mechanizm tzw.

relokacji organicznej”, który miałby promować użytkowników za odstawianie rowerów na stację, a także, że planuje trasy serwisowe, w tym z wykorzystaniem systemu GPS.

8. Przy uwzględnieniu powyższych dokumentów i informacji Zamawiający dnia 25 lutego 2025 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

9. Odwołujący stanowczo nie zgadza się z wynikiem Postępowania. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (lub co najmniej powinna wzbudzić dodatkowe wątpliwości Zamawiającego). Taki stan rzecz narusza art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP (lub co najmniej art. 224 ust. 1 PZP w związku z zaniechaniem do złożenia wyjaśnień dodatkowych). Dodatkowo Zamawiający w nieuprawniony sposób zaniechał ujawnienia informacji niesłusznie zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, co narusza art. 18 ust. 3 PZP. Czynności te i zaniechania powinny zostać uchylone lub naprawione jako niezgodne z przepisami prawa, o co wnosi Odwołujący.

[Zarzut nr 1 – tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP, a także art. 224 ust. 1 PZP – rażąco niska cena]

10. Odwołujący w pierwszej kolejności podkreśla, że formułując niniejsze odwołanie ma ograniczony dostęp do informacji. Jest to wynikiem nieuprawnionego zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia informacji niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum (problem został opisany w ramach uzasadnienia zarzutu nr 2). Odwołujący nie ma dostępu do dokumentów, które mogą mieć istotne znaczenie z punktu widzenia rażąco niskiej ceny w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami, które zostały dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum dnia 27 stycznia 2025 r. Nie jest możliwe zweryfikowanie samodzielnie przez Odwołującego istotnych wątpliwości, czy wszystkie elementy kosztowe zostały uwzględnione w cenie oferty Konsorcjum, a więc czy kalkulacja nie jest przypadkiem niepełna, a wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę niewiarygodne. Odwołujący nie ma dostępu do wszystkich okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

11. Odwołujący ma szczególne wątpliwości co do uwzględnienia przez Konsorcjum następujących kosztów związanych z wykonaniem zamówienia:

1) kosztów zapewnienia przez Konsorcjum gwarancji na dostarczone elementy systemu TRM (w zakresie 20 szt. rowerów elektrycznych) – w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 5 lutego 2025 r. (po udzieleniu Pierwszych Wyjaśnień) Konsorcjum stwierdziło, że pomimo zapewniania przez producenta gwarancji na rowery elektryczne w okresie wyłącznie 24 miesiące, Konsorcjum zapewnia pozostałe 12 miesięcy gwarancji, co rzekomo zostało uwzględnione w cenie oferty. Zdaniem Odwołującego konieczne jest zweryfikowanie, czy rzeczywiście w Pierwszych Wyjaśnieniach mowa jest o ww. koszcie, co pozwoliłoby na potwierdzenie jego uwzględnienia w cenie oferty,

2) kosztów transportu rowerów uszkodzonych do serwisu w Płocku – w Drugich

Wyjaśnieniach (punkt 1 strona druga in fine) Konsorcjum stwierdziło, że „rowery wymagające większego serwisu trafiają

do naszego serwisu w Płocku". Miejsce wykonania umowy (Toruń) oddalone jest od serwisu Konsorcjum (Płock) o ponad 100 km, zatem konieczna jest weryfikacja czy wykonawca ten rzeczywiście uwzględnił koszt transportu rowerów w złożonych Pierwszych Wyjaśnieniach. Z Drugich Wyjaśnień wynika bowiem, że do wykonania zamówienia Konsorcjum przewidziało wyłącznie jeden samochód (jak rozumie Odwołujący – ten sam pojazd, co w celu zapewnienia relokacji i obsługi całodobowej sprzętu). Powstaje więc pytanie, czy ten sam samochód miałby zarówno transportować sprzęt do serwisu w Płocku, jak i zapewniać relokację rowerów na obszarze ponad 115 km², co w rzeczywistości nie byłoby możliwe do wykonania. Samo zapewnienie relokacji sprzętu jednym samochodem na takim rozległym obszarze jest całkowicie niewiarygodne. Z oferty Konsorcjum nie wynika także rzekome uwzględnienie wprost jakichkolwiek rowerów zastępczych, więc w rzeczywistości uszkodzone lub niedostępne rowery będą musiały być serwisowane w Płocku. Czas naprawy tych rowerów znacząco wpłynie na wykonanie zamówienia, powodując zwiększenie ich niedostępności, co prowadzi do istotnego ryzyka naruszania postanowień umowy,

3)wszystkich wymaganych kosztów pracowniczych, obejmujących w szczególności dodatek za pracę w porze nocnej – Zamawiający oczekuje wykonania zamówienia w okresie obejmującym porę nocną (np. w punkcie 9 lit. c) OPZ wymaga zapewnienia BOK do godziny 22:00, a więc w okresie obejmującym porę nocną, podobnie – wymagania dotyczące utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM obejmują 8 godzin pracy w porze nocnej, również samo Konsorcjum w Drugich Wyjaśnieniach zakłada pracę dedykowanego zespołu – a nie jednej osoby – w porze nocnej, kiedy ma pełnić funkcję relokacyjną, gdyż na stronie 3 w punkcie 2) Drugich Wyjaśnień stwierdzono, że: „Dodatkowo w godzinach nocnych pozostały wymieniony przez nas w złożonych uprzednio wyjaśnieniach personel ma przejmować rolę relokacyjną, co zapewni całodobową obsługę systemu”) w związku z czym konieczna jest weryfikacja, czy Konsorcjum uwzględniło wszystkie koszty pracownicze konieczne do poniesienia w świetle zapisów OPZ, w tym związanych z pracą w porze nocnej,

4)kosztów związanych z zapewnieniem przez Konsorcjum zapasu rowerów i urządzeń lock na podmianę – Konsorcjum udzielając Drugich Wyjaśnień stwierdziło m. in., że: „Dodatkowo nasz personel będzie miał dostępny zapas rowerów i urządzeń lock na podmianę, co znacznie skróci czas na naprawę rowerów bezpośrednio na mieście lub lokalnym serwisie”. Zdaniem Odwołującego konieczne jest zweryfikowanie, czy rzeczywiście w Pierwszych Wyjaśnieniach mowa jest o ww. koszcie, co pozwoliłoby na stwierdzenie, czy rzeczywiście taki koszt został uwzględniony w ofercie, skoro z tej oferty wprost nie wynika.

12.Odwołujący ma także istotne wątpliwości, czy Konsorcjum zgodnie z precyzyjnie określonym wymaganiem Zamawiającego z Pierwszego Wezwania udzieliło dokładnych wyjaśnień, w tym złożyło dowody w zakresie: „pkt 4 zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy” oraz „pkt 6 zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego”.

13.W związku z faktem, że Odwołujący nie ma dostępu do dokumentów niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica i nieujawnionych przez Zamawiającego, Odwołujący zwraca się z prośbą o zweryfikowanie przez Izbę ww. okoliczności, opisanych w dwóch punktach poprzedzających.

14.Niezależnie jednak od tego Odwołujący, bazując wyłącznie na posiadanych informacjach jest w stanie stwierdzić, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska. Wniosek taki wynika przede wszystkim z:

1)niedoszacowania istotnej części składowej ceny oferty w postaci kosztów obsługi BOK i nieprawidłowym założeniem możliwości rozłożenia kosztów pracowniczych w tym zakresie pomiędzy inne kontrakty wynikające z działalności Konsorcjum lub jego poszczególnych członków,

2)niedoszacowania istotnej części składowej ceny oferty w postaci kosztów utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM, w szczególności w zakresie dotyczącym kosztów pracowniczych w tym zakresie oraz zabezpieczenia serwisu.

15.Zamawiający w oparciu o Pierwsze Wyjaśnienia słusznie powziął wątpliwości, które były następnie przedmiotem Drugiego Wezwania i których dotyczyły Drugie Wyjaśnienia. Jednak z nieznanego Odwołującemu przyczyn Zamawiającemu przyjął Drugie Wyjaśnienia i nie odrzucił oferty Konsorcjum, pomimo że wyjaśnienia te wprost potwierdzają istotne uchybienia i niedoszacowanie oferty, a także przyjęcie niedopuszczalnych założeń.

16.W odniesieniu do kosztów obsługi BOK – Odwołujący wskazuje, że w Drugich Wyjaśnieniach Konsorcjum wprost przyznało, że nie uwzględniło wszystkich kosztów utrzymania BOK w ramach niniejszego zamówienia publicznego, gdyż uwzględniło tylko czas czynności pracowników poświęcany na likwidację zgłoszenia (z pominięciem wymogu OPZ wynikającego z punktu 9 lit.

c), dotyczącego zapewnienia obsługi BOK w określonych godzinach). Może to świadczyć o rozłożeniu tego kosztu przez Konsorcjum także na inne kontrakty, co jest niedopuszczalne i świadczy o niedoszacowaniu ceny ofertowej.

17.W Drugich Wyjaśnieniach Konsorcjum stwierdziło, że: „W obsługiwanych ponad 30 projektach w 2024 zespół liczył łącznie 10 etatów, który obsługuje wszystkie projekty z powodzeniem dzięki efektywnej organizacji pracy oraz optymalnemu zarządzaniu zgłoszeniami. Wykonawca posiada szczegółowe dane dotyczące poziomu zgłoszeń oraz

czasu ich obsługi, które pozwoliły na zaplanowanie ilości czasu poświęcanego na obsługę klienta w ramach systemu TRM na poziomie odpowiadającym wymiarowi czasu pracy w postaci 1,5 etatu, co uznajemy jako w pełni wystarczające w tym projekcie". W dalszej części Drugich Wyjaśnień Konsorcjum stwierdziło, że Konsorcjum przyjęło 3-5 min na rozpatrywanie zgłoszenia, elastyczność działania pracowników BOK oraz

18. Biorąc pod uwagę powyższą treść, w Drugich Wyjaśnieniach Konsorcjum potwierdziło, że skalkulowało koszt wyłącznie 1,5 etatu dla obsługi BOK. Tymczasem Zamawiający wymagał, aby BOK funkcjonował 16 godzin 7 dni w tygodniu przez cały okres wykonania zamówienia. Oznacza to, że dla zapewnienia prawidłowej obsługi pracowniczej BOK, konieczne jest założenie co najmniej 487 godzin miesięcznie, co stanowi wynik działania 16 (godzin dziennie wymaganej obsługi) x 30,42 (średniomiesięczna liczba dni obsługi). Wymaganie zapewnienia obsługi BOK przez 16 godzin dziennie wynikało wprost z OPZ – zgodnie z punktem 9 lit. c): „c) BOK będzie czynne w dni robocze, soboty, niedziele i święta od 6.00 do godz. 22.00 Kontakt będzie możliwy przy pomocy poczty elektronicznej (e-mail) lub połączenia telefonicznego lub livechat.”.

19. Założone przez Konsorcjum 1,5 etatu pozwala na zapewnienie obsługi wyłącznie 252 godzin miesięcznie (co stanowi wynik działania: 1,5 etatu x 168 godzin średniomiesięcznie w ramach etatu). Jest to liczba godzin znacznie niższa, od wymaganych przez Zamawiającego co najmniej ok. 487 godzin miesięcznie (w ramach zapewnienia 16 godzin 7 dni w tygodniu). Oferta Konsorcjum jest zatem niedoszacowana o co najmniej 235 godzin pracy miesięcznie przy obsłudze BOK. Należy zaznaczyć, że punkt odniesienia w postaci 487 godzin jest absolutnym minimum, jakie musi zostać zapewnione.

20. Analizując Drugie Wyjaśnienia można wyciągnąć wniosek, że Konsorcjum założyło rozłożenie kosztów pracy BOK pomiędzy inne kontrakty, które są wykonywane. Wniosek taki wynika z powoływania się na znacznie szerszy zespół BOK funkcjonujący nieprzerwanie (niezależnie od niniejszego kontraktu). Potwierdza to także fakt, że Konsorcjum bazując na własnych wyliczeniach co do czasochłonności (które nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami) ustaliło, że kosztem jest wyłącznie okres, w którym pracownicy realizują zgłoszenia. Natomiast w rzeczywistości pozostałe koszty związane z zatrudnieniem nie znikają – konieczne jest przecież zapewnienie funkcjonowania BOK przez 16 godzin dziennie codziennie, a nie wyłącznie w chwili obsługi zgłoszeń. Konsorcjum musiało więc założyć co najmniej obsługę w takim wymiarze. Natomiast założenie obsługi BOK w wymiarze mniejszym stanowi o niedoszacowaniu kosztów pracowniczych związanych z wykonaniem zamówienia w świetle wymagań OPZ.

21. Założenie uwzględniania wyłącznie kosztów obsługi zgłoszeń czy też rozkładania kosztów pomiędzy różne kontrakty jest niezgodne z treścią SWZ. Przykładowo w punkcie XVI.5 SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny Zamawiający wyraźnie określił, że: „Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy zmieszczonymi w Części II SWZ”. Tymczasem przyjęte przez Konsorcjum założenia co do kosztów pracy stanowią o nieuwzględnieniu wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (które powinny być nie mniejsze niż konieczne do zapewnienia obsługi BOK przez 16 godzin dziennie codziennie). Dodatkowo takie podejście prowadziłoby do nieporównywalności ofert – wykonawcy, którzy uwzględnili w cenie wszystkie wymagania Zamawiającego (w tym uwzględnili koszt funkcjonowania BOK w wymaganym wymiarze) siłą rzeczy musieliby w tym zakresie zaoferować cenę wyższą niż wykonawcy, którzy tego nie zrobili.

22. Jednocześnie element cenowy w postaci kosztów pracowniczych związanych z funkcjonowaniem BOK stanowi istotną część składową oferty. Wniosek taki wynika z następujących okoliczności:

1) sam Zamawiający uznał, że konieczne jest wyjaśnienie kosztów pracowniczych związanych z obsługą BOK w ramach Drugiego Wezwania, a Konsorcjum nie kwestionowało tej istotności składając Drugie Wyjaśnienia,

2) Zamawiający wyodrębnił ten element do oddzielnej pozycji Formularza Cenowego, w ramach którego punkt 5 obejmował „Pozostałe elementy Systemu”, w tym „WYMAGANIA DOTYCZĄCE OBSŁUGI KLIENTA zgodnie z OPZ”,

3) Świadczy o tym także zakres niedoszacowania – zakładając nawet, że pracownicy BOK będą zatrudnieni za minimalne wynagrodzenie za pracę (w wysokości 4 666 zł brutto), to średni koszt jednej godziny pracy brutto wynosi 27,77 zł, co stanowi wynik działania 4 666 (wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę) / 168 (średniomiesięczna liczba godzin pracy). Stawka ta powinna zostać powiększona o koszty pracodawcy, które wynoszą szacunkowo ok. 20%. Zatem rzeczywisty koszt zatrudnienia osoby z minimalnym wynagrodzeniem za pracę w odniesieniu do jednej godziny pracy wynosi ok. 33,32 zł. Niedoszacowanie na poziomie 252 godzin miesięcznie stanowi więc łącznie kwotę 8 396,64 zł miesięcznie (33,32 x 252). Uwzględniając konieczność zapewnienia BOK przez co najmniej 9 miesięcy wykonywania umowy, łączny koszt niedoszacowania wynosi co najmniej 75 569,76 zł wyłącznie w zakresie tego jednostkowego kosztu (8 396,64 x 9 miesięcy). Podkreślenia wymaga, że jest to kwota netto, które następnie musi zostać powiększona dopiero o kwotę podatku VAT. Zatem punktem odniesienia powinna być cena netto. Konsorcjum zaoferowało 893 520,00 zł netto za wykonanie zamówienia. Całkowite niedoszacowanie kosztów pracowniczych BOK

stanowi więc aż 8,5 % łącznej ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę (75 568,76 / 893 520,00) i 69% łącznej wartości pozycji 5 Formularza Cenowego „Pozostałe elementy systemu” (75 568,76 / 109 500,00). Zatem skala niedoszacowania stanowi o tym, że ta część składowa oferty jest istotna.

23.Niezależnie od tego Kwota niedoszacowania w wysokości co najmniej 75 568,76 zł pomniejsza całkowity zysk Konsorcjum, co może prowadzić także do wniosku o rażąco niskiej cenie całej oferty.

24.W odniesieniu do niedoszacowania oferty Konsorcjum w zakresie kosztów utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM, w szczególności w zakresie dotyczącym kosztów pracowniczych w tym zakresie oraz zabezpieczenia serwisu – Odwołujący wskazuje, że również w tym zakresie koszty są niedoszacowane i całkowicie nierealne. Zdaniem Odwołującego absolutnym minimum w zakresie tej pozycji, która pozwoli spełnienie wymagań OPZ jest konieczność przewidzenia trzech pełnych etatów. Tymczasem Konsorcjum stwierdza wprost, że dla wykonania tego elementu zamierza skierować dwie osoby na pełen etat (zespół pracujący m. in. w godzinach nocnych, co nie wiadomo, czy zostało uwzględnione), a także jedną dodatkową osobę na pół etatu. Taki stan rzeczy jest dalece niewystarczający.

25.Podobnie w odniesieniu do pojazdu serwisowego – zdaniem Odwołującego przewidzenie jednego samochodu jest znacznym zaniżeniem, który nie zapewni wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z OPZ. Realizując zamówienie obejmujące tożsamy przedmiot na rzecz tego samego Zamawiającego w przeszłości Odwołujący dla zapewnienia prawidłowej relokacji musiał korzystać z dwóch pojazdów typu BUS, a nie jednego samochodu osobowego. Przedmiot zamówienia obejmuje stacje rozlokowane w obrębie Miasta Toruń na obszarze 115,7 km², zatem relokacja i obsługa całodobowa całości dostarczanego sprzętu na tak rozległym terenie jednym pojazdem jest całkowicie niewiarygodna. Żadne premiowanie użytkowników (niesprecyzowane w żaden sposób w wyjaśnieniach) nie wyeliminują ryzyka (w rzeczywistości: konieczności) dokonywania wielu relokacji przy tak licznych sprzęcie koniecznym do obsługi. Jest to założenie skrajnie optymistyczne, nieuwzględniające ryzyk. Nie ma znaczenia w tym zakresie precyzyjne planowanie tras – każdy wykonawca jest w stanie w taki sam sposób zaplanować trasy i korzysta z systemu GPS.Nie zmienia to konieczności zapewnienia odpowiedniego zaplecza dla prawidłowej realizacji umowy. Niezależnie od tego dla zapewnienia prawidłowego serwisu konieczne jest zapewnienie paliwa do wykorzystywanych samochodów, odpowiednich magazynów, opłacenia transportu do punktów serwisowych, zapewnienie energii elektrycznej, wywozu odpadów i innych niezbędnych kosztów.

26.Przykładowo, w postępowaniu obejmującym usługi o tożsamym charakterze prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz, w którym (jak wynika ze statystyk) system rowerowy obejmuje co najmniej czterokrotnie mniejszą liczbę korzystania z usług (wypożyczania rowerów), wymagane było zapewnienie do obsługi systemu dwóch samochodów.

27.W świetle powyższego Konsorcjum istotnie nie doszacowało kosztów związanych z utrzymaniem, zarządzaniem i eksploatacją systemu TRM. Koszt w tym zakresie stanowi istotny element ceny, w szczególności z uwagi na fakt, że sam Zamawiający uznał, że konieczne jest wyjaśnienie w tym zakresie w ramach Drugiego Wezwania, a Konsorcjum nie kwestionowało tej istotności składając Drugie Wyjaśnienia, Zamawiający wyodrębnił ten element do oddzielnej pozycji Formularza Cenowego, w ramach którego punkt 6 obejmował „UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU TRM ”, a skala niedoszacowania kosztów w tym zakresie jest istotna. Kwota niedoszacowania pomniejsza także całkowity zysk Konsorcjum, co może prowadzić także do wniosku o rażąco niskiej cenie całej oferty.

28.Zdaniem Odwołującego Drugie Wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum są lakoniczne, bazują na ogólnikach i nie mogły obiektywnie rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Wręcz przeciwnie – z ich treści jednoznacznie wynika przyznanie nieuwzględnienia wszystkich kosztów wykonania zamówienia, których poniesienie jest konieczne, a także poczynienie błędnych założeń (jak np. okoliczność dotycząca uwzględnienia wyłącznie kosztu pracowniczego pracy nad zgłoszeniem w ramach BOK z pominięciem konieczności zapewnienia obsługi BOK w pozostałym zakresie). Drugie Wyjaśnienia nie są także poparte jakimikolwiek obiektywnymi dowodami lub weryfikowalnymi obliczeniami.

29.Nie jest zatem zrozumiałe dla Odwołującego jak takie wyjaśnienia mogły rozwiązać słusznie podniesione przez Zamawiającego wątpliwości. Taki stan rzeczy może stwarzać przypuszczenie pewnego wycofania się przez Zamawiającego z dokonanej czynności wezwania do dodatkowych wyjaśnień lub jakichś rozbieżności wewnątrz stanowiska u samego Zamawiającego. Trudno inaczej wytłumaczyć taką niekonsekwencję w związku ze słusznie podniesionymi wątpliwościami.

30.Niezależnie od wszystkich elementów opisanych powyżej, zarówno Pierwsze Wyjaśnienia, jak i Drugie Wyjaśnienia, są ogólne, lakoniczne, niepoparte dowodami, nieweryfikowalne, niewiarygodne i niekompletne. Niekompletność i niewiarygodność Pierwszych Wyjaśnień potwierdza sam fakt skierowania do Konsorcjum Drugiego Wezwania. Drugie Wyjaśnienia zaś nie mogły obiektywnie usunąć jakichkolwiek wątpliwości i dodatkowo nie powołują się na jakiekolwiek obiektywne okoliczności lub dowody, co świadczy o ich nieweryfikowalności i co zostało opisane powyżej. Pierwsze Wyjaśnienia w części, która została udostępniona Odwołującemu, są ogólnikowe i lakoniczne – jedyne konkretne informacje dotyczą zamiaru zapewnienia używanych rowerów przez Konsorcjum oraz częściowo wykorzystania

gotowych produktów (jednak nie wskazano jakie to produkty). W pozostałym zakresie (w części, do której dostęp ma Odwołujący) wyjaśnienia nie wnoszą nic do sprawy, nie da się ich zweryfikować lub skonkretyzować (przykładowo: Konsorcjum wskazuje na „wypracowanie optymalnego modelu organizacyjnego” bez jakiegokolwiek jego opisu – pkt 8. 3) lit. a) Pierwszych Wyjaśnień, czy też powołuje się na „optymalizację kosztów oraz negocjacje z dostawcami” bez opisu optymalizacji lub określenia rabatów – pkt 8. 3) lit. c) Pierwszych Wyjaśnień). Nie mają zatem jakiegokolwiek wartości z punktu widzenia oceny, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podobnie – Drugie Wyjaśnienia odnoszą się do ogólnych informacji, które nie zostały skonkretyzowane (przykładowo – Konsorcjum powołuje się na „relokację ograniczoną” bez opisanie na czym polega – punkt Ad. 3 na stronie 3 Drugich Wyjaśnień, czy też powołuje się rzekomo wystarczające przewidzenie jednego pojazdu do obsługi serwisu, mimo że nie opisuje jakichkolwiek szczegółów w tym zakresie - tamże). Zdaniem Odwołującego sposób formułowania Pierwszych Wyjaśnień i Drugich Wyjaśnień prowadzi do wniosku, że również w zastrzeżonej w nieuprawniony sposób jako tajemnica części wyjaśnień Konsorcjum nie przedstawiło konkretnych, dających się zweryfikować informacji i nie przedłożyło istotnych dowodów w tym zakresie, w tym w odniesieniu do kosztów pracowniczych, co świadczy o tym, że nie doszło do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

31. Podkreślenia wymaga także, że opisane przez Konsorcjum „wybrane rozwiązania techniczne, oryginalność przyjętych rozwiązań, wyjątkowo korzystne warunki realizacji zamówienia” – opisane w punkcie 8. 3) Pierwszych Wyjaśnień, w żaden sposób nie są specyficzne dla Konsorcjum i nie wyróżniają tego wykonawcy na tle innych wykonawców w sposób, który uzasadniałby zaoferowanie tak niskiej ceny. Odwołujący również korzysta z optymalnego modelu operacyjnego wypracowanego w związku z bogatym doświadczeniem, również zamierza wykorzystać do wykonania zamówienia rowery używane, posiada korzystne oferty na poszczególne elementy systemu, wykorzystuje gotowe produkty i szablony, a także zatrudnia doświadczoną kadrę. Elementy te zostały opisane także w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, w związku z czym wcale nie są to istotne kwestie, które mogłyby wyróżnić Konsorcjum na tle innych wykonawców. W istocie to Odwołujący ma pewną naturalną przewagę konkurencyjną nad Konsorcjum, która wynika ze znajomości przedmiotu zamówienia w związku z jego realizacją przez 6 lat poprzedzających udzielenie niniejszego zamówienia.

32. Odwołujący wskazuje także, na poniższe kwestie, które poddają w wątpliwość możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, w związku z czym powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

33. Konsorcjum w poprzednio prowadzonym postępowaniu obejmującym ten sam przedmiot, które zostało unieważnione, zaoferowało cenę na poziomie dwukrotnie niższym, pomimo że istotne warunki zamówienia nie uległy jakiegokolwiek zmianie. W związku z tym powstaje pytanie w jaki sposób możliwe było dwukrotne obniżenie ceny bez uszczerbku dla prawidłowej możliwości wykonania zamówienia. Dowód: Formularz Cenowy złożony przez Konsorcjum w poprzednim, unieważnionym postępowaniu obejmującym ten sam przedmiot na okoliczność określenia ceny zaoferowanej przez Konsorcjum w tym postępowaniu.

34. Zdaniem Odwołującego tak istotne obniżenie ceny prowadzi do wniosku o zaniżeniu ceny w ofercie złożonej w Postępowaniu. Do takiego wniosku może prowadzić także fakt, że Konsorcjum miało już problemy w realizacji kontraktów o zbliżonym wolumenie. Informacje takie potwierdzają chociażby materiały prasowe dotyczące realizowanego przez Konsorcjum kontraktu w Zielonej Górze. Wynika z nich, że w związku ze świadczonymi usługami lawinowo spadło zainteresowanie wypożyczeniem roweru miejskiego wśród mieszkańców, a rowery są uszkodzone i nie są naprawiane. W ocenie Odwołującego do takich skutków może doprowadzić nieprawidłowa wycena zamówienia.

Dowód: artykuł prasowy „Zielonogórski Rower Miejski – jak działa system?” opublikowany w serwisie Radio Zielona Góra (rzp.pl), dostępny także pod adresem: <https://rzg.pl/423338/zielonogorski-rowermiejski-jak-dziala-system/> na okoliczność określenia sposobu wykonywania przez Konsorcjum kontraktu o zbliżonym wolumenie w Zielonej Górze.

35. Dodatkowo na niedoszacowanie ceny w ramach Postępowania wskazuje także fakt, że w przeszłości Konsorcjum wskazywało, że rentowność realizowanych projektów zapewnia mu ich realizacja w możliwie długim czasie. Konsorcjum realizując umowę o podobnym wolumenie w Zielonej Górze wskazywało, że obniżenie wynagrodzenia wynikające z późniejszego (niż zakładane w dokumentacji) uruchomienia systemu prowadziło do nierentowności prowadzonego projektu i zagrażało realizacji tego projektu zgodnie z jego założeniami.

Dowód: pismo Konsorcjum z dnia 26 lipca 2024 r. skierowane do Zamawiającego – Miasta Zielonej Góry w związku z wykonaniem umowy o podobnym wolumenie do tej, której dotyczy Postępowanie wraz z odpowiedzią Prezydenta Miasta Zielonej Góry na okoliczność wykazania twierdzeń Konsorcjum co do nierentowności projektu o podobnym wolumenie w związku ze skróceniem założonego okresu realizacji projektu.

36. Z powyższego można wywnioskować, że przyjmowany przez Konsorcjum model wyceny zakłada osiągnięcie zysku dopiero po wykonaniu określonej części zamówienia (tj. maksymalizacji zysku wraz z upływem okresu obowiązywania umowy). Tymczasem również zamówienie objęte Postępowaniem (tak jak projekt w Zielonej Górze) będzie obejmowało krótszy okres, niż początkowo zakładany (do dzisiaj nie doszło jeszcze do udzielenia zamówienia). Istnieje więc wysokie

i graniczące z pewnością prawdopodobieństwo związane z tym, że skrócenie okresu wykonania zamówienia, tak jak w przypadku projektu w Zielonej Górze, będzie nierentowne. Szczególnie przy uwzględnieniu wszystkich opisanych powyżej okoliczności.

37. Ryzyko takie jest szczególnie istotne przy uwzględnieniu dokumentacji niniejszego Postępowania. Jak wynika z § 4 ust. 6 Wzoru Umowy dla Postępowania, wynagrodzenie przysługuje wyłącznie za faktyczny okres realizacji usługi. W przypadku, gdy okres świadczenia usługi przez Wykonawcę nie będzie obejmował pełnego miesiąca kalendarzowego, wynagrodzenie Wykonawcy pomniejszone zostanie proporcjonalnie do okresu świadczenia usługi w danym miesiącu. Przywołane postanowienia mają o tyle istotne znaczenie, że dokładnie taki model wynagradzania był kwestionowany pod kątem rentowności przez Konsorcjum podczas realizacji projektu w Zielonej Górze.

38. Podsumowując, zdaniem Odwołującego zaoferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska a wykonawca ten nie wyjaśnił, że będzie w stanie osiągnąć zysk związany z wykonaniem umowy. Wniosek taki wynika z tego, że Konsorcjum nie przedstawiło wystarczających dowodów, które świadczyłyby o możliwości zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie i pokrycia wszystkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia oraz osiągnięciem zysku z tego tytułu. Przedłożone przez Konsorcjum wyjaśnienia w toku Postępowania są nieweryfikowane, ogólnikowe, lakoniczne, niespójne, niewiarygodne, a także niekompletne. Dodatkowo Konsorcjum nie uwzględniło wszystkich wymaganych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, w tym takich, które stanowią istotny element ceny, w szczególności: jak koszty pracownicze (w tym związane z obsługą BOK, pracą w porze nocnej oraz związane z zapewnieniem utrzymania, zarządzania i eksploatacji kompleksowego systemu TRM), a także pozostałe koszty związane z utrzymaniem, zarządzaniem i eksploatacją kompleksowego systemu TRM, jak również takich kosztów jak: koszty zapewnienia przez Konsorcjum gwarancji na dostarczone elementy systemu TRM (w zakresie 20 szt. rowerów elektrycznych) – ponad 24 miesiące gwarancji zapewnianej przez producenta, koszty transportu rowerów uszkodzonych do serwisu w Konsorcjum w Płocku, koszty związane z zapewnieniem przez Konsorcjum zapasu rowerów i urządzeń lock na podmianę.

39. Zdaniem Odwołującego wszelkie powyższe okoliczności jednoznacznie świadczą o zaoferowaniu przez Konsorcjum rażąco niskiej ceny. Jednak z ostrożności, gdyby Izba uznała, że po stronie Zamawiającego powinny powstać dodatkowe wątpliwości, które powinny zostać wyjaśnione w toku Postępowania, Odwołujący podnosi także naruszenie art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia dodatkowych wyjaśnień w oparciu o przywołany przepis. Odwołujący podkreśla przy tym, że w jego ocenie obecny stan rzeczy świadczy o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu rażąco niskiej ceny.

[Zarzut nr 2 – tj. zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 PZP – nieuzasadnione zaniechanie ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa]

40. Konsorcjum, składając Pierwsze Wyjaśnienia, zastrzegło jako tajemnicę część, której nazwa wskazuje na istotny charakter tej części dla oceny prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami. Zamawiający nie ujawnił tych informacji Odwołującemu. Natomiast informacje te nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na niespełnienie przesłanek definicyjnych, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 t.j.). Dodatkowo Konsorcjum nie wykazało, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co prowadzi do konieczności ich ujawnienia w świetle treści art. 18 ust. 3 PZP. Tymczasem Zamawiający zaniechał dokonania takiej czynności.

41. Odwołujący podkreśla, że ustanowiona w art. 18 ust. 1 PZP zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jedną z naczelnych zasad prowadzenia tego postępowania.

Zamawiający może odstąpić od jej stosowania jedynie w wypadkach przewidzianych w przepisach PZP.

42. Jednym z odstępstw od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest sytuacja określona w art. 18 ust. 3 PZP, w której wykonawca przekazuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla skuteczności zastosowania tego odstępstwa wymagane jest aby wykonawca zastrzegł te informacje i dodatkowo aby wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

43. W ocenie Odwołującego zastrzegane informacje nie mogą zostać wcale uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodatkowo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum jest lakoniczne, ogólnikowe, gołosłowne i niedostosowane do konkretnego Postępowania i przedmiotu zamówienia. Nadto Konsorcjum nie wykazało, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał udostępnienia tych informacji Odwołującemu.

44. Przedmiotowe zaniechanie Zamawiającego ma o tyle istotne znaczenie, że uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości decyzji Zamawiającego o prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w zakresie okoliczności faktycznych wynikających z zastrzeżonych informacji w odniesieniu do oferty, której wartość jest znacznie niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Dokonane zastrzeżenie uniemożliwia weryfikację prawidłowości kalkulacji ceny w zastrzeżonym zakresie.

45.Zastrzegane informacje nie mogą być rozpatrywane jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na przyznany przez Konsorcjum fakt ich sporządzenia na potrzeby wyłącznie niniejszego Postępowania. Z tego faktu wynika brak wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Konsorcjum nie jest w stanie ponieść bowiem jakiegokolwiek szkody związanej z kalkulacją indywidualną, która nie może zostać wykorzystana w przyszłości.

46.Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie zostało poczynione wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów prawidłowości wyliczeń ceny ofertowej Konsorcjum.

47.O prawidłowości takiego wniosku świadczy sama treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa – Konsorcjum nie podjęło nawet próby wykazania, dlaczego te, a nie inne informacje powinny zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie została także podjęta próba wykazania lub co najmniej określenia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Konsorcjum ograniczyło się do przedstawienia treści art. 11 ust. 2 UZNK, a także przywołania stanowisk wynikających z orzecznictwa. Konsorcjum nie zadało sobie jakiegokolwiek trudu dostosowania uzasadnienia do okoliczności niniejszego Postępowania. Takie abstrakcyjne, oderwane od okoliczności konkretnej sprawy uzasadnienie nie może doprowadzić do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie przepisów PZP. Dodatkowo opisane uchybienia (w tym przedstawienie właśnie takiego uzasadnienia przez podmiot zajmujący się zawodowo uczestnictwem w rynku zamówień publicznych) świadczy o niedochowaniu należytej staranności w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. Fakt ten potwierdza również nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia.

48.Ponadto Konsorcjum dokonało zastrzeżenia całościowego (zastrzegł dokumenty w całości, a nie ich poszczególne fragmenty), zatem uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno odnosić się do pełnej treści zastrzeganych dokumentów, a nie do ich wybranych elementów. Skoro uzasadnienie nie odnosi się do pełnej treści dokumentów, to nie jest możliwe uznanie, że doszło do skutecznego wykazania, że całość zastrzeżonych dokumentów zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem uzasadnienie nie odnosi się do poszczególnych informacji, a ogólnie jedynie wskazuje na to, że stanowią one tajemnice. Sama w sobie ta okoliczność świadczy o nieskuteczności zastrzeżenia i prowadzi do konieczności ujawnienia tych informacji.

49.Wpływ niniejszego naruszenia na wynik Postępowania zdaniem Odwołującego przejawia się w niemożliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej co do okoliczności faktycznych, które zostały zawarte w niesłusznie zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego ujawnienie tych informacji doprowadzi do możliwości zaskarżenia czynności Zamawiającego co do faktów, które nie zostały podniesione w niniejszym odwołaniu z uwagi ich nieznanost. Zdaniem Odwołującego informacje zawarte w niniejszym odwołaniu są wystarczające do stwierdzenia konieczności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. Jednak gdyby Izba nie doszła do takiego wniosku, to konieczne byłoby ujawnienie tych informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica w celu umożliwienia Odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca Nextbike Polska S.A. z/s w Warszawie. W piśmie procesowym z dnia 24.03.

2025 r. podał w szczególności: (...) 1.Przystępujący wnosi o uwzględnienie odwołania. 2. Przystępujący w całości popiera stanowisko zawarte w odwołaniu.

I. Rażąco niska cena

3. Na wstępie należy zauważyć, że wycena Konsorcjum Orange zawarta w ofercie drastycznie się różni od wyceny dokonanej przez ten podmiot w ramach szacowania wartości zamówienia, co zupełnie pominał zarówno Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i przystępujący Konsorcjum Orange w swoim piśmie procesowym z 21.03.2025r. Jest to o tyle istotne, że Konsorcjum Orange, co można wnioskować z jego stanowiska procesowego, wyjaśnień ceny w zakresie nieutajnionym, wezwań Zamawiającego do wyjaśnień w dużej mierze oparło swoje wyjaśnienia właśnie na тезach, że wycena to wynik jego doświadczeń (choćby liczba aut i etatów), a nie na przedstawieniu metodologii wyliczeń, czy dowodów, aby je poprzeć. Skoro tak, to najlepszym dokumentem do oceny tych twierdzeń jest właśnie wycena dokonana przez ten podmiot na potrzeby szacowania zamówienia, bo to jego autorska wycena. Zapewne w wyjaśnieniach ceny nie znajdziemy żadnych argumentów uzasadniających taką różnicę w wycenie Konsorcjum Orange, ani bezpośrednio – w odniesieniu się do wyceny w ramach szacowania, ani pośrednio – jako wskazanie na jakieś wyjątkowe okoliczności, które zaistniały po wycenie, a które pozwoliły aż tak drastycznie obniżyć cenę. I Przystępujący od razu zastrzega, że okoliczność, że Konsorcjum Orange zaoferowało w tym Postępowaniu rowery używane pozwala jedynie na obniżenie ceny w zakresie dostarczenia rowerów, ale nie zarządzania, bo zarządzanie, utrzymywanie używanych rowerów wiąże się z wyższymi kosztami, niż w przypadku rowerów nowych. O ile zatem dla wyceny samych rowerów znajdujemy oczywistą okoliczność pozytywną – dają możliwość obniżenia ceny, to w przypadku wyceny pozycji „UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU TRM” (pozycja 6 formularza cenowego (załącznik do oferty) jest to okoliczność negatywna, która wręcz skutkuje podwyższeniem kosztów – co pominięto.

4.Zgodnie z dokumentem załączonym przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie szacunek Konsorcjum Roovee przedstawiał się następująco (str. 49-50 pliku pn. „wniosek o wszczęcie+opz+wycena+analiza_1.pdf”):

(tajemnica przedsiębiorstwa)

5. Oczywiście szacowanie wartości zamówienia dotyczyło nowych rowerów standardowych, ale wzięwszy tę okoliczność pod uwagę, porównując ofertę Konsorcjum Orange bez wyceny rowerów standardowych (czyli w całym pozostałym zakresie) otrzymujemy zestawienie:

Oferta w Postępowaniu	Wycena w ramach szacowania wartości zamówienia
775 260 zł netto	1 204 080 zł netto

6. Przy czym szczególnej uwagi wymaga wycena pozycji „UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU TRM”

Oferta w Postępowaniu	Wycena w ramach szacowania wartości
295 650,00 zł netto	648 000 zł netto (pkt 8 – 11b) a z pkt 11c: 768 000 zł netto . Wyjaśnienia wymaga, że w pkt 11c – dotyczącym rowerów elektrycznych z wypożyczalni długoterminowej, Zamawiający wskazał m.in. na odpłatne naprawy, których koszty mają ponosić użytkownicy zgodnie z dokumentacją Postępowania, więc kwota wyceniona przez Konsorcjum Orange w ofercie powinna zostać pomniejszona o te koszty, bo Zamawiający ich nie płaci. Ponadto wycena na rzecz oferty musi zostać także pomniejszona z tego względu, że: a) w poz. 11b i 11c szacowania przyjęto okres 12 m-cy świadczenia usługi, podczas gdy w Postępowaniu okres ten jest nominalnie krótszy o 3 m-ce (zgodnie z wymaganiami uruchomienie systemu nie wcześniej niż 1.03.2025r. a zakończenie funkcjonowania 31.12.2025r.), b) w pozycji 11c uwzględniono też inne koszty , niż związane z utrzymaniem, zarządzaniem, eksploatacją systemu (przygotowaniem dokumentów) oraz konieczność zorganizowania punktu obsługi klienta w strefie śródmiejskiej Torunia – czego nie wymaga się w Postępowaniu.

7. Kolejną okolicznością, która powinna zostać wzięta pod uwagę przy ocenie wyjaśnień, to porównanie wyceny przez Konsorcjum Orange pozycji „UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU TRM” z wyceną w ramach poprzedniego, unieważnionego postępowania na ten przedmiot zamówienia, tj. postępowanie pn. Dostawa, instalacja, uruchomienie i kompleksowa obsługa systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego, nr postępowania: DZP-271.38.2024, dalej: „Postępowanie 1”. W Postępowaniu 1 Nextbike złożył ofertę najkorzystniejszą, ale zostało ono unieważnione ze względu na przekroczenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Warunki w niniejszym Postępowaniu i Postępowaniu 1 są praktycznie takie same, ale w zakresie „UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU TRM” różnica w cenie Konsorcjum Orange jest następująca:

Postępowanie 1	Postępowanie
688 800,00 zł brutto	363 649,50 zł brutto

8. Czyli wycena pomiędzy Postępowaniem 1 a Postępowaniem w tym zakresie różni się diametralnie, prawie dwukrotnie. Powyższa okoliczność jest niezmiernie istotna, ponieważ choć w Postępowaniu 1 Konsorcjum Orange zaoferowało realizację w oparciu o nowe rowery standardowe (a jest ich 360 sztuk, więc stanowią one niezwykle istotną część zamówienia), a w tym Postępowaniu w oparciu o rowery używane, to wycena pozycji „UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU

TRM” w tym Postępowaniu jest drastycznie niższa, choć jest oczywiste, że używany sprzęt generuje znacznie większe koszty utrzymania i eksploatacji, ponieważ częściej psuje się, czy wymaga wymiany podzespołów, niż sprzęt nowy. Tendencja powinna być dokładnie odwrotna, to w tym Postępowaniu wycena tej pozycji powinna być wyższa, ponieważ realizacja w oparciu o sprzęt używany generuje większe koszty. Rowery używane wymagają częstszych napraw, co angażuje zespół zarówno do napraw, jak i transportu ich do serwisu, wymagają większej liczby części zamiennych. A w przypadku rowerów nowych, jeśli się one psują, to naprawy odbywają się w ramach gwarancji. A jeśli wykonawca sam je montuje – to gwarancja obejmuje zakupione podzespoły, więc koszt ich zakupu odpada.

9. Warto też zwrócić uwagę na fakt, że wartość szacunkowa dla Postępowania 1 i niniejszego Postępowania została oszacowana w oparciu o tę samą wycenę dokonaną przez Konsorcjum Orange (o której mowa już była powyżej) i przez

Odwolującego – BikeU. Co istotne, w Postępowaniu 1 zaoferowano następujące ceny:

10. Porównanie zatem oferty Konsorcjum Orange do ceny jego oferty w Postępowaniu 1 wskazuje, że ceny te były bardzo zbliżone: 2.101.758,81 zł brutto (oferta), 2.472.890,40 zł brutto (szacowanie). Przy czym jest również jasne, że cena ta musiała zostać obniżona choćby ze względu na fakt, że naprawy odpłatne w ramach wypożyczalni długoterminowej ponoszą użytkownicy, a nie Zamawiający, choć w wycenie uwzględniono ich koszt oraz krótszy okres zarządzania dla rowerów cargo i elektrycznych. Zatem oferta złożona przez Konsorcjum Orange tylko potwierdza rzetelność i prawidłowość dokonanego oszacowania przez ten podmiot w ramach ustalania wartości szacunkowej zamówienia, a także wyceny w ramach Postępowania 1.

11. Powyższa analiza jest istotna dla oceny wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, ponieważ należy spodziewać się, że są one ogólnikowe i nie zawierają żadnej metodologii wyliczenia poszczególnych składowych ceny oferty, a bazują na deklaracjach o doświadczeniu. Wyjaśnienia te już w części nieutajnionej silnie referują do doświadczenia Konsorcjum Orange, ale zapewne także w części szczegółowej nie są oparte na żadnych analizach, zestawieniach czy innych dowodach w zakresie tych „wrażliwych” elementów jak liczba etatów, czy liczba samochodów. Oczywiście można zakładać, że wyjaśnienia ta nawet mogą być obszerne treściowo i nawet mogą zawierać wiele pozycji. Konsorcjum Orange nie po raz pierwszy składa wyjaśnienia ceny. Ale w zakresie liczby etatów, liczby samochodów, gwarancji w związku z zarządzaniem systemem one nie mogą zawierać rzetelnej, popartej dowodami metodologii, bo znane z części jawnej założenia na to nie pozwalają.

12. Z części jawnej wyjaśnień wynika, że całość realizacji tego zamówienia oparta jest o jeden pojazd. Takie twierdzenia z perspektywy każdego wykonawcy uczestniczącego w tym rynku można delikatnie skwitować jako niepoważne. Dwa samochody to jest minimum dla realizacji tego zamówienia. A dwa samochody zamiast jednego, to automatycznie kolejny etat, kolejna osoba do obsługi tego pojazdu. Konsorcjum Orange w swoich wyjaśnieniach:

1) porównuje to Postępowanie do Postępowania z Zielonej Góry (str. 3 wyjaśnień ceny z 7.02.2025r. – dalej: „Wyjaśnienia RNC II”) i wskazuje, że jeden pojazd obsługiwał całość systemu. Konsorcjum Orange zapomniało jednak, że w tym Postępowaniu ma obowiązek obsługi (czego nie było w projekcie Zielonej Góry) również wypożyczalni długoterminowej złożonej z rowerów elektrycznych, a w jej ramach, choćby także dostarczania na bieżąco baterii do użytkowników. Zgodnie z pkt 8 OPZ (str. 18): „Wykonawca zapewni możliwość ładowania baterii (akumulatorów) rowerów elektrycznych poprzez regularną wymianę baterii (akumulatorów) przez wykwalifikowany serwis. Wykonawcy przy czym koszt ładowania baterii (akumulatorów) rowerów i ich wymiany ponosi Wykonawca. W przypadku kiedy poziom naładowania baterii (akumulatora) spadnie poniżej 20% (w stosunku do pełnego naładowania) powinna nastąpić do 2 godzin jej wymiana na baterię (akumulator) w pełni naładowaną o ile pozwala na to dostępność danego roweru nie będącego w użytkowaniu. Wykonawca powinien dbać o odpowiedni poziom naładowania baterii (akumulatorów), aby rowery mogły być przygotowane do używania w ciągu całego okresu funkcjonowania systemu”. A zatem i pojazd i osoby muszą być angażowane w cały proces związany z wymianą i ładowaniem baterii,

2) dodatkowo Konsorcjum Orange przemilcza fakt, że w porównaniu z postępowaniem w Zielonej Górze, w postępowaniu w Toruniu występuje szereg czynników, które czynią ten kontrakt bardziej wymagającym (dokładne porównanie 2 kontraktów w załączeniu). Pozornie wydawać mogłoby się, że każdy z tych elementów nie stanowi istotnej różnicy w parametrach obydwu porównywanych kontraktów, ale ich suma pozwala stwierdzić, że kontrakt w Toruniu jest znacznie bardziej wymagający niż ten w Zielonej Górze:

a. w Toruniu system ma posiadać o 10 rowerów standardowych więcej niż w Zielonej Górze,

b. w Toruniu wykonawca ma prowadzić obsługę i serwis 20 rowerów elektrycznych, których nie było w Zielonej Górze,

c. w Toruniu wykonawca ma prowadzić obsługę i serwis 5 rowerów cargo, których nie było w Zielonej Górze,

d. w Toruniu do obsłużenia jest o 30 stacji więcej a więc 175% stanu jaki był do obsłużenia w Zielonej Górze,

e. w Toruniu jest określony 2 razy krótszy czas na relokację stacji pustej (2 godz., a w Zielonej Górze 4 godz.), a więc potrzebnych jest o wiele więcej zasobów do szybszego reagowania i wykonywania prawidłowej relokacji,

f. w Toruniu są określone bardziej restrykcyjne założenia relokacji nocnej poprzez wyznaczenie zakresu godzin wykonania relokacji nocnej (godz. 22-6), a więc potrzebne są dodatkowe zasoby do wykonania o wiele większej relokacji (70 stacji zamiast 40) w krótszym czasie niż w Zielonej Górze (brak ograniczenia do godz. 22-6),

g. w Toruniu określona jest bardziej restrykcyjna relokacja, która zakłada uzupełnienie każdej stacji w większym zakresie (stan wyjściowy, a więc 100% rowerów wymaga rozlokowania), niż w Zielonej Górze (5 rowerów do zrelokowania na stację, a więc zrelokować należy max. 200 rowerów – aby był stan po 5 rowerów na 40 stacjach, a 150 może stać tam gdzie stało przed relokacją),

h. w Toruniu jest wyższy poziom SLA do spełnienia – 96% floty dostępnej (w Zielonej Górze 95%),

i. w Toruniu jest dłuższy o 50% darmoczas dla użytkowników, co powoduje, że użytkownicy chętniej i dłużej korzystają z rowerów, a więc w wyższym stopniu je eksploatują i rowery wymagają częstszego serwisu i większej liczby części zamiennych.

j. oferty w Toruniu składane były ponad 10 miesięcy później niż w Zielonej Górze. Inflacja w 2024 roku wyniosła ok 3,6% wg GUS.

3) ten sam jeden pojazd ma być wykorzystywany zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum Orange do przewożenia rowerów na serwis w Płocku, co jest niedorzeczne ze względu na odległość, i trafnie wypunktował to Odwołujący. Jeśli zatem pojemność baterii spadnie poniżej 20 % w czasie kiedy pojazd wyruszył w drogę do Płocka, to kto w tym czasie dostarczy użytkownikowi baterię, skoro sama podróż do Płocka i powrót zajmuje przynajmniej 2h, nie licząc rozładunku na miejscu (no i być może jakiegoś załadunku powrotnego),

4) pojazd wykorzystywany jest także do relokacji - rozwożenia rowerów po stacjach. No ale przecież relokacja to nie tylko zbieranie rowerów z samej stacji, ale także ich zbieranie z teren całego miasta – poza stacjami. To nie jest porosty proces ograniczony do „rotowania” rowerów pomiędzy 70 stacjami, ale także niezależnie i na bieżąco zbieranie rowerów pozostawionych poza stacjami, często w trudno dostępnych miejscach na peryferiach miasta. Takie wyjazdy po pojedyncze rowery są czasochłonne i nieefektywne, ale trzeba je realizować. A przecież w tym samym czasie na bieżąco trzeba zwozić rowery nie w ramach relokacji, ale na serwis i rozwozić rowery z serwisu na stacje. A w tym samym czasie trzeba również używać pojazdów na wyjazdy w celu naprawy elementów stacji oraz sprzątania stacji. W międzyczasie trzeba przywozić i rozwozić baterie dla użytkowników wypożyczalni długoterminowej.

13. Okoliczności sprawy dają asumpt do uznania, że Konsorcjum Orange nie uwzględniło w swojej wycenie kosztów związanych właśnie z realizacją obowiązków z pkt 8 OPZ (str. 18): „Wykonawca zapewni możliwość ładowania baterii (akumulatorów) rowerów elektrycznych poprzez regularną wymianę baterii (akumulatorów) przez wykwalifikowany serwis. Wykonawcy przy czym koszt ładowania baterii (akumulatorów) rowerów i ich wymiany ponosi Wykonawca. W przypadku kiedy poziom naładowania baterii (akumulatora) spadnie poniżej 20% (w stosunku do pełnego naładowania) powinna nastąpić do 2 godzin jej wymiana na baterię (akumulator) w pełni naładowaną o ile pozwala na to dostępność danego roweru nie będącego w użytkowaniu. Wykonawca powinien dbać o odpowiedni poziom naładowania baterii (akumulatorów), aby rowery mogły być przygotowane do używania w ciągu całego okresu funkcjonowania systemu”, z czym łączą się następujące koszty:

1) koszty zatrudnienia osoby do obsługi wypożyczalni długoterminowej (20 szt. rowerów elektrycznych), która to osoba musi obsłużyć proces logistyczny (odbior i dowóz baterii), wymianę baterii, ładowanie baterii, oraz diagnostykę i naprawy,

2) kosztów zakupu ładowarek do baterii (pkt 17, str. 9 OPZ),

3) koszt energii elektrycznej w celu ładowania baterii, z czym łączy się obowiązek zapewnienia lokalu z odpowiednimi przyłączami,

4) koszt pojazdu razem z kosztami eksploatacyjnymi,

5) koszty BOK związane z funkcjonowaniem tej wypożyczalni

6) koszty diagnostyki – Konsorcjum Orange zaoferowało w ramach kryterium oceny ofert prowadzenie serwisu rowerowego na terenie miasta Torunia, co zgodnie z rozdz. XVII pkt 1.3 SWZ: „Przez „serwis rowerowy” Zamawiający rozumie umożliwienie skorzystania przez użytkowników 20 szt. rowerów elektrycznych przeznaczonych do wynajmu długoterminowego z serwisu rowerowego znajdującego się na terenie Miasta Torunia, obejmującego diagnostykę roweru elektrycznego, za którą Wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie. Stwierdzone podczas tej diagnostyki wszelkie naprawy, dodatkowe usługi wykraczające poza gwarancję i obowiązki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia (Część III SWZ) będą podlegały opłatom zgodnie z regulaminem, których uiszczenia będzie musiał dokonać użytkujący. Wykonawca, który zaoferuje serwis na terenie Miasta Torunia otrzyma 10 pkt. W przeciwnym razie Wykonawca otrzyma 0 pkt”.

14. Konsorcjum Orange w wyjaśnieniach ceny odwoływało się do projektu z Zielonej Góry, ale to odniesienie jest bezpodstawne, już choćby z tego względu, że w Zielonej Górze nie funkcjonowała wypożyczalnia długoterminowa rowerów elektrycznych oraz elektryczne rowery cargo.

15. Konsorcjum Orange w Wyjaśnieniach RNC II wielokrotnie podkreślało, że przewidziało rowery zapasowe, ale nie odwołało się do żadnego punktu w kalkulacji ceny wcześniej złożonej. Przystępujący zakłada, że te deklaracje nie znajdują odzwierciedlenia w złożonych wyjaśnieniach, a przede wszystkim w kalkulacji. Tymczasem zgodnie z wymaganiami na str. 2 OPZ: „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia minimalnej liczby 360 szt. sprawnych rowerów dostępnych do wypożyczenia przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym ewentualne niszczenie rowerów oraz ich podzespołów jak i ich kradzież nie może mieć wpływu na obniżenie liczby i jakości rowerów dostępnych w ramach TRM. Dodatkowo Wykonawca zobowiązany jest posiadać 5% nadwyżkę rowerów w celu zapewnienia rowerów na wymianę w przypadku zaistnienia takiej konieczności”. Co ważne, sformułowanie to oznacza, że zapas 5% powinien występować przez cały czas trwania kontraktu, a więc faktycznie należy zapewnić ok. 8%

zapasowej floty a więc ok. 29 rowerów.

16. Ponadto w ocenie Przystępującego w kalkulacji ceny Konsorcjum Orange nie uwzględniło kosztu zapewnienia gwarancji we własnym zakresie, zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum Orange z dn. 5.02.2025r. Wniosek taki nasuwa się po lekturze wezwania do złożenia wyjaśnień i treści samych wyjaśnień. Gdyby w wyjaśnieniach ceny ta pozycja została uwzględniona, to Zamawiający by o nią nie pytał. Zamawiający powziął wątpliwości w związku z faktem, że oferta cenowa producenta rowerów elektrycznych obejmowała 24 miesięczny okres gwarancji. Kwestia ta umknęła Konsorcjum Orange, więc w wyjaśnieniach jedynie potwierdziło uwzględnienie tego kosztu, ale nie wskazało, w której pozycji kalkulacji go uwzględniło.

17. Odwołujący BikeU trafnie wypunktował wady wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, a Konsorcjum Orange w piśmie procesowym z dn. 21.03.2025r. wypowiadając się w sposób bardzo oględny, niby ze względu na utajnienie tych wyjaśnień, przyznało jedną bardzo istotną rzecz – wszystkie koszty, których nie policzyło, rzekomo ujęło w jednej pozycji – wierszu 41 w zakładce drugiej (pkt 13, str. 6 – 7). Czyli w ramach jednej pozycji, zapewne w jednej kwocie, ujęło tak przeróżne i odrębne rodzajowo koszty, jak:

- a) koszty gwarancji,
- b) koszty transportu rowerów uszkodzonych do serwisu w Płocku,
- c) koszty pracownicze w tym dodatek w porze nocnej,
- d) koszty związane z zapewnieniem przez Konsorcjum zapasu rowerów i urządzeń lock na podmieję.

Nie znając treści tych wyjaśnień można stwierdzić, że najprawdopodobniej w opisie tej pozycji nie wskazano z nazwy żadnego z tych kosztów, ani nie przedstawiono żadnej metodologii ich wyliczenia. W tej pozycji zapewne nie przedstawiono żadnego rozbitcia kwot pomiędzy poszczególne kwoty. Być może pozycja ta to jakaś rezerwa na ryzyko, a być może koszty ogólne/zarządu, więc zupełnie innego rodzaju koszty. Twierdzenia o ujęciu tych kosztów są zatem bezpodstawne i obliczone na maskowanie wad wyjaśnień.

18. Koszty zarządu to koszty ogólne funkcjonowania przedsiębiorstwa (wynagrodzenia członków zarządu, służb księgowych, kosztów rozwoju produktów, kosztów prawnych, wynagrodzenia przedstawicieli handlowych, kosztów zapewnienia biura spółki i mediów, itd.). Tłumaczenie, że zawierają one wskazane powyżej koszty jest bezpodstawne.

19. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że Konsorcjum Orange w piśmie procesowym wycofuje się ze stanowiska zawartego w wyjaśnieniach ceny co do serwisu w Płocku, bo z tym wiążą się koszty, których nie skalkulowało. W Wyjaśnieniach RNC II wskazuje (str. 2): „Drobne naprawy będą wykonywane na miejscu, natomiast rowery wymagające większego serwisu trafiają do naszego serwisu w Płocku”. W piśmie procesowym wskazuje (str. 6): „co do zasady obsługa serwisowa w ramach oferty Przystępującego oparta jest na serwisie lokalnym w Toruniu. Serwis ten lokalny wyposażony będzie w zapas rowerów i części zamienne, aby zapewnić ich dostępność na odpowiednim poziomie – co Przystępujący wskazywał w treści wyjaśnień z dnia 07.02.2025 r. Ewentualny serwis rowerów w Płocku będzie miał charakter sporadyczny”. Jest jasne, w świetle rozważań zawartych w odwołaniu, że serwis w Płocku jest rozwiązaniem jedynie podnoszącym koszty. W piśmie procesowym doszło zatem do nieuprawnionej próby korekty wyjaśnień.

20. Kolejna kwestia to liczba etatów w zakresie utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM. Konsorcjum Orange w tym zakresie przewidziało łącznie zatrudnienie na poziomie 2,5 etatu, co jest oczywiście niewystarczające. Otóż system ma działać co dziennie – 7 dni w tygodniu, 24h na dobę: „System TRM powinien działać w taki sposób, aby każdy uprawniony klient przez całą dobę w okresie funkcjonowania systemu, mógł wypożyczyć rower według obowiązującej taryfy” (str. 1 OPZ). Z tym łączy się obowiązek relokacji rowerów:

1) relokacja nocna – pkt 4 str. 18 OPZ: „Ustala się, że w godzinach od 22 do 6 rano powinna zostać wykonana relokacja rowerów przez Operatora (Wykonawcę) systemu TRM przez cały okres trwania umowy tak, żeby na każdej stacji było rozmieszczenie wyjściowe (poza rowerami wypożyczonymi długookresowo)”;

2) relokacja dzienna – pkt 5 str. 18-19 OPZ: „W przypadku nierównomiernego rozmieszczenia rowerów wynikającego z bieżącej eksploatacji systemu TRM, Wykonawca ma obowiązek dokonać relokacji rowerów pomiędzy stacjami w godzinach od 6 do 22, w przypadku stwierdzenia braku pierwotnej ilości rowerów przypisanej do danej stacji o ile pozwala na to dostępność rowerów nie będących w użytkowaniu – czas na uzupełnienie rowerów do 2 godzin”.

Ponadto wykonawca na bieżąco musi wykonywać serwis rowerów, naprawę i sprzątanie stacji oraz obsługiwać wypożyczalnię długoterminową, gdzie jak wskazano czas na dowiezienie baterii to 2h. Zatem zawsze musi być przynajmniej jeden pracownik serwisu/relokacji na bieżąco dostępny w systemie. A to powoduje, że od samego poniedziałku do piątku musi być zapewnionych 3 etaty (3 x 8h = 24h doba).

Do tego dochodzi konieczność zatrudnienia na weekendy. Czyli to jest co najmniej 1 dodatkowy etat, bo same weekendy to łącznie ponad 1 dodatkowy etat: sobota + niedziela to łącznie 48h (a tydzień pracy ma łącznie 40 h = 5x8h).

Poza tym pozostaje konieczność zatrudnienia dodatkowej osoby na wsparcie czynności relokacyjnych ewentualnie serwisu w godzinach szczytu – co przyznaje samo Konsorcjum Orange: „Osoba, której dotyczy Państwa wezwanie, ma za zadanie wspierać operacje w godzinach szczytu (np. 7:00–11:00 i 16:00–20:00), co pozwala na szybką uzupełniającą relokację rowerów do najczęściej wykorzystywanych stacji. Dodatkowo w godzinach nocnych pozostały wymieniony

przez nas w złożonych uprzednio wyjaśnieniach personel ma przejmować rolę relokacyjną, co zapewni całodobową obsługę systemu” – str. 3 Wyjaśnień RNC II. Podane przez Konsorcjum Orange przedziały czasowe 7:00–11:00 i 16:00–20:00 to łącznie 8 godzin, więc 1 kolejny etat. Choć Konsorcjum Orange błędnie wyliczyło, że to 0,5h etatu. Przy czym nawet, jeśli to nie będzie codziennie 8 godzin pracy takiej osoby wspierającej – czego przecież nikt nie jest w stanie przewidzieć, to i tak taka osoba musi być zatrudniona, bo nie wymiaruje się zadań pracownika „z godziny na godzinę”. A ponadto mowa o całym tygodniu – 7 dniach, więc nawet wsparcie w wymiarze 5 – 6 godzin dziennie przez 7 dni daje łącznie 40h tygodniowo – czyli etat.

Zapewnienie osoby dodatkowej osoby na święta i jako zastępstwo wskazanych powyżej osób na urlopy chorobowe, wypoczynkowe, to kolejne ok. 0,5h. W tym przypadku oszacowanie nie może być bardzo dokładne, bo w części zależy od okoliczności nieprzewidywalnych (choroby).

Podsumowując, łącznie koniecznych jest przynajmniej 5,5 etatu na serwisy i relokacje – jeśli chodzi o sam wymiar czasu pracy. Do tego dochodzą koszty pracy w godzinach nocnych.

Koszt 5,5 etatu na 9 m-cy (po stawce wynagrodzenia minimalnego) to: 310 015,35 zł brutto. Wynagrodzenie na poziomie minimalnym 4.666,00 zł brutto, to koszty z obciążaniami pracodawcy na poziomie 5.601,00 zł brutto brutto – po uwatowaniu: 6 889,23 brutto,. Przez 9 m-cy zarządzania systemem będzie to łączny koszt 1 etatu: 62 003,07 zł, a 5,5 to 310 015,35 zł brutto.

21. Powyższe wyliczenia są zbieżne z oszacowaniem samego Zamawiającego – w ramach szacowania wartości zamówienia, który przyjął łącznie 7 etatów:

Przy czym Zamawiający w tych 7 etatach uwzględnił także:

a) zatrudnienie osób do rozliczeń z użytkownikami – czego jeszcze nie uwzględnił Przystępujący w wyliczeniu etatów powyżej, a będzie to przynajmniej 1 etat (na całość systemu),

b) zatrudnienie osób na potrzeby punktu obsługi klienta zorganizowanego w strefie śródmiejskiej Torunia na potrzeby wypożyczalni długookresowej (rowery elektryczne). W zamówieniu nie jest wymagane zorganizowanie punktu obsługi klienta zorganizowanego w strefie śródmiejskiej Torunia – więc odpada w związku z tym przynajmniej 0,5 etatu. Rzecz w tym, że musiałby to być odrębny punkt, niż serwis/magazyn główny wykonawcy, bo takich serwisów nie tworzy się w strefie śródmiejskiej ze względu na koszty i brak infrastruktury. Więc wymagałby zatrudnienia specjalnie do tego punktu.

22. W ślad za powyższymi rozważaniami konieczne jest łącznie co najmniej 5,5 etatu na serwisy, naprawy, relokacje, utrzymanie czystości stacji, rowerów oraz jeden etat do rozliczeń użytkowników – łącznie 6,5 etatu. Jest to praktycznie tyle samo co oszacował sam Zamawiający (łącznie 7 etatów, ale 0,5 etatu trzeba odjąć w związku z brakiem konieczności zorganizowania punktu obsługi klienta w strefie śródmiejskiej Torunia na potrzeby wypożyczalni długoterminowej.

23. Zamawiający zatem szacował (a przecież ma wiedzę na temat funkcjonującego u niego systemu), że łącznie będzie to ok. 6 etatów na czynności relokacji, serwisów, napraw (bez rozliczeń z użytkownikami i punktu obsługi klienta w strefie śródmiejskiej Torunia) i to ma się nijak do założonego przez Konsorcjum Orange 2,5 etatu. A przecież wymiar etatu wynika z przepisów prawa pracy, a nie doświadczeń Konsorcjum Orange.

24. Zatrudnienie serwisanta/relokanta na umowę o pracę wymaga zaoferowania stawki co najmniej 5.000 zł brutto miesięcznie. Uwzględniając koszty pracodawcy (brutto brutto) to koszt 6.000 zł miesięcznie, który należy powiększyć o podatek VAT jako że jest to element opodatkowanej usługi, czyli łącznie w skali miesiąca 7.380,00 zł brutto. Po podzieleniu przez średnią liczbę godzin pracy w miesiącu, tj. 168 daje nam kwotę ok. 44 zł brutto – koszt zatrudnienia 1 osoby na umowę o pracę. Przez 9 m-cy zarządzania systemem mamy 6 588 godzin (30,5 dni średnio w miesiącu x 24h x 9 mc-y)”. System ze względów opisanych powyżej musi być czynny całodobowo i w każdym czasie przynajmniej 1 osoba musi być dostępna na serwisie/relokacji. Czyli trzeba przez 6 588 godzin zatrudniać osobę na serwis/relokację (dla wszystkich rowerów, w tym cargo i elektrycznych, w tym wymiana baterii, w tym też czyszczenie stacji rowerów itd.). A zatem jest to koszt już na poziomie 289 872,00 zł brutto, ale bez dalszych kosztów:

a) zatrudnienia osób wspomagających serwis/relokację w godzinach szczytu – co samo Konsorcjum Orange uważa za konieczne w wymiarze 0,5 etatu, który generuje koszt: 168 h miesięcznie / 2 = 84h x 44 zł brutto = 3 696 zł brutto x 9 m-cy = 33 264 zł.

b) zatrudnienia osób na potrzeby biura obsługi klienta – samo Konsorcjum Orange wskazuje na zaangażowanie 1,5 etatu. Nawet licząc wynagrodzenie na poziomie minimalnym 4.666,00 zł brutto (a przecież osoby te muszą posługiwać się biegle językiem obcym), to koszty z obciążaniami pracodawcy na poziomie 5.601,00 zł brutto brutto – po uwatowaniu: 6 889,23 brutto. Przez 9 m-cy zarządzania systemem będzie to łączny koszt

1 etatu: 62 003,07 zł, a dla 1,5 etatu to: 93 004,60 brutto,

c) zatrudnienia osoby do rozliczeń użytkowników (1 etat) – nawet po stawce wynagrodzenia minimalnego to łączny koszt 1 etatu: 62 003,07 zł,

d) zatrudnienia osób za zastępstwo podczas urlopów wypoczynkowych, chorobowych,

e) dodatków za pracę w porze nocnej.

25. A przecież oprócz wynagrodzenia osób pozycja 6 formularza cenowego: UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU TRM musi zawierać szereg innych kosztów niepracowniczych:

1) zapewnienia magazynu/serwisu wraz z wyposażeniem (koszt ok. 30.000 zł. Zgodnie z szacowaniem dokonany przez Konsorcjum Orange: 39.200 zł na 12 m-cy),

2) koszty zapewnienia części zamiennych/eksploatacyjnych do rowerów,

3) pojazdy, koszty ich eksploatacji (naprawy, paliwo, opłaty, ubezpieczenie) ewentualnie koszty nabycia nowych pojazdów,

4) koszty związane z funkcjonowaniem wypożyczalni długoterminowej rowerów elektrycznych (w tym ładowarki, koszty ładowania baterii) – o czym była już mowa powyżej,

5) koszty ogólne przedsiębiorstwa (utrzymanie biura, media, wynagrodzenia członków zarządu, kadry kierowniczej, koszty obsługi finansowej, prawnej), 6) koszty rowerów zapasowych.

26. Konsorcjum Orange względem Postępowania 1 zmniejszyło o prawie 50% wartość usługi

„UTRZYMANIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU

TRM” co nie znajduje żadnego uzasadnienia, bo:

a) będzie mieć wyższe koszty napraw, serwisu, bo operuje sprzętem używanym, co zwiększa liczbę operacji i zużytych części, podzespołów, materiałów eksploatacyjnych.

27. Przy powyższych wyliczeniach Przystępujący przyjął, że funkcje są kumulowane, jak tylko jest to możliwe (relokacja + serwis). Każdy wykonawca je kumuluje, jeśli tylko wysycenie pracy poszczególnych ról pozwala na zlecenie danym osobom innych prac, niż tylko np. relokacje albo tylko serwis.

28. Stanowisko Konsorcjum Orange w piśmie procesowym w zasadzie stanowi wielokrotne zapewnienia o prawidłowej kalkulacji. Jedynie w zakresie biura obsługi klienta Konsorcjum Orange przedstawiło argumentację merytoryczną – bo jedynie w tym zakresie „miało coś do powiedzenia”. Pozostałe kwestie, jak możliwość zaoferowania rowerów używanych są oczywiste i nic nie wnoszą do sprawy. Koszty, których brak uwzględnienia słusznie zarzucił Odwołujący okazało się, że wszystkie (choć to przeróżne rodzaje) uwzględnione są w jednej pozycji nr 41 drugiej zakładki kalkulacji. Zastanawiające, że choć jest przynajmniej 41 pozycji kalkulacji, to w jednej z nich – tej 41 uwzględniono szerokie spektrum kosztów, np. koszty gwarancji i koszty pracy w godzinach nocnych. Jest oczywiste, że mamy do czynienia z próbą „ratowania” wyjaśnień w kontekście trafnie podniesionych zarzutów.

29. W pozostałym zakresie, Konsorcjum Orange podniosło argumenty zmierzające do dyskredytacji Odwołującego. Jako nie mające związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami, pozostawiamy je bez komentarza.

II. Tajemnica przedsiębiorstwa

30. Zamawiający i Konsorcjum Orange uznają, że złożone wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ tego rodzaju informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie stanowisko, oparte na cytowaniu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej nie stanowi wykazania, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

31. Należy zauważyć, że wyjaśnienia ceny składane przez Konsorcjum Orange były już częściowo odtajniane (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-21, KIO 649/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-04-24, KIC 970/23).

32. Uzasadnienie dokonane przez Konsorcjum Orange zastrzeżenia jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji zdaniem Odwołującego dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym Postępowaniu. Ogólnie sformułowane uzasadnienie jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest utrudnienie weryfikacji wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange przez konkurencyjnych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

33. Warto także wskazać, że Konsorcjum Orange w wyjaśnieniach utajnia nawet katalog kosztów, który wycenia – a ten przecież jest taki sam, bo katalog kosztów determinuje opis przedmiotu zamówienia. Już na wstępie trzeba zatem wskazać, że nie ma żadnych podstaw, aby utajniać całość wyjaśnień, w tym w zakresie wskazania katalogu ponoszonych kosztów. Co więcej, utajnienie dotyczy załączników, które zgodnie z wyrokami KIO 649/23 i KIO 970/23 były odtajniane.

34. Co do charakteru informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą), należy wskazać, że konieczne jest wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17). Konsorcjum Orange okoliczności tych nie wykazało i nawet nie próbowało. W dokonanym zastrzeżeniu brak wykazania istnienia takiego

związku.

35. W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum Orange brakuje konkretów obrazujących, w jaki negatywny sposób na działalność wykonawcy może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji. Konsorcjum Orange wskazuje: „Załączona do wyjaśnień kalkulacja własna kosztowa Wykonawcy wymaga ochrony także z tego powodu, że powstaje na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, sposób budowania strategii cenowej w ofercie i jej elementy składowe stanowią know-how Wykonawcy, posiadają wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoli na wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej”. Z tego ogólnego sformułowania nic nie wynika, oprócz tego, że kalkulacja nie ma waloru ogólnego, bo powstała na potrzeby tego Postępowania. Nie wyjaśniono, ani jaka jest pozycja Konsorcjum Orange na rynku, a przede wszystkim nie wyjaśniono jak ewentualnie mogłaby ta pozycja ucierpieć, wskutek odtajnienia zastrzeżonych informacji. Zupełnie nie wiadomo jak konkurencyjni wykonawcy mieli by wyeliminować Konsorcjum Orange z rynku czy wykorzystać informacje. Wielokrotnie wyjaśnienia ceny były w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odtajniane, ale trudno znaleźć przypadek wyeliminowania z tej przyczyny jakiegoś wykonawcy z rynku. Wyjaśnienia Konsorcjum Orange też były częściowo odtajniane i nie wykazano, aby z tego powodu wykonawca ten poniósł jakiegokolwiek negatywne konsekwencje.

36. Nawet nie starano się wskazać jakichkolwiek negatywnych konsekwencji ujawnienia zastrzeżonych informacji, nie wspominając o wykazaniu jeszcze związku przyczynowo skutkowego pomiędzy tym ujawnianiem a negatywnymi konsekwencjami. Nie przedstawiono jakichkolwiek argumentów, które miałyby świadczyć o tym, że te ceny miałyby być takie same w innych postępowaniach – w tym zakresie brak nawet twierdzeń. Wysoce wątpliwe jest także, aby sam fakt ujawnienia wyjaśnień ceny dawał konkurencji odpowiedź na pytanie, w którym postępowaniu w przyszłości Konsorcjum Orange weźmie udział, a w którym nie i z jakimi cenami, bo postępowania się różnią co do wymagań, a i sytuacja wykonawców, dostępne dla nich warunki są zmienne w czasie – czego przykładem jest Postępowanie i Postępowanie 1, gdzie Konsorcjum Orange zmieniło model z rowerów nowych na używane.

37. Nie wiadomo na czym polega wartość gospodarcza informacji – oprócz tez powtórzonej kilka razy, że ją one posiadają, nie próbowano jej wyjaśnić. Nie wiadomo na czym polega know-how wykonawcy, bo jego również nie określono. Przecież można było ją opisać w ramach utajnionych fragmentów uzasadnienia – czego nie dokonano.

38. Warto przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1884/18, dotyczący podobnych twierdzeń, co w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange jako tajemnicy przedsiębiorstwa: „Przystępujący MM w przedłożonych Zamawiającemu oświadczeniach dot. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, złożył jedynie ogólne deklaracje, iż informacje te są informacjami technicznymi, technologicznymi i organizacyjnymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie mają wartość gospodarczą oraz nie były ujawnione do publicznej wiadomości. Deklaracji tych, nie można uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich konkretów obrazujących w jaki negatywny sposób na działalność Przystępującego MM może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji, poza ogólnymi wskazaniem, że znacząco pogorszy się jego pozycja konkurencyjna, konkurenci uzyskają przewagę rynkową, poprzez zapoznanie się z know-how w zakresie sposobu wykorzystania technologii i urządzeń, a także źródeł zaopatrzenia”.

39. Nie ulega również wątpliwości, że Konsorcjum Orange nawet nie próbowało wykazywać, że zastrzeżone informacje stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstw. Konsorcjum Orange, w zasadzie, poprzestało jedynie na zadeklarowaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bez wykazania, że one taką wartość rzeczywiście mają. Prowadzi to do wniosku, że nie posiadają one ani charakteru technicznego, technologicznego ani przede wszystkim organizacyjnego, a także nie posiadają wartości gospodarczej. Nie wiadomo na czym ich wartość gospodarcza polega.

40. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2018 r. sygn. akt KIO 458/18; KIO 474/18 zważyła: „W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14)”. Konsorcjum Orange okoliczności takich nie wykazało. Rzekoma wartość gospodarcza informacji została jedynie przedstawiona jako twierdzenie.

41. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, akcentując, że może być ono dokonane w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, w których ciężar udowodnienia konkretnych, zindywidualizowanych okoliczności ciąży wówczas na wykonawcy (vide np. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1535/14), w ocenie Odwołującego, brak jest dostatecznych podstaw, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez Konsorcjum Orange wymogów formalnych wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, a ocena tych zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie mają

wartości gospodarczej, a ich utajnienie ma służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum Orange. W tym kontekście pragniemy również powołać się na wyrok Izby z dnia 10 lipca 2015 r. (KIO 1185/15), w którym czytamy: „(...) wskazać należy, że Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (...) Wykonawca ten nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że wyjaśnienia były przygotowywane wyłącznie przez pracowników, nie złożył listy pracowników mających dostęp do wyjaśnień, nie przedłożył kopii umów o pracę czy umów o zachowanie poufności. Nie przedstawił kopii żadnych procedur wewnętrznych potwierdzających istnienie wewnętrznych regulacji w zakresie ochrony informacji wrażliwych”.

42. Uznając poczynione zastrzeżenie za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążyących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawdziwości poczynionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO 1542/14: „Zamawiający powinien przyłożyć wagę do wyjaśnień składanych przez wykonawców odnośnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi ocenić, czy wykonawca faktycznie wykazał zasadność zastrzeżenia. Tylko wiarygodne wyjaśnienia stanowią podstawę do wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Należy mieć na uwadze, że nie uzasadnia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoływanie się na bliżej niesprecyzowane know-how w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot oferty został indywidualnie skalkulowany na potrzeby niniejszego postępowania (analogicznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2018 r., sygn. akt KIO 1715/18).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 20.03.2025 r.) wniósł o: (...)

1. oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z przedłożonej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. zasądzenie od Odwołującej na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika, zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem.

W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności:

(...)

2. Zamówienie zostało oszacowane na wartość większą niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. na kwotę netto 1.563.940,00 PLN, co daje 337.266,83 euro.

Dowód: a) wycena szacunkowa Zamawiającego, b) wniosek o wszczęcie postępowania, - w aktach postępowania (k - 1).

(...)

4. Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć 1.500.000,00 PLN brutto.

Dowód: a) informacja o kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z 17.01.2025 r. - w aktach postępowania (k - 22).

5. Do upływu terminu składania ofert złożono trzy oferty:

1) Konsorcjum w składzie: ORANGE POLSKA S.A. – Lider Konsorcjum, Al. Jerozolimskie 160,

02-326 Warszawa; ROOVEE S.A. – Członek Konsorcjum, ul. Ryżowa 33A, 02-495 Warszawa; cena oferty brutto 1.099.029,60 PLN;

2) NEXTBIKE POLSKA S.A., ul. Przasnyska 6B, 01-756 Warszawa; cena oferty brutto:

1.650.168,00 PLN;

3) BIKEU sp. z o.o., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa; cena oferty brutto: 1.248.999,81 PLN.

Dowód:

a) informacja z otwarcia ofert z 17.01.2025 r. - w aktach postępowania (k-23).

6. W wyniku dokonanej oceny i badania złożonych ofert, Zamawiający pismem z dnia 25.02.2025 r. poinformował Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum: ORANGE POLSKA S.A. – Lider Konsorcjum, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa; ROOVEE S.A. Członek Konsorcjum, ul. Ryżowa 33A, 02-495 Warszawa za cenę brutto: 1.099.029,60 PLN (dalej jako Przystępujący lub Konsorcjum).

Dowód: a) informacja o wyborze oferty z dnia 25.02.2025 r. – Wykonawcy, b) informacja o wyborze oferty z dnia 25.01.2025 r. – Platforma – w aktach postępowania (k – 48 i k – 49).

7. Odwołująca wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania w postaci:

1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

2) zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych niesłusznie przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami, które zostały dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum dnia 27.01.2025 r.,

3) dokonania dnia 25.02.2025 r. czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu, a zatem nie zawiera najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Dowód: a) odwołanie BikeU sp. z o.o. z dnia 07.03.2025 r. - w aktach postępowania (k -54) .

II. Stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutów odwołania

1. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską ceną oraz wybór oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej:

1) Zamawiający pismami z dnia 20.01.2025 r. wezwał Odwołującą i Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, ponieważ:

a) cena oferty Przystępującego jest niższa o 42,87 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (1.099.029,60 PLN /1.923.646,20 PLN),

b) cena oferty Odwołującej jest niższa o 35,07 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (1.248.999,81/1.923.646,20 PLN),

2) Ustalona przed wszczęciem postępowania wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług w kwocie 1.923.646,20 PLN obejmuje wycenę rowerów tzw. „4 generacji” przeznaczonych do wypożyczenia krótkoterminowego nowych, a nie używanych (z tym że Zamawiający dopuścił zaoferowanie rowerów używanych nie więcej niż 30 miesięcy). Zarówno Odwołująca, jak i Przystępujący zaoferowali rowery używane,

3) Wzywając do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, Zamawiający odnosił się do wartości 1.923.646,20 PLN, w której ujęte są koszty dostarczenia nowych rowerów

tzw. „ 4 generacji” w liczbie 360 szt.,

4) Jeżeli natomiast przyjąć w wycenie szacunkowej wartość używanych rowerów tzw. „4 generacji”, nawet w wyższej cenie oferowanej przez Odwołującą (poz. 1. Formularza cenowego w kwocie 177.120,00 PLN), to wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług zamyka się w kwocie 1.471.990,20 PLN, a cena oferty Przystępującego stanowi 25,32% tej wartości. Z kolei cena oferty Odwołującej stanowi 15,15% tak zmodyfikowanej wartości szacunkowej.

Powyższe dowodzi, że to ujęcie w wycenie szacunkowej nowych rowerów wpłynęło na jej podwyższenie, a następnie poskutkowało wszczęciem procedury wyjaśniania zaoferowanej ceny. Przy przyjęciu w wycenie szacunkowej (nawet wyższej ceny za używane rowery oferowanej przez Odwołującą), przesłanka z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp nie zachodzi,

5) Choćby już z tego względu, żądanie Odwołującej odrzucenia oferty Przystępującej, jako zawierającej rażąco niską cenę (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 224 ust. 1 Pzp), jest nieuprawnione, a zarzuty wobec zaniechania tej czynności przez Zamawiającego, bezpodstawne,

6) Dalej Odwołująca twierdzi, że Przystępujący nie przedstawił wystarczających dowodów, które świadczyłyby o możliwości zaoferowania ceny pokrywającej koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i osiągnięciem zysku, wyjaśnienia Przystępującej są ogólnikowe, nieweryfikowalne, lakoniczne, niespójne, niewiarygodne, a także niekompletne oraz nie uwzględniają wszystkich wymaganych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, w tym istotnych elementów ceny oferty obejmujących koszty pracownicze (obsługa BOK, praca w porze nocnej, w weekendy, święta), a także pozostałych kosztów związanych z utrzymaniem, zarządzaniem i eksploatacją kompleksowego systemu TRM, jak również kosztów zapewnienia przez Konsorcjum gwarancji na 20 szt. rowerów elektrycznych przez wymagane 36 miesięcy,

7) Po pierwsze wskazać należy, że Odwołująca nie ma żadnych podstaw twierdzić, iż cena oferty Przystępującej nie pokrywa kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz nie obejmuje zakładanego zysku, albowiem szczegółowa kalkulacja ceny oferty w tym zakresie została skutecznie zastrzeżona przez Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jest w pełni uprawnione i czego wyjaśnienie Zamawiający przedstawi w dalszej części niniejszego pisma,

8) Po drugie, wezwanie Zamawiającego skierowane zarówno do Odwołującej, jak i Przystępującego dotyczyło złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie istotnych części składowych ceny oferty oraz wyjaśnień w zakresie

obligatoryjnych elementów wezwania wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 w zw. z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, tj. odnoszących się do kosztów pracy oraz zabezpieczenia społecznego. Zatem nie każde twierdzenie w ramach złożonych wyjaśnień wymaga dowodu i nie na każde wyjaśnienie Wykonawca zobowiązany był przedłożyć stosowny dowód,

9) Przystępująca wyjaśniła, że koszty wynagrodzenia pracowników skalkulowała zgodnie z przepisami prawa o minimalnym wynagrodzeniu, prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, na co przedstawiła szczegółowe wyjaśnienia i kalkulacje kosztów. W ocenie Zamawiającego są one wystarczające i nie budzą wątpliwości. Podkreślić należy, że Zamawiający żadnym postanowieniem SWZ nie wymagał od Wykonawcy, ażeby jego personel był wyłącznie dedykowany do realizacji niniejszego zamówienia. Nie może Zamawiający czynić zarzutu wobec Przystępującego z tytułu jego założeń w zakresie optymalizacji kosztów pracy personelu mającego obsługiwać TRM, skoro Przystępująca w sposób konkretny i w pełni wiarygodny wyjaśniła, w jaki sposób i jakimi siłami zamierza spełnić wymogi określone w niniejszym postępowaniu,

10) W wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny z dnia 07.02.2025 r. Konsorcjum szczegółowo wyjaśniło wątpliwości Zamawiającego odnośnie obsługi BOK oraz utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM,

11) Odwołująca swoje zarzuty wobec kalkulacji ceny oferty Przystępującej koncentruje wokół jednej pozycji Formularza cenowego, a mianowicie poz. 5.1., która u Odwołującej została skalkulowana na kwotę brutto 369.549,81 PLN, a u Przystępującego na kwotę brutto 134.685, 00 PLN,

12) Odwołująca pomija jednak, że oferując rower elektryczny do wypożyczenia długoterminowego (poz. 2 Formularza cenowego) jest o prawie 74.000,00 PLN tańsza od oferty Przystępującego.

Podobnie wygląda cena za spełnienie wymagań dotyczących stacji zgodnie z OPZ (poz. 5.2. Formularza cenowego), gdzie Odwołująca oferuje cenę brutto 111.930,00 PLN, a Przystępujący cenę brutto 169.703,10 PLN, co daje różnicę prawie 58.000,00 PLN,

13) Powyższe świadczy o indywidualnym podejściu do wyceny poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia przez każdego z Wykonawców. Nie można zatem z jednej pozycji Formularza cenowego wyciągać wniosku o rażącym charakterze ceny oferty

Przystępującego. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 04.01.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 147/22, LEX 3481406 stwierdził: „Niewątpliwie cena rażąco niska odnosi się do całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę.”,

14) W twierdzeniach Odwołującej odnośnie wymogów obsługi BOK oraz poczynionych wyliczeniach, jest istotny brak, a mianowicie Zamawiający nie narzucał Wykonawcom sposobu kalkulacji kosztów pracowniczych wymagając dedykowania ich określonej liczby tylko do obsługi TRM, czy też zakazując Wykonawcom wspomagania się pracownikami zatrudnionymi na innych zadaniach. Zamawiający wymagał obsługi BOK w określonym czasie i na określonym poziomie (podobnie odnośnie zarządzania, utrzymania i eksploatacji TRM) i wyjaśnienia odnośnie podniesionych wątpliwości od Przystępującego otrzymał. Przystępujący potwierdził, że opracował efektywny model organizacji pracy, który minimalizuje koszty operacyjne, a zaoferowana cena jest odpowiednia do zakresu zamówienia i pozwala na pełną realizację wymagań zawartych w OPZ,

15) Odwołująca zarzuca ofercie Przystępującego, rażąco niską cenę w zakresie utrzymania, zarządzania i eksploatacji TRM – poz. 6 Formularza cenowego przez uwzględnienie w kosztach obsługi TRM jednego samochodu. Przystępujący wyjaśnił te kwestie w piśmie z dnia 07.02.2025 r., aczkolwiek nie mniej istotny jest fakt, iż z porównania cen tej pozycji w ofercie Odwołującej i Przystępującego wynika różnica zaledwie 6.580,50 PLN (oferta Odwołującej: poz. 6 Formularza cenowego: 370.230,00 PLN; oferta Przystępującego: poz. 6 Formularza cenowego: 363.649,50 PLN). Ceny te są porównywalne i pozostają na bardzo zbliżonym poziomie, stąd też twierdzenie Odwołującej wydaje się nie mieć uzasadnienia,

16) Odnośnie zaś zarzutu dotyczącego nie ujęcia w cenie oferty Konsorcjum kosztów gwarancji na 20 szt. rowerów elektrycznych na wymagane OPZ 36 miesięcy, to Zamawiający wskazuje, iż na etapie badania i oceny złożonych ofert wyjaśniał tę kwestię z Przystępującym i uzyskał potwierdzenie, że „Niezależnie od ewentualnej gwarancji producenta rowerów elektrycznych (nawet jeśli obejmowałaby ona 36 miesięcy), Wykonawca był zmuszony do zobowiązania się do udzielenia własnej gwarancji na okres 36 miesięcy licząc od dnia protokolarnego odbioru przedmiotu umowy. W tym celu Wykonawca zapewnił sobie dostęp do części zamiennych do oferowanych rowerów elektrycznych, a koszt ich zakupu oraz koszt serwisowania i wymiany części uwzględnił w cenie oferty.”,

17) Zamawiający wskazuje, że ani w swojej wycenie szacunkowej, ani w formularzu cenowym, który zobowiązani byli złożyć Wykonawcy, nie została wyodrębniona pozycja kosztowa dotycząca udzielenia gwarancji na 20 szt. rowerów

elektrycznych. Wątpliwości w tym zakresie Zamawiający wyjaśnił, lecz nie widzi podstaw do żądania od Przystępującego, czy też innego Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, wykazywania pozycji kosztowej związanej z udzieleniem gwarancji.

Dowód: a) wniosek o wszczęcie postępowania wraz z wyceną szacunkową – w aktach postępowania (k – 1), b) wezwanie Orange Polska S.A. i Roovee S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny z dnia 20.01.2025 r. w aktach postępowania (k – 29), c) wezwanie BikeU z dnia 20.01.2025 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny – w aktach postępowania (k – 30), d) wyjaśnienia Orange Polska S.A. i Roovee S.A. w zakresie wyliczenia ceny oferty w aktach postępowania (k – 43), e) wezwanie Orange Polska S.A. i Roovee S.A. do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 31.01.2025 r. – w aktach postępowania (k – 40), f) wyjaśnienia Orange Polska S.A. i Roovee S.A. z dnia 05.02.2025 r. treści oferty

– w aktach postępowania (k -42).

2. Zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum, jako tajemnica przedsiębiorstwa:

1) W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty skierowane do Odwołującej i Przystępującego, Wykonawcy złożyli przedmiotowe wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając ich część, jako tajemnica przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233; dalej u.z.n.k.),

2) Zamawiający zweryfikował treść zastrzeżeń i pismem z dnia 12.02.2025 r. poinformował Odwołującą o odtajnieniu części zastrzeżonych wyjaśnień,

3) W notatce służbowej z dnia 12.02.2025 r. komisja przetargowa dokonała weryfikacji zastrzeżeń dokonanych przez Przystępującego oraz zaproponowała kierownikowi zamawiającego, ich nieodtajnianie, jako iż spełniają przesłanki określone w art. 18 ust. 3 Pzp w zw. za art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,

4) Jak wynika z przywołanej wyżej notatki służbowej, zastrzeżone przez Konsorcjum wyjaśnienia dotyczą właściwego tylko Wykonawcy sposobu kalkulacji ceny oferty (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty, usługodawcy, dostawcy, podwykonawcy, zastosowane rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy, przyjęta metoda optymalizacji zysku). Informacje te stanowią o wypracowanych przez Wykonawcę w praktyce metodach działania w prowadzonej działalności gospodarczej, co wpływa na konkurencyjność Wykonawcy w sposobie budowania ceny oferty. Sposób budowania ceny oferty stanowi dla Wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (tak KIO w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r., KIO 149/16, LEX 1994330). Zastrzeżone informacje dotyczą także działań Wykonawcy mających na celu obniżenie stosowanych cen, co w orzecznictwie również uznaje się za zasadne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2012 r., KIO 1432/12, LEX nr 1212701). Przystępująca składając wyjaśnienia dokonała skutecznego zastrzeżenia, wykazała przesłankę ich wartości gospodarczej, wykazała odnośnie każdego z członków Konsorcjum, w jaki sposób informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione, odpowiednio oznaczyła i zabezpieczyła poufne dane,

5) W wyroku z dnia 24.04.2023 r., KIO 970/23, LEX 3584855, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż : „(...) wartość gospodarczą zastrzeżonych dokumentów Przystępującego przejawia się w tym, że stanowią one szczegółową kalkulację ceny złożonej oferty, w tym odnoszą się do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz uwzględniają marżę handlową. I tak w odniesieniu do metodologii kalkulacji cenowej, Izba zwraca uwagę, że ww. kalkulacja zawiera w ramach przedmiotu umowy określoną ilość, cenę netto, wartość netto, koszty, zysk, marżę dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jednocześnie załączając dokumenty potwierdzające wysokość faktycznie ponoszonych przez Wykonawcę kosztów na utrzymanie systemu do obsługi systemu rowerów miejskich. Zdaniem Izby ww. informacje mają wartość gospodarczą, ponieważ w oparciu o nie konkurencja mogłaby łatwiej i precyzyjniej szacować, jak dany wykonawca wyceni swoją ofertę w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze.”,

6) Podobnie, jak wyżej orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 08.05.2023 r., KIO 1098/23, LEX 3584964: „W ocenie Izby, w odniesieniu jedynie do kalkulacji cenowych, w szczególności z uwagi na to, że kalkulacja cenowa zawiera jednostkowe szczegółowe dane finansowe odnośnie kosztów ponoszonych przez wykonawcę, wskazywany jest tam zysk (wynik ze sprzedaży) określony dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jak i w odniesieniu do całego kontraktu, marża dla każdego elementu, marża średnia itp., informacje takie mogą być skutecznie chronione przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wskazał bowiem Sąd Okręgowy w Katowicach, zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być one przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (patrz: wyrok SO w Katowicach z 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Podobnie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy,

organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowią podstawy rentowności przedsiębiorstwa (patrz: wyrok KIO z dnia 17 lutego 2016 r., KIO 149/16). W wyroku z dnia 20 lipca 2012 r., KIO 1432/12, stwierdzono, że "zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencyjności na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa". Wyjaśnienia wykonawcy zawierają kalkulację składników ceny oferty. Są to szczegółowe informacje, co do sposobu skalkulowania ceny, w tym co do kosztów, jakie planuje ponieść przystępujący w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencyjność wykonawcy będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować, jak dany wykonawca wyceni swoją ofertę w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze. Takie dane, jak sposób kalkulacji ceny ofertowej, czy sposób budowania strategii cenowej, stanowią informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Metoda kalkulacji ceny jest efektem doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Ich ujawnienie mogłyby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów. Tym samym, informacje podane w kalkulacji cenowej należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę z pewnością można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji. Co dotyczy wykazania faktu podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności przez Roovee - członka Konsorcjum, należy wskazać, że jak wynika z załączonych przez Konsorcjum Orange dowodów, członka konsorcjum współpracującego w ramach Konsorcjum Orange obowiązują m.in. procedury ochrony informacji, które zostały określone w dokumentach przedstawionych wraz z wyjaśnieniami, w zakresie procedur i trybu współpracy Orange Polska S.A. z zewnętrznymi partnerami (przedsiębiorcami) w ramach wspólnej realizacji projektów. Powyższe potwierdza treść wyciągu z Zarządzenia nr 5 z dnia 15 stycznia 2019 r., wyciągu z Decyzji nr 63 z dnia 13 listopada 2018 r., tj. dokumentów załączonych do wyjaśnień, których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Konsorcjum Orange wykazało zatem w dostateczny sposób, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem skutecznego zastrzeżenia - przedstawiające kalkulacje cenowe, zachować w poufności oraz że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej. Pojęcie "wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp, nie wyklucza możliwości przyjęcia oświadczeń złożonych przez wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu żadne okoliczności podważające wiarygodność złożonych przez Konsorcjum Orange oświadczeń nie zostały przez Odwołującego przedstawione". Tak więc Izba w sprawie KIO 649/23 potwierdziła, że kalkulacje cenowe stanowią podstawę to uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że Konsorcjum Orange podjęło stosowne decyzje i wdrożenia w celu zachowania w tajemnicy kalkulacji cenowych.",

7) W ocenie Zamawiającego z tożsamym stanem faktycznym, co analizowany przez KIO w wyroku przytoczonym szeroko w pkt 6) powyżej, mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, a działania Zamawiającego w kontekście uznania wiążącego charakteru zastrzeżonych przez Przystępującego informacji, były prawidłowe.

Dowód: a) informacja o odtajnieniu części wyjaśnień BikeU sp. z o.o. z 12.02.2025 r. – w aktach postępowania (k – 45), b) notatka służbowa z dnia 12.02.2025 r. – w aktach postępowania (k – 46).

Sumując, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, jak też prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia wyjaśnień Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny oferty, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum: Orange Polska S.A., Roovee S.A. z/s w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 20.03.2025 r. (Uczestnik lub wykonawca Orange) wskazali: (...)

[Zarzut nr 1 – tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP, a także art. 224 ust. 1 PZP – rażąco niska cena]

1.Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 i 6 a także art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej także „Ustawą” – „poprzez nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska, a Konsorcjum składając wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny nie wykazało, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska”. W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego.

2.Odwołujący zarzut ten opiera na trzech przesłankach wskazując, że Przystępujący:

a.nie przedstawił wystarczających dowodów, które świadczyłyby o możliwości zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie, a także o możliwości pokrycia kosztów związanych z wykonaniem zamówienia i osiągnięciem zysku z tego

tytułu,

b.przedłożył wyjaśnienia, które są nieweryfikowane, ogólnikowe, lakoniczne, niespójne, niewiarygodne, a także niekompletne,

c.nie uwzględnił wszystkich wymaganych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, w tym takich, które stanowią istotny element ceny, w szczególności obejmujących koszty pracownicze (w tym związane z obsługą BOK, pracą w porze nocnej, w weekendy, święta oraz związane z zapewnieniem utrzymania, zarządzania i eksploatacji kompleksowego systemu TRM), a także pozostałych kosztów związane z utrzymaniem, zarządzaniem i eksploatacją kompleksowego systemu TRM, jak również takich kosztów jak: koszty zapewnienia przez Konsorcjum gwarancji na dostarczone elementy systemu TRM (w zakresie 20 szt. rowerów elektrycznych) – ponad 24 miesiące gwarancji zapewnianej przez producenta, koszty transportu rowerów uszkodzonych do serwisu w Konsorcjum w Płocku, koszty związane z zapewnieniem przez Konsorcjum zapasu rowerów i urządzeń lock na podmianie.

3.Argumentacja Odwołującego w tym zakresie opiera się na całkowicie błędnych założeniach i nie uwzględnia całościowo ani warunków Zamówienia wynikających z treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej także „SWZ”), ani czynności dokonywanych przez Zamawiającego, jak i Przystępującego, w tym złożonych wyjaśnień, ani tym bardziej warunków rynkowych z uwzględnieniem wymogów zawartych w SWZ.

4.Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący w treści zarzutu, Przystępujący oświadcza, że:

a.złożone przez Przystępującego wyjaśnienia dotyczące elementów ceny i załączona do nich kalkulacja oraz inne dowody potwierdzają, iż cena oferty uwzględnia wszystkie elementy przedmiotu zamówienia wynikające z SWZ oraz że uwzględniono ich rzeczywiste koszty, jakie zostaną poniesione w trakcie realizacji zamówienia,

b.złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są szczegółowe, powiązane z konkretnym (przedmiotowym) postępowaniem oraz w sposób bezpośredni odnoszą się do zaoferowanej ceny. Udzielone wyjaśnienia są rzetelne i zawierają opis sposobu kalkulacji ceny oferty i okoliczności, które miały szczególne znaczenie dla ustalenia jej na zaoferowanym poziomie. Wyjaśnienia poparto dowodami, wykazując także rentowność przedsięwzięcia,

c.wnioski, które Odwołujący wyciąga z udostępnionych mu częściowo wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez Przystępującego, budując treść swojego zarzutu na hipotezach oraz własnych założeniach, które są z gruntu fałszywe i nie znajdują potwierdzenia w treści wyjaśnień oraz innych dowodów do nich załączonych.

5.W dalszej części pisma Przystępujący będzie odnosił się do kolejnych punktów uzasadnienia odwołania, w których Odwołujący stara się wykazać swoje bezpodstawne twierdzenia.

6.W pkt 3 Uzasadnienia Odwołujący stwierdził, że Głównym powodem Pierwszego Wezwania były wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum w wysokości 1 099 029,60 zł brutto. Cena ta była niższa o 42,87% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania na kwotę 1 923 646,20 zł brutto. Formułując to twierdzenie Odwołujący pominął jednak w tym zakresie fakt, że sam Zamawiający w treści Wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty z dnia 20.01.2025 r. wskazał, że jego wątpliwości wynikają przede wszystkim z tego, że zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W tym miejscu warto podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość złożenia przez wykonawców oferty w oparciu o nowe rowery albo w oparciu o rowery używane. Oczywiście jest, że kalkulując wartość zamówienia przed wszczęciem postępowania Zamawiający musiał wziąć pod uwagę wartość nowych rowerów, co również wpłynęło na „zawyżenie” szacunkowej wartości zamówienia, która była punktem odniesienia do ustalenia konieczności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu ma charakter obligatoryjny. Stwierdzenie, że powodem Pierwszego Wezwania były wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum jest zatem wyłącznie hipotezą Odwołującego, a powodem badania ceny ofertowej Przystępującego była różnica pomiędzy ceną ofertową, a szacunkową wartością zamówienia, która przekraczała 30%, a tym samym obligowała Zamawiającego do przeprowadzenia procedury badania sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

7.W tym miejscu należy przypomnieć, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie w postępowaniu zarówno rowerów nowych jak i używanych - siłą rzeczy wartość ta w przypadku złożenia oferty w oparciu o rowery używane – tak jak ma to miejsce w ofercie Przystępującego, ale i Odwołującego – będzie dużo niższa niż wartość szacowana przed wszczęciem postępowania. Koszt nowych rowerów – co oczywiste – jest dużo większy niż koszt rowerów używanych, których koszt jest już całkowicie zamortyzowany. Różnicę tę doskonale widać analizując złożone oferty. Oferta Przystępującego (1.099.029,60 zł brutto) i Odwołującego (1.248.999,81 zł brutto) oparte o rowery używane są do siebie zbliżone (różnica to około 12%). Natomiast oferta trzeciego oferenta – Nextbike Polska S.A oparta o rowery nowe

(1.650.168 zł brutto) jest aż o 50% wyższa od oferty Przystępującego i o 32% wyższa od oferty Odwołującego.

8. Wpływ wartości nowych rowerów na wartość szacowaną przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania jest w ocenie Przystępującego tak duża, że gdyby do tej wyceny brano pod uwagę wyłącznie rowery używane oferta złożona przez Przystępującego (ale i przez Odwołującego) nie byłaby niższa niż 30% wartości szacunkowej ustalonej przed wszczęciem postępowania. Co ważne, szczegółowe informacje o sposobie kalkulacji wartości szacunkowej zamówienia przed wszczęciem postępowania posiada Zamawiający. Może on w łatwy sposób zweryfikować, czy gdyby przyjął jako podstawę szacunkowej wyceny wartość zamówienia rowerów używanych (biorąc pod uwagę chociażby oferty Odwołującego i Przystępującego) to

czy oferty te wciąż zawierałyby cenę, która mogłaby budzić jego wątpliwości czy nie jest rażąco niska.

9. W kontekście tym Przystępujący pragnie zwrócić uwagę, że Odwołujący mija się z prawdą wskazując odnośnie wyjaśnień Przystępującego z dnia 27 stycznia 2025 r., że w części ogólnej, która nie została zastrzeżona, wykonawca ten poddał w wątpliwość istnienie podstaw do badania rażąco niskiej ceny. Przystępujący w treści swoich wyjaśnień nie formułował takich twierdzeń. Oczywistym jest dla Przystępującego, że skoro zaistniały przesłanki wskazane w art. 224 ust. 2 Ustawy to Zamawiający był zobligowany to wszczęcia procedury wyjaśnienia. Jednocześnie Przystępujący nie wie czemu mają służyć takie twierdzenia Odwołującego.

10. W dalszej części odwołania Odwołujący często wskazuje jakoby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były ogólne, lakoniczne, niepoparte dowodami, nieweryfikowalne, niewiarygodne i niekompletne (tak m. in. w pkt 5, 28, 30, 38). Twierdzenia te są całkowicie nieprawdziwe. Odwołujący pomija całkowicie fakt, że wyjaśnienia te składają się z dwóch części – jawnej, która ze względu na swój charakter i zakres żądanych informacji ma charakter opisowy i nie może zawierać szczegółowych danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz drugiej części – niejawnej zawierającej szczegółowe kalkulacje i dowody. Twierdzenia Przystępującego znajdujące się w części jawnej po prostu znajdują swoje odzwierciedlenie w szczegółowej kalkulacji i dowodach zawartych w części niejawnej. Zamawiający mając dostęp do obydwu części analizował przedłożone wyjaśnienia i dowody całościowo w oparciu o wszystkie przedstawione mu informacje, dane i dokumenty. Tylko w taki całościowy sposób należy oceniać przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia.

11. Co więcej to Odwołujący, poza formułowaniem takich ogólnych zarzutów o lakoniczności wyjaśnień Przystępującego, właściwie w żaden sposób nie uszczegóławia własnych zarzutów. Tymczasem wyjaśnienia jakie udzielił Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego, są kompleksowe, wiarygodne i odnoszą się do wszystkich elementów wskazanych w treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego. Udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia są obszernie i zawierają opis sposobu kalkulacji ceny oferty i okoliczności, które miały szczególne znaczenie dla ustalenia jej na zaoferowanym poziomie. Wyjaśnienia poparto wycenami i dowodami wykazując rentowność przedsięwzięcia oraz uwzględnione przez Przystępującego pozycje kosztowe. Kalkulacji ceny dokonano z uwzględnieniem zarówno okresu trwania zamówienia, jak i zakresu przedmiotu zamówienia. Przystępujący wykazał rentowność całego kontraktu wskazując poziom przewidywanej marży i zysk oraz opisując poszczególne kategorie uwzględnionych kosztów. Zważywszy na powyższe nie sposób twierdzić, iż udzielone wyjaśnienia potwierdzają złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę.

12. Przystępujący zdaje sobie sprawę, że uzasadnienie odwołania dotyczącego rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy udzielone przez konkurencyjnego wykonawcę wyjaśnienia – jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu – zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem ich nieujawniania z uwagi na to, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, siłą rzeczy musi opierać się na poczynionych samodzielnie przez Odwołującego założeniach czy hipotezach. Jednakże założenia te powinny być w odpowiedni sposób udowodnione przez Odwołującego wykazując, że podniesione przez niego argumenty i dowody rzeczywiście potwierdzają, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z ceną globalną, która nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia lub że istotne części składowe tej ceny są na poziomie rażąco niskim. Odwołujący nie sprostał temu zadaniu.

13. W swoich dywagacjach w pkt. 11 odwołania Odwołujący wskazał, że ma wątpliwości co do uwzględnienia przez Przystępującego kosztów z tytułu:

a. kosztów zapewnienia przez Konsorcjum gwarancji na dostarczone elementy systemu TRM (w zakresie 20 szt. rowerów elektrycznych) – wątpliwości te są całkowicie niezasadne. Przystępujący w treści wyjaśnień z dnia 05.02.2025 r. wskazał, że na okres przedłużenia gwarancji zapewnił sobie dostęp do części zamiennych do oferowanych rowerów elektrycznych, a koszt ich zakupu oraz koszt serwisowania i wymiany części uwzględnił w cenie oferty. Koszty te zostały uwzględnione w wierszu nr 41 w zakładce drugiej znajdującej się w załączniku nr 1 do części niejawnej wyjaśnień z dnia 27.01.2025 r. Na marginesie Przystępujący pragnie zwrócić uwagę, że koszt ten w żaden sposób nie stanowi istotnej części składowej ceny, o której mowa w art. 224 ust. 1 Ustawy,

b. kosztów transportu rowerów uszkodzonych do serwisu w Płocku – co do zasady obsługa serwisowa w ramach oferty Przystępującego oparta jest na serwisie lokalnym w Toruniu. Serwis ten lokalny wyposażony będzie w zapas rowerów i części zamienne, aby zapewnić ich dostępność na odpowiednim poziomie – co Przystępujący wskazywał w treści

wyjaśnień z dnia 07.02.2025 r. Ewentualny serwis rowerów w Płocku będzie miał charakter sporadyczny. Koszt ten został uwzględniony w wierszu nr 41 w zakładce drugiej oraz w wierszu nr 9 znajdujących się w załączniku nr 1 do części niejawnej wyjaśnień z dnia 27.01.2025 r. Na marginesie pragnie zwrócić uwagę, że koszt ten w żaden sposób nie stanowi istotnej części składowej ceny, o której mowa w art. 224 ust. 1 Ustawy,

c.wszystkich wymaganych kosztów pracowniczych, obejmujących w szczególności dodatek za pracę w porze nocnej – wysokość kosztów pracowniczych została przedstawiona w załączniku nr 1 do części niejawnej wyjaśnień z dnia 27.01.2025 r. w tym w wierszach nr 25, 41-45 w zakładce drugiej oraz w informacjach zawartych w zakładce trzeciej wiersze nr 6-7, 9-11,

d.kosztów związanych z zapewnieniem przez Konsorcjum zapasu rowerów i urządzeń lock na podmianę – także ten zarzut jest całkowicie chybiony. Koszty te zostały uwzględnione w wierszu nr 41 w zakładce drugiej znajdującej się w załączniku nr 1 do części niejawnej wyjaśnień z dnia 27.01.2025 r.

Dowód: wyjaśnienia Przystępującego z dnia 27.01.2025 r., z dnia 05.02.2025 r., z 07.02.

2025 r znajdujące się w aktach postępowania

14.Odwołujący w pkt 14 -23 Odwołujący stawia zarzut niedoszacowania istotnej części składowej ceny oferty w postaci kosztów obsługi BOK i nieprawidłowym założeniem możliwości rozłożenia kosztów pracowniczych w tym zakresie pomiędzy inne kontrakty wynikające z działalności Konsorcjum lub jego poszczególnych członków. Zarzut ten jest w całości bezpodstawny, a w niektórych elementach wręcz kuriozalny. Odwołujący w oparciu o wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego tworzy ich własną interpretację nie mającą żadnego logicznego uzasadnienia.

15.Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 27.01.2025 r. szczegółowo przedstawił zasady funkcjonowania BOK oraz wskazał podstawy do wyliczenia niezbędnego poziomu etatów do zapewnienia pełnej obsługi zgodnej z SWZ. Oczywiście jest, że pracownicy dedykowani do obsługi BOK Toruńskiego Roweru Miejskiego (TRM) nie będą obsługiwać wyłącznie tego systemu. Wskazał to wprost Przystępujący w ww. piśmie. W związku z tym koszty pracy wszystkich pracowników BOK będą rozkładać się proporcjonalnie pomiędzy obsługiwane przez BOK systemy rowerowe, w zależności od obciążenia generowanego przez każdy z tych systemów. Aby ustalić jaki zasób pracowników należy zapewnić w BOK, aby zapewnić obsługę TRM w wymaganym przez Zamawiającego wymiarze Przystępujący musiał wyliczyć obciążenie jakie obsługa tego systemu będzie dodatkowo generowała dla jego pracowników. Opierając się na szczegółowych danych z własnego systemu teleinformatycznego dotyczących obsługi podobnych systemów Przystępujący oszacował, że w przypadku uruchomienia TRM wystarczającym będzie zapewnienie wsparcia pracowników BOK na poziomie 1,5 etatu. Podstawowe dane w tym zakresie wskazał Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 07.02.2025 r. Co ważne Zamawiający nie wymagał, aby pracownicy BOK byli dedykowani wyłącznie do obsługi systemu TRM (co zresztą byłoby nieracjonalne chociażby kosztowo). Wykorzystanie BOK, który obsługuje wiele systemów rowerów miejskich prowadzonych przez Przystępującego pozwala zatem na wykorzystanie efektu synergii i optymalizację kosztów obsługi kolejnych systemów. Tymczasem z informacji tych Odwołujący wyciągnął całkowicie odwrotne i sprzeczne z logiką wnioski:

a.w pkt. 16 odwołania Odwołujący stwierdził: w Drugich Wyjaśnieniach Konsorcjum wprost przyznało, że nie uwzględniło wszystkich kosztów utrzymania BOK w ramach niniejszego zamówienia publicznego, gdyż uwzględniło tylko czas czynności pracowników poświęcany na likwidację zgłoszenia (...) Może to świadczyć o rozłożeniu tego kosztu przez Konsorcjum także na inne kontrakty, co jest niedopuszczalne i świadczy o niedoszacowaniu ceny ofertowej.– Twierdzenie to jest całkowicie nieprawdziwe. Wszystkie koszty pracy pracowników BOK zostały uwzględnione w ofercie, a czas wykonywania przez nich czynności był po prostu jednym ze wskaźników jakie brał pod uwagę Przystępujący przy ustaleniu niezbędnej ilości etatów jakie należy zapewnić, aby obsłużyć system TRM. Przy czym sama liczba pracowników obsługująca w ramach BOK wszystkie systemy rowerowe, w tym system TRM, będzie po prostu większa niż 1,5 etatu, tak aby zapewnić obsługę w wymaganych godzinach zgodnie z SWZ. Koszt obsługi BOK TRM nie został rozdzielony na inne kontrakty. Wręcz przeciwnie, całkowite koszty obsługi BOK są dzielone na wszystkie obsługiwane systemy rowerowe (aktualnie około 30) zgodnie z proporcją czasu pracy pracowników jaki poświęcają na dany system – w przypadku systemu TRM będzie to koszt równy 1,5 etatu pracy pracownika.

b.w pkt. 18 - 19 oraz w pkt. 22 ppkt 3) odwołania Odwołujący dokonuje wyliczeń minimalnego czasu pracy pracowników jaki według niego powinien zostać uwzględniony przy obsłudze BOK TRM. Zakłada przy tym, że pracownicy dedykowani do tej obsługi nie mogą jednocześnie obsługiwać innych systemów – jednakże z SWZ nie wynika takie ograniczenie. Przystępujący nie może wykluczyć, że Odwołujący np. przez słabą organizację własnego BOK lub obsługującego go systemu teleinformatycznego każdorazowo musi dedykować pracowników odrębnie do każdego systemu. Jednakże takie podejście jest nieefektywne i przede wszystkim nieracjonalne kosztowo. Być może też skala działalności nie pozwala Odwołującemu wykorzystać posiadanych zasobów w sposób racjonalny. Jak wspomniano, Przystępujący posiada dedykowaną jednostkę organizacyjną BOK, która swoimi zasobami obsługuje jednocześnie wiele systemów rowerowych, a koszty zatrudnienia

jej pracowników są rozkładane proporcjonalnie na wszystkie te systemy. Nie ma więc mowy o jakimkolwiek niedoszacowaniu o co najmniej 235 godzin pracy miesięcznie przy obsłudze BOK (jak stwierdzono w pkt 19) czy wręcz niedoszacowania oferty o co najmniej 75 569,76 zł (jak stwierdzono w pkt 22 ppkt 3). Fakt, że Przystępujący wykorzystuje swoje zasoby w sposób racjonalny, a przy tym inny niż Odwołujący, przy zapewnieniu realizacji wszystkich wymagań SWZ, jak i uwzględnieniu wszystkich kosztów funkcjonowania BOK, nie może być podstawą do uznania, że oferta Przystępującego zawiera w związku z tym cenę rażąco niską. Przyjęcie takich założeń przez Odwołującego jest po prostu nielogiczne.

c.w pkt 18 - 19 odwołania Odwołujący stwierdził: Analizując Drugie Wyjaśnienia można wyciągnąć wniosek, że Konsorcjum założyło rozłożenie kosztów pracy BOK pomiędzy inne kontrakty, które są wykonywane. Wniosek taki wynika z powoływania się na znacznie szerszy zespół BOK funkcjonujący nieprzerwanie (niezależnie od niniejszego kontraktu). Stwierdzenie to jest kuriozalne. Fakt, że szerszy zespół pracowników BOK Przystępującego obsługuje większą liczbę systemów rowerowych absolutnie nie oznacza, że koszty ich pracy zostały przerzucone na inne systemy. Całkowite koszty pracowników BOK są po prostu dzielone proporcjonalnie na wszystkie obsługiwane systemy – w przypadku systemu TRM będzie to równowartość 1,5 etatu pracy pracownika.

d.Dalej w pkt 18 odwołania Odwołujący stwierdza, że: Potwierdza to także fakt, że Konsorcjum bazując na własnych wyliczeniach co do czasochłonności (...) ustaliło, że kosztem jest wyłącznie okres, w którym pracownicy realizują zgłoszenia. Natomiast w rzeczywistości pozostałe koszty związane z zatrudnieniem nie znikają – konieczne jest przecież zapewnienie funkcjonowania BOK przez 16 godzin dziennie codziennie, a nie wyłącznie w chwili obsługi zgłoszeń. Konsorcjum musiało więc założyć co najmniej obsługę w takim wymiarze. Przystępującemu ciężko uwierzyć, że Odwołujący jako podmiot profesjonalnie prowadzący swoją działalność, mógł dojść do tak kuriozalnych wniosków. Przyjęte przez Przystępującego wskaźniki czasochłonności wykonywanych przez pracowników BOK czynności zostały wykorzystane do ustalenia zasobów jakie są niezbędne, aby w ramach BOK Przystępującego obsługiwać w pełnym zakresie także system TRM. Zasoby te zostały należycie zwymiarowane a wszystkie koszty z tym związane uwzględnione w ofercie.

e.W pkt 21 odwołania stwierdzono: Założenie uwzględniania wyłącznie kosztów obsługi zgłoszeń czy też rozkładania kosztów pomiędzy różne kontrakty jest niezgodne z treścią SWZ. (...) Tymczasem przyjęte przez Konsorcjum założenia co do kosztów pracy stanowią o nieuwzględnieniu wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (które powinny być nie mniejsze niż konieczne do zapewnienia obsługi BOK przez 16 godzin dziennie codziennie). Dodatkowo takie podejście prowadziłoby do nieporównywalności ofert – wykonawcy, którzy uwzględnili w cenie wszystkie wymagania Zamawiającego (w tym uwzględnili koszt funkcjonowania BOK w wymaganym wymiarze) siłą rzeczy musieliby w tym zakresie zaoferować cenę wyższą niż wykonawcy, którzy tego nie zrobili. Wnioski te także są całkowicie nieprawidłowe co zostało wykazane już we wcześniejszej części niniejszego wystąpienia gdzie wyjaśniono zasady funkcjonowania BOK jak i podziału kosztów z tym związanych. Przystępujący uwzględnił wszystkie koszty obsługi BOK TRM zgodnej z SWZ w ofercie. Brak zrozumienia ze Strony Odwołującego, że pracownicy BOK mogą skutecznie obsługiwać wiele systemów rowerowych nie jest podstawą do przyjęcia, aby prowadziło to nieporównywalności ofert lub nieuwzględnieniu wszystkich kosztów.

Dowód: wyjaśnienia Przystępującego z dnia 27.01.2025 r., z dnia 05.02.2025 r., z 07.02.

2025 r znajdujące się w aktach postępowania

16.W pkt 24 odwołania Odwołujący odnosi się do niedoszacowania oferty Konsorcjum w zakresie kosztów utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM, w szczególności w zakresie dotyczącym kosztów pracowniczych w tym zakresie oraz zabezpieczenia serwisu. Odwołujący właściwie nawet nie stara się w jakikolwiek sposób wykazać swojego twierdzenia. Jedynie stwierdza autorytatywnie, że absolutnym minimum jest przewidzenie trzech pełnych etatów. Być może bazuje na doświadczeniach z własnymi systemami rowerowymi i problemami z ich zarządzaniem. Od początku wdrażania systemu rowerowego przez Przystępującego tj. od 2018, operujemy na własnym systemie IT, własnym projekcie roweru, własnej koncepcji zarządzania rowerami bezstacowymi 4G w przeciwieństwie do Odwołującego, który zarówno w ramach systemu rowerowego w Toruniu, jak i Bydgoszczy zarządzał rowerami stacowymi 3G. Był to zupełnie inny model zarządzania flotą, inny model serwisu i relokacji. W ocenie Przystępującego Odwołujący miał gorsze jakościowo rowery, bardziej awaryjne, a także mniej wydajny system. Było to prawdopodobnie jedną z przyczyn problemów z realizacją systemów rowerowych przez Odwołującego – o czym w dalszej części pisma. Przystępujący dokładnie zwymiarował koszty utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM, w tym koszty pracy pracowników dotyczących zabezpieczenia serwisu w wymiarze 2,5 etatów i w tym zakresie uwzględnił je w całości w ofercie.

17.W pkt 25-26 odwołania Odwołujący podnosi kwestię pojazdu serwisowego. W ocenie Przystępującego przewidziany koszt w tym zakresie jest adekwatny do zakresu zamówienia. Przystępujący realizuje zamówienia na systemy rowerowe o podobnych rozmiarach, a tym samym wycena kosztów przyjęta do oferty Przystępującego nie jest abstrakcyjna, ale opiera się na rzeczywistych kosztach i sprawdzonym sposobie realizacji analogicznych projektów. W wyjaśnieniach z

dnia 07.02.2025 Przystępujący podał przykład systemu rowerowego w Zielonej Górze, gdzie także z powodzeniem wykorzystywany jest jeden pojazd serwisowy.

18.Przykład wskazany w pkt. 26 odwołania przez Odwołującego tj. wymagania dwóch samochodów w przypadku postępowania na obsługę systemu rowerowego prowadzonego przez Miasto Bydgoszcz jest całkowicie chybiony. Skoro w warunkach postępowania wskazano taki wymóg – jak wskazuje to Odwołujący – to uczestnicy, o ile tego skutecznie nie oprotowali jako nadmiarowego wymagania, po prostu ten wymóg muszą spełnić. Gdyby w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wprowadził wymóg wykorzystywania co najmniej 2 pojazdów serwisowych to zapewne wszyscy oferenci uwzględniliby to w ofercie. Jednakże w SWZ nie ma takiego wymagania. Z ekonomicznego punktu widzenia nie ma również powodu, aby w ofercie uwzględniać nadmiarowe koszty, których poniesienie nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania zamówienia.

19.Przystępujący w niniejszym piśmie odniósł się już do kwestii podnoszonej przez Odwołującego w wielu punktach odwołania (m. in. w pkt 5, 28, 30, 38), że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są jakoby ogólne, lakoniczne, niepoparte dowodami, nieweryfikowalne, niewiarygodne i niekompletne. Z jednej strony te twierdzenia są w całości niezasadne, z drugiej strony nie dziwi, że Odwołujący odwołuje się do takich ogólnych zarzutów nie mając jakichkolwiek zasadnych argumentów merytorycznych. Jako przykład takich niczym nieopartych twierdzeń można wskazać stwierdzenie z pkt. 30 odwołania: Niekompletność i niewiarygodność Pierwszych Wyjaśnień potwierdza sam fakt skierowania do Konsorcjum Drugiego Wezwania. Drugie Wyjaśnienia zaś nie mogły obiektywnie usunąć jakichkolwiek wątpliwości i dodatkowo nie powołują się na jakiegokolwiek obiektywne okoliczności lub dowody, co świadczy o ich nieweryfikowalności i co zostało opisane powyżej. Oba powyższe zdania są po prostu nieprawdziwe. Fakt skierowania przez Zamawiającego wniosku o dodatkowe wyjaśnienia absolutnie nie oznacza, że pierwotne wyjaśnienia były niekompletne lub niewiarygodne. Na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji ofert jak i złożonych wyjaśnień. Jeżeli coś budzi jego wątpliwość ma prawo o to dopytać. Wykonawca na etapie odpowiedzi kieruje się tylko i wyłącznie ogólnym zapytaniem skierowanym do niego przez Zamawiającego. Z zapytania tego niejednokrotnie nie wynika wprost jak szczegółowego wyjaśnienia żąda Zamawiający, jak i co dokładnie wzbudza jego wątpliwość – często zresztą dopiero po uzyskaniu odpowiedzi od wykonawcy Zamawiający jest w stanie bliżej sprecyzować swoje wątpliwości i o nie bardziej szczegółowo zapytać. Zamawiający w odpowiedzi na przedstawione wyjaśnienia z dnia 27.01.2025 uszczegółowił w swoich kolejnych wezwaniach swoje pytania i zakres informacji, których potrzebuje. Te wyjaśnienia otrzymał w pismach z dnia 05.02.2025 oraz 07.02.2025. Wyjaśnienia te w połączeniu z informacjami, danymi i dokumentami przekazanymi w ramach pierwotnych wyjaśnień okazały się dla Zamawiającego wystarczające. Ale absolutnie nie oznacza to, że pierwsze wyjaśnienia były niekompletne lub były niewiarygodne jak stara się sugerować Odwołujący.

20.W orzecznictwie Izby jednoznacznie przyjmuje się, że skierowanie do wykonawcy dodatkowego wezwania/dodatkowych pytań dotyczących sposobu kalkulacji ceny, które zawierają dodatkowe pytania lub mają wyjaśnić wątpliwości, które powstały po zapoznaniu się z wcześniejszymi wyjaśnieniami wykonawcy jest praktyką dopuszczalną. Co więcej, przepis art. 224 PZP nie wprowadza ograniczeń co do liczby pytań zamawiającego, a przepis art. 69 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, który dotyczy możliwości badania sposobu kalkulacji ceny oferty wprost wskazuje, że procedura wyjaśnień ceny oferty ma charakter konsultacji, a więc zakłada więcej niż jedno wezwanie zamawiającego: Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem.

21.W pkt. 31 odwołania Odwołujący stara się dezawuować fakt, że Przystępujący posiada własne rozwiązania techniczne, organizacyjne itp., które wpływają na korzystne warunki realizacji zamówienia. Podnosi, że on także posiada optymalny model operacyjny. Przystępujący nie zna modelu operacyjnego Odwołującego, nie wie na ile można go porównać do systemu i rozwiązań stosowanych przez Przystępującego. Ale już w samym Odwołaniu wskazano na bardzo duże różnice w podejściu obu tych podmiotów to analizowania wymagań, czy organizacji prowadzonej działalności – chociażby w zakresie pracy pracowników BOK, gdzie Przystępujący potrafi w odpowiedni sposób zarządzić zespołem ludzi dedykując ich do obsługi BOK wielu systemów w optymalnym pod względem kosztowym zakresie, w sytuacji gdy Odwołujący planuje wdrożyć rozwiązanie, które będzie dedykowane wyłącznie do obsługi systemu TRM, co wpłynie na wielkość zasobów ludzkich jakie musi do tego przeznaczyć. Już to pokazuje, że model operacyjny Odwołującego i Przystępującego nie są tożsame i mogą wpływać także na różnicę w cenie oferty. Co więcej Odwołujący do tej pory wdrażał w Polsce (Łódź, Bydgoszcz, Toruń) rowery 3. generacji, czyli takie bez Locków/GPS, ale ze stacjami. Tymczasem przedmiotowe Zamówienie na TRM dotyczy rowerów 4. generacji, a w tym zakresie Odwołujący nie ma odpowiedniego doświadczenia takiego jak posiada Przystępujący, który oferuje od początku swojej działalności rowery 4. generacji.

22.W pkt. 33 odwołania Odwołujący powołuje się na oferty z poprzedniego postępowania unieważnionego przez Zamawiającego, w którym oferta Przystępującego była wyższa niż w obecnym postępowaniu. Odwołujący sugeruje wręcz, że skoro nie zmieniły się diametralnie warunki postępowania to nie jest możliwe prawie dwukrotne obniżenie ceny. Jednak odpowiedź na wątpliwość Odwołującego jest bardzo prosta: w ramach pierwszej oferty Przystępujący zaoferował

nowe rowery co drastycznie wpłynęło na cenę całej oferty. W obecnym postępowaniu zaoferowano rowery używane. Między jednym a drugim postępowaniem nastąpiła dość znacząca zmiana z perspektywy Przystępującego. Dowiedział się między innymi, że nie będzie już kolejnego zamówienia na rowery w Słupsku oraz, że rowery z Zielonej Góry w kolejnym zamówieniu mają być nowe a nie odnawiane/używane. Dlatego Przystępujący dysponował znacznymi zasobami wykorzystywanymi uprzednio w ramach innych realizacji, które mógł wykorzystać w niniejszym postępowaniu, co znacząco wpłynęło na wartość oferty.

Dowód: Formularz oferty Konsorcjum Orange Polska S.A. – Roovee S.A, co do faktu, że pierwotna oferta Przystępującego na rower miejski w Toruniu w postępowaniu unieważnionym przez Zamawiającego oparta była o nowe rowery

23. Twierdzenia zawarte w pkt. 34 odwołania zasługują na bardziej dogłębny komentarz. Odwołujący jako argument za swoim wnioskiem o zaniżeniu ceny w ofercie Przystępującego wskazuje na artykuł prasowy „Zielonogórski Rower Miejski – jak działa system?”. W artykule tym autor powołuje się na anonimowe zgłoszenie 1 (słownie: jednej) osoby, która stwierdziła, że naprawy dokonywane są z opóźnieniem. Co więcej artykuł ten odwołuje się do wypowiedzi wiceprezydenta Zielonej Góry pana J.F., który stwierdził, że awarie nie wykraczają poza przyjętą skalę która występuje ogólnie pośród użytkowników rowerów w innych miastach. (...) Na ten moment możemy powiedzieć, że ta współpraca z operatorem układa się poprawnie. Ten przykład doskonale pokazuje jak absurdalną argumentacją musi posługiwać się Odwołujący, aby wykazać swoje nieprawdziwe tezy. Przystępujący nie miał problemów z realizacją swoich obowiązków w postępowaniu w Zielonej Górze. Na dowód tego przedstawiamy jako załącznik do niniejszego pisma referencję wystawioną z upoważnienia Prezydenta Miasta Zielona Góra potwierdzającą należyte i zgodne z umową wykonanie wszystkich zobowiązań przez Przystępującego w ramach realizacji systemu roweru miejskiego w Zielone Górze.

Dowód: referencje Prezydenta Miasta Zielona Góra dotyczące realizacji uruchomienia i utrzymania systemu roweru miejskiego w Zielonej Górze, co do faktów wywiązywania się przez Przystępującego ze zobowiązań umownych

24. Nieprawdziwy zarzut Odwołującego zawarty w pkt. 34 odwołania – jakoby Przystępujący miał problemy z realizacją zamówienia w Zielonej Górze – jest niezmiernie ciekawy w kontekście problemów jakie miał sam Odwołujący jak i spółki z jego grupy kapitałowej w realizacji dotychczasowych kontraktów na system rowerów miejskich. Poniżej Przystępujący przedstawia przykładowe informacje w tym względzie:

a. Artykuł prasowy z portalu Szczecin Nasze miasto pod tytułem: „Opóźnienie roweru miejskiego w Szczecinie. 8 tysięcy złotych kary za dzień zwłoki”, dostępny pod adresem: <https://szczecin.naszemiasto.pl/opoznienie-roweru-miejskiego-w-szczecinie-8tysiecy-zlotych/ar/c4-2389791>, gdzie poinformowano o opóźnieniu w realizacji umowy przez Odwołującego i grożących mu karach w wysokości 8.000 zł za każdy dzień;

b. Oświadczenie Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 22.05.2023 r. w którym stwierdzono, że spółce z grupy Odwołującego HomePort Polska sp. z o.o. naliczono łącznie kary umowne w związku z realizacją umowy na utrzymanie rowerów miejskich w Łodzi w kwotach:

i. 1 196 210,00 zł z tytułu stwierdzonego braku wymaganej liczby rowerów,

ii. 718 281,65 zł z tytułu opóźnienia w uruchomieniu w obowiązującym terminie I oraz II etapu systemu Łódzkiego Roweru Publicznego.

c. Artykuł prasowy z portalu www.lodz.pl pod tytułem: „Co dalej z Łódzkim Rowerem Publicznym? Umowa z operatorem rozwiązana!” dostępny pod adresem <https://lodz.pl/artykul/co-dalej-z-lodzkiem-rowerem-publicznym-umowa-z-operatorem-rozwiazana-60248/>, w którym poinformowano o rozwiązaniu umowy na

Łódzki Rower Publiczny z jego operatorem, którym była spółka z grupy Odwołującego; d. Artykuł prasowy z portalu transport publiczny pod tytułem: „Łódzki Rower Publiczny: Miasto zrywa z Homeport. Czy uda się wybrać następcę na rok?” dostępny pod adresem: [https://www.transport-publiczny.pl/wiadomosci/lodzki-rower-publicznymiasto-zrywa-z-homeport-czy-uda-sie-wybrac-nastepce-na-rok-](https://www.transport-publiczny.pl/wiadomosci/lodzki-rower-publicznymiasto-zrywa-z-homeport-czy-uda-sie-wybrac-nastepce-na-rok-81807.html#:~:text=W%C5%82adze%20C5%81odzi%20rozwi%C4%85za%C5%82y%20umow%C4%99%20z,systemu%20IV%20generacji%20przez%20rok)

81807.html#:~:text=W%C5%82adze%20C5%81odzi%20rozwi%C4%85za%C5%82y%

20umow%C4%99%20z,systemu%20IV%20generacji%20przez%20rok, w którym poinformowano o rozwiązaniu umowy na Łódzki Rower Publiczny z jego operatorem, którym była spółka z grupy Odwołującego, jak i potrąceniu kar umownych z wynagrodzenia na kwotę 2,3 miliona złotych.

Wyjaśnić przy tym należy, że operatorem systemu w Łodzi była spółka HomePort Polska sp. z o.o., której większościowym właścicielem, zgodnie z odpisem z KRS jest spółka FREEBIKE S.R.O. – czyli ten sam podmiot, który jest właścicielem Odwołującego. Ponadto prokurentem w spółce HomePort Polska sp. z o.o. jest Pan J.M., który jednocześnie jest prezesem Odwołującego. Co więcej, zgodnie z informacją ze strony odwołującego <https://bikeu.pl/gdzie-jestesmy> Odwołujący brał bezpośredni udział w całkowicie nieudanej próbie realizacji zamówienia na Łódzki Rower Publiczny. Poniżej print screen z ww. strony internetowej (wydruk strony stanowi załącznik do pisma).

Te wszystkie informacje wskazują, że to nie Przystępujący miał i ma kłopoty z realizacją swoich zobowiązań umownych,

lecz właśnie Odwołujący i spółki z jego grupy kapitałowej. To te podmioty zobowiązane były do zapłaty ogromnych kar umownych za niewywiązanie się z realizacji zamówień publicznych na systemy rowerowe. Mając tak duży багаż negatywnych doświadczeń z próbą realizacji systemów rowerowych oczywistym jest, że Odwołujący powinien założyć w swojej ofercie znaczące kwoty jako zabezpieczenie na wypadek ryzyka kolejnego niewywiązania się ze swoich zobowiązań, czy to w zakresie terminowego uruchomienia systemu, czy też jego należytego utrzymania. Być może to właśnie kwoty założonych kar umownych powodują, że oferta Odwołującego jest droższa od oferty Przystępującego. Przykłady te także pokazują, że w żadnym razie nie jest uprawnione porównywanie doświadczenia czy modelu operacyjnego Przystępującego oraz Odwołującego (jak zasugerowano w pkt 31 odwołania).

Dowody: Artykuł prasowy „Opóźnienie roweru miejskiego w Szczecinie. 8 tysięcy złotych kary za dzień zwłoki” , Oświadczenie Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 22.05.2023 r., Artykuł prasowy z portalu www.lodz.pl pod tytułem: „Co dalej z Łódzkim Rowerem Publicznym? Umowa z operatorem rozwiązana!”, odpis KRS HomePort Polska sp. z o.o, odpis KRS BikeU sp. z o.o., wydruk strony internetowej <https://bikeu.pl/gdzie-jestesmy>, Artykuł prasowy z portalu transport publiczny pod tytułem: „Łódzki Rower Publiczny: Miasto zrywa z Homeport. Czy uda się wybrać następcę na rok?”

25. Odnosząc się do dywagacji Odwołującego w pkt. 35-37 odwołania na temat realizacji przez Przystępującego zamówienia na system rowerowy w Zielonej Górze pragniemy podkreślić, że zamówienie to zostało w całości przez Przystępującego zrealizowane. Potwierdzeniem są referencje wystawione z upoważnienia Prezydenta Miasta Zielona Góra, które załączamy do niniejszego pisma. Kwestie poruszone w piśmie zostały wyjaśnione pomiędzy zamawiającym a Przystępującym. Jeżeli chodzi o dywagację Odwołującego co do modelu wyceny, który zakłada osiąganie zysku dopiero po wykonaniu określonej części zamówienia (tj. maksymalizacji zysku wraz z upływem okresu obowiązywania umowy) to w sytuacji gdy realizacja danego systemu generuje przy jego starcie stałe koszty związane z jego uruchomieniem, które nie są od razu rekompensowane przez zamawiającego, to zwrot tych kosztów nastąpi każdorazowo dopiero w trakcie trwania kontraktu (z osiągniętych wpływów). Są to normalne założenia biznesowe, szczególnie przy modelu ceny ryczałtowej, który jest rozliczana w płatnościach miesięcznych. Nie sposób przyjąć, aby oferta Odwołującego w tym względzie zakładała inny scenariusz, np. osiągnięcie zysku od pierwszego miesiąca realizacji projektu (zakładając, że tym razem Odwołującemu uda się rozpocząć świadczenie usług w całości zgodnie z zamówieniem). Przystępujący oświadcza, że przygotowując ofertę uwzględnił ryzyka wynikające z własnego doświadczenia, jak i z treści umowy w tym zakresie.

Dowód: referencje Prezydenta Miasta Zielona Góra dotyczące realizacji uruchomienia i utrzymania systemu roweru miejskiego w Zielonej Górze, co do faktów wywiązywania się przez Przystępującego ze zobowiązań umownych

26. Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut Odwołującego jest w całości bezpodstawny.

[Zarzut nr 2 – tj. zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 PZP – nieuzasadnione zaniechanie ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa]

27. Dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstw należy uznać w całości za prawnie skuteczne. Powyższy wniosek wynika w ocenie Przystępującego przede wszystkim z treści dokonanego zastrzeżenia, przytoczonych w uzasadnieniu zastrzeżenia argumentów, a nade wszystko z charakteru informacji objętych zastrzeżeniem. Zamawiający słusznie nie ujawnił Odwołującemu zastrzeżonych informacji, ponieważ ich ujawnienie byłoby sprzeczne z prawem – Przystępujący skutecznie wykazał bowiem, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

28. Zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa kalkulacja ceny wraz z załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. W Uzasadnieniu zastrzeżenia wskazano, co jest przedmiotem zastrzeżenia – kalkulacje cen jednostkowych oferty, jak i dokumenty pochodzące od kontrahentów (faktur, oferty handlowe), a także dlaczego informacje te i dokumenty posiadają dla Przystępującego wartość gospodarczą i jako takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazano m.in., że: Załączona do wyjaśnień kalkulacja własna kosztowa Wykonawcy wymaga ochrony także z tego powodu, że powstaje na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, sposób budowania strategii cenowej w ofercie i jej elementy składowe stanowią know-how Wykonawcy, posiadają wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoli na wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.

29. Podnoszony przez Odwołującego zarzut, że informacje nie mogą być rozpatrywane jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na przyznany przez Konsorcjum fakt ich sporządzenia na potrzeby wyłącznie niniejszego Postępowania jest w całości chybiony. Tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowią nie tylko same w sobie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, ale także informacje takie ujęte w szczególnym zestawieniu lub zbiorze składającym się z takich elementów. Takim zestawieniem jest m. in. przedstawiona w części niejawniej wyjaśnień rażąco niskiej ceny szczegółowa kalkulacja własna Wykonawcy. Sam fakt sporządzenia tego zestawienia na potrzeby niniejszego

postępowania nie pozbawia go waloru tajemnicy przedsiębiorstwa: chronione w tym względzie jest m. in. sposób zestawienia tych danych, jak i poszczególne dane cząstkowe które są w tym zestawieniu.

30. Potwierdza to zresztą treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zapadłego w sprawie sygn. akt KIO 649/23, w której to sprawie spółka z grupy Nextbike żądała odtajnienia zastrzeżonych skutecznie przez Przystępującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zamówieniu dotyczącym roweru miejskiego w Płocku. W uzasadnieniu tym Izba wprost wskazała, m.in.: „W ocenie Izby, (...) z uwagi na to, że kalkulacja cenowa zawiera jednostkowe szczegółowe dane finansowe odnośnie kosztów ponoszonych przez wykonawcę, wskazywany jest tam zysk (wynik ze sprzedaży) określony dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jak i w odniesieniu do całego kontraktu, marża dla każdego elementu, marża średnia itp., informacje takie mogą być skutecznie chronione przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. (...)”.

31. Izba przytoczyła przy tym w swoim uzasadnieniu stanowisko wyrażone wcześniej w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r. zapadłym w sprawie sygn. akt XIX Ga 167/07, zgodnie z którym zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze mogą być zakwalifikowane jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

32. W dalszej części uzasadnienia Izba wskazała również, że: „Wyjaśnienia wykonawcy zawierają kalkulację składników ceny oferty. Są to szczegółowe informacje, co do sposobu skalkulowania ceny, w tym co do kosztów, jakie planuje ponieść przystępujący w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja wykonawcy będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować, jak dany wykonawca wyceni swoją ofertę w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze. Takie dane, jak sposób kalkulacji ceny ofertowej, czy sposób budowania strategii cenowej, stanowią informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Metoda kalkulacji ceny jest efektem doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Ich ujawnienie mogłoby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów. Tym samym, informacje dane w kalkulacji cenowej należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę z pewnością można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji.”.

33. Izba, na potwierdzenie swojego stanowiska przywołała szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z 20 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1432/12, w którym stwierdzono także, że: „zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa”.

34. Zarówno na gruncie doktryny jak i orzecznictwa nie budzi zatem wątpliwości to, że wyjaśnienia wykonawcy dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym przedkładane w ramach wyjaśnień dowody, mogą zawierać dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy:

a. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ze względu na charakter przedstawianych w wyjaśnieniach informacji, w tym - co do sposobu kalkulacji ceny oferty, szczegółowych kosztów, informacji o charakterze gospodarczym, technicznym, technologicznym w zakresie proponowanych metod realizacji i proponowanych rozwiązań, handlowym i organizacyjnym (oferty podwykonawców, umowy o współpracy itp.) posiadają wymierną wartość gospodarczą dla innych podmiotów działających na tym samym rynku. Nie można odmówić im charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca, podejmuje działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności i ich ochrony przed ujawnieniem do wiadomości publicznej ;

b. zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu ;

c. Za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku.

d. Biorąc pod uwagę poglądy wypracowane w orzecznictwie, a także przepisy PrZamPubl oraz ZNKU, za informacje, które – po spełnieniu odpowiednich wymogów mogą korzystać z ochrony jaką daje zastrzeżenie ich tajemnicą przedsiębiorstwa – mogą być m.in. uznane: 1) szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności wskazujący na przyjętą przez wykonawcę metodologię jej wyliczenia, stanowiący o konkurencyjności firmy na danym rynku, w tym również podawany na etapie wyjaśniania rażąco niskiej ceny lub kosztu .

35. Na konieczność wyważenia interesów stron oraz uszanowanie prawa przedsiębiorcy do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz utrzymania takiego zastrzeżenia niezależnie od procedury przewidzianych w odrębnych przepisach, w których dane informacje są wykorzystywane zwraca się uwagę również w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych

informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, zgodnie z którą: „W szczególności niniejsza dyrektywa nie powinna zwalniać organów publicznych z obowiązków zachowania poufności, jakie spoczywają na nich w odniesieniu do informacji przekazywanych przez posiadaczy tajemnic przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy obowiązki te są określone w prawie unijnym lub krajowym. Takie obowiązki zachowania poufności obejmują, między innymi, obowiązki dotyczące informacji przekazanych organom instytucji udzielających zamówień w kontekście procedur udzielania zamówień publicznych, określonych na przykład w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE (7), w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (8) i w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE (9).” (motyw 18);

36. Takie podejście jest prezentowane również w orzecznictwie TSUE. W orzeczeniu Varec Trybunał stwierdził, iż: podstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (...). Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym podmiotom szkody.

37. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego i podlega ograniczeniom wynikającym z przepisu art. 18 ust. 3 Ustawy. Ponadto w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji rynkowej, ochrony zaufania pomiędzy kontrahentami oraz utrzymania w poufności informacji mających dla wykonawców określone znaczenie gospodarcze, zamawiający jest zobowiązany jest do nieujawniania danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

38. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący poza wykazaniem, że zastrzeżone informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, jak i że nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (co de facto potwierdza sam Odwołujący wnosząc odwołanie), wykazał także jakie działania są podejmowane, aby utrzymać te informacje jako poufne – w tym przekazał dokumenty wewnętrzne spółek regulujące te kwestie.

39. W zapadłym w sprawie KIO 649/23 orzeczeniu Izba odniosła się także do kwestii wykazania podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności przez Przystępującego. Na podstawie dowodów potwierdzających obowiązujące i funkcjonujące procedury ochrony informacji Izba uznała, że Przystępujący wykazał w tamtej sprawie w sposób dostateczny, że podjęto odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje będące przedmiotem skutecznego zastrzeżenia zachować w poufności oraz że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej.

40. W ocenie Przystępującego, ujawnienie zastrzeżonych informacji pomogłoby Odwołującemu jak i innym uczestnikom rynku w konkurowaniu z Przystępującym – nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, ale także w kolejnych postępowaniach na systemy rowerów miejskich ogłaszanych przez innych zamawiających. Poznanie szczegółowych założeń dotyczących sposobu realizacji zamówienia i kalkulacji oferty, a w szczególności jakie są koszty poszczególnych elementów: rowerów, oporządzenia, koszty serwisu, jaka jest stosowana marża na poszczególne elementy pozwoliłoby konkurentom mającym te dane przewidywać ruchy „przeciwnika” i budować swoje oferty w oparciu o dane konkurencji – w sytuacji gdy Przystępujący nie posiadałby takich danych dotyczących Odwołującego czy innych uczestników rynku. Dawałoby to tym podmiotom ogromną przewagę konkurencyjną nad Przystępującym, który składając kolejne oferty musiałby uwzględnić posiadaną przez konkurencję wiedzę.

41. Przystępujący chciałby podkreślić, że Zamawiający dokonał całościowej oceny złożonej dokumentacji tzn. zarówno części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa jak i samego uzasadnienia tego zastrzeżenia – oraz dowodów złożonych w tym zakresie. Te informacje stanowią pewną całość i jako całość powinny być oceniane. Siłą rzecz Odwołujący nie mógł dokonać takiej całościowej oceny przedłożonych przez Przystępującego dokumentów/informacji oraz uzasadnienia. Nie miał po prostu dostępu do całości. Jednakże Zamawiający miał możliwość dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia poszczególnych elementów wyjaśnień przez pryzmat uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W naszej ocenie Zamawiający dokonał prawidłowej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego.

42. Nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego było lakoniczne, ogólnikowe, gołosłowne i niedostosowane do konkretnego Postępowania i przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jest integralną częścią całości wyjaśnień i musi być rozpatrywane w kontekście informacji, których ono dotyczy. W

konsekwencji Zamawiający, jako gospodarz postępowania, dokonuje oceny czy uzasadnienie odnosi się w swojej treści wprost do konkretnych dokumentów lub informacji objętych tym zastrzeżeniem. Zamawiający dokonał takiej oceny i uznał, że informacje wskazane w uzasadnieniu odnoszą się wprost do zakresu informacji i dokumentów objętych zastrzeżeniem.

43. W kontekście zarzutu, że uzasadnienie jest niedostosowane do konkretnego Postępowania to Przystępujący pragnie zwrócić uwagę, że co do zasady zakres uzasadnienia wynikający z art. 18 ust. 3 Ustawy w zw. z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu czynów nieuczciwej konkurencji jest niezmienny dla wszystkich postępowań. Biorąc do tego dodatkowo zakres wymagań z art. 224 ust. 1 Ustawy przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny siłą rzeczy treść wyjaśnień może być podobna w poszczególnych postępowaniach, tym bardziej że przecież wykonawca bazuje cały czas na tych samych dokumentach wewnętrznych, które obligują go do zachowania w poufności poszczególnych informacji. Do tego w postępowaniach dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia (systemu rowerów miejskich) siłą rzeczy będzie bazował na własnym doświadczeniu i know-how konstruując ofertę w analogiczny sposób.

44. Tym samym uzasadnienie zastrzeżenia informacji może być podobne w poszczególnych postępowaniach. Nie odbiera to mu jednak waloru indywidualnego wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jeżeli odnosi się skutecznie do zastrzeżonej treści – co jak słusznie ocenił Zamawiający ma miejsce w niniejszej sprawie. Na marginesie pragniemy podkreślić, że samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa musi posiadać pewien walor ogólności, bo nie ma możliwości wskazania w jego treści wprost informacji, które się zastrzega. Dane te mają dla Przystępującego wartość gospodarczą, pozwalającą na utrzymanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami z tej samej branży.

45. Przystępujący chciałby przy tym podkreślić, że treść art. 224 ust. 1 Ustawy zobowiązuje wykonawców do złożenia dowodów w zakresie wyczenia ceny lub kosztów lub ich istotnych części składowych. Zmusza to wykonawców do ujawnienia zamawiającemu, nie tylko elementów polityki cenowej, ale też warunków handlowych, które nierzadko są efektem wieloletnich doświadczeń i negocjacji. Takie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa każdego przedsiębiorstwa. Oczywiście poziom szczegółowości złożonych wyjaśnień może być różny i w tym kontekście słuszność zastrzeżenia tej tajemnicy ocenia Zamawiający biorąc pod uwagę złożone uzasadnienie. Jeżeli jednak w wyjaśnieniach przedłożono szczegółowe dane kosztowe poszczególnych elementów systemu, dane kosztowe dotyczące jego utrzymania to nie sposób uznać, że informacje te nie mają wartości handlowej, biorąc chociażby pod uwagę potencjalne ryzyko strat w przypadku ujawnienia tych informacji konkurencji.

46. Zgodnie z praktyką rynkową, warunki handlowe oferowane przez podmioty prywatne innym podmiot prywatnym nie są jawne. W praktyce, podmioty funkcjonujące na rynku „nie chwala się” ofertami, które złożyły swoim kontrahentom, ani nie publikują takich ofert w domenie publicznej. W oczywisty sposób, warunki handlowe mają charakter poufny, nawet jeżeli dany podmiot nie zastrzegł jednoznacznie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

47. Warunki handlowe i ustalenia z kontrahentami stanowią o przewadze Przystępującego zarówno w niniejszym Postępowaniu jak i mogą stanowić przewagę w projektach realizowanych w przyszłości. Warunki świadczenia, jakie dany wykonawca jest w stanie uzyskać w negocjacjach z kontrahentami mają kluczowe znaczenie dla ustalenia (a w tym przypadku obniżenia) kosztów realizacji inwestycji, co przekłada się ostatecznie na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Innymi słowy, oferty uzyskiwane od kontrahentów stanowią informację finansowo-handlową podlegającą szczególnej ochronie, a jej ujawnienie może spowodować obniżenie przewagi konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do firm konkurencyjnych i może zagrozić zdolności wykonawcy do konkurowania w innych projektach.

48. Standardem rynkowym i powszechną praktyką jest również zachowanie poufności nie tylko co do oferowanych warunków handlowych, ale również co do samego faktu prowadzenia negocjacji czy ewentualnej współpracy. Jak wskazuje doświadczenie życiowe warunki oferowane przez kontrahentów są lub mogą być różne dla każdego z oferentów, a uzyskanie korzystnych warunków uzależnione jest często od umiejętności negocjacyjnych czy szeroko pojętych relacji pomiędzy podmiotami, których istotnym elementem w działalności profesjonalnej jest zaufanie i uczciwość kupiecka. Co za tym idzie, ujawnienie informacji handlowych przygotowanych na potrzeby konkretnego wykonawcy – w tym przypadku Przystępującego – chociażby potencjalnie może mieć negatywne konsekwencje nie tylko dla Przystępującego, ale również dla jego kontrahentów - ujawnienie takich informacji podmiotom konkurencyjnym może zatem negatywnie wpłynąć na reputację Przystępującego jako podmiotu profesjonalnego, a w konsekwencji może negatywnie rzutować na pozycję negocjacyjną Przystępującego lub możliwość współpracy z kontrahentami w odniesieniu do innych projektów.

49. W tym miejscu warto zwrócić również uwagę, iż informacje ujawnione czy wypracowane w toku negocjacji podlegają ochronie wynikającej z przepisów Kodeksu Cywilnego, które przewidują ochronę informacji udostępnionych w toku negocjacji z zastrzeżeniem zachowania poufności (art. 72(1) KC). Powołany przepis nakłada na kontrahenta obowiązek nieujawniania i nieprzekazywania udostępnionych informacji innym osobom oraz niewykorzystywania tych informacji, chyba że strony uzgodniły inaczej. Zakres tego niezależnego obowiązku pokrywa się, co do zasady, z nakazami

płynącymi z art. 11 UZNK, a dodatkowo przepis ten pozwala chronić także informacje, które nie są tajemnicami przedsiębiorstwa, lecz zostają udostępnione z zastrzeżeniem poufności.

50. Zważywszy na powyższe, Przystępujący nie może zgodzić się z Odwołującym, aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było nieskuteczne. Przystępujący wykazał wystąpienie wszystkich przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie tajemnicy względem całości zastrzeżonych informacji i dokumentów. Tym samym Zamawiający słusznie uznał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego jest prawnie skuteczne.

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (Izba lub KIO) ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący - wykonawca BikeU sp. z o.o. z/s w Warszawie podniósł zarzuty wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum: Orange Polska S.A., Roovee S.A. z/s w Warszawie wskazując na naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, a także art. 224 ust. 1 Pzp z uwagi na nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, które zaoferowało cenę rażąco niską, a składając wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny nie wykazało, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, gdyż:
 - a) nie przedstawiło wystarczających dowodów, które świadczyłyby o możliwości zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie, a także o możliwości pokrycia kosztów związanych z wykonaniem zamówienia i osiągnięciem zysku z tego tytułu,
 - b) przedłożyło wyjaśnienia, które są nieweryfikowane, ogólnikowe, lakoniczne, niespójne, niewiarygodne, a także niekompletne,
 - c) nie uwzględniło wszystkich wymaganych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, w tym takich, które stanowią istotny element ceny, w szczególności obejmujących koszty pracownicze (w tym związane z obsługą BOK, pracą w porze nocnej, w weekendy, święta oraz związane z zapewnieniem utrzymania, zarządzania i eksploatacji kompleksowego systemu TRM), a także pozostałych kosztów związane z utrzymaniem, zarządzaniem i eksploatacją kompleksowego systemu TRM, jak również takich kosztów jak: koszty zapewnienia przez Konsorcjum gwarancji na dostarczone elementy systemu TRM (w zakresie 20 szt. rowerów elektrycznych) – ponad 24 miesiące gwarancji zapewnianej przez producenta, koszty transportu rowerów uszkodzonych do serwisu w Konsorcjum w Płocku, koszty związane z zapewnieniem przez Konsorcjum zapasu rowerów i urządzeń lock na podmiarę.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że w tej sprawie Konsorcjum nie obaliło ciężącego na nim domniemania rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, ewentualnie doszło co najmniej do zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do wyjaśnień co do wątpliwości w tym zakresie, które obiektywnie powinny powstać po jego stronie, co doprowadziło do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, która nie zawierała najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu lub co najmniej wyboru oferty, w stosunku do której istnieją wątpliwości, czy nie powinna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny,

- 2) art. 18 ust. 3 Pzp z uwagi na nieuzasadnione zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci kalkulacji ceny wraz z załącznikami, które zostały dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum dnia 27 stycznia 2025 r. w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa m. in. z uwagi na fakt, że zastrzeżone informacje zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby niniejszego Postępowania. Dodatkowo Konsorcjum nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie określając na czym miałyby polegać wartość handlowa zastrzeganych informacji, nie konkretyzując dlaczego akurat zastrzegane informacje miałyby stanowić tajemnicę i odnosząc się jedynie ogólnie do konieczności dokonania zastrzeżenia, a także przedstawiło uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa lakoniczne, ogólnikowe, gołosłowne i niedostosowane do konkretnego Postępowania i przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do nieuprawnionego i istotnego ograniczenia pozostałym wykonawcom możliwości kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu rażąco niskiej ceny i w konsekwencji realizacji pełnego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.

Izba, rozpoznając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, a także art. 224 ust. 1 Pzp stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W ramach tego zamówienia którego przedmiotem jest: „Dostawa, instalacja, uruchomienie i kompleksowa obsługa systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego” – zgodnie z SWZ i OPZ (pkt 1.1) - Zamawiający dopuścił zaoferowanie przez wykonawcę „360 szt. rowerów tzw. „4 generacji” używanych nie dłużej niż 30 miesięcy, przy czym Wykonawca może zaoferować 360 szt. rowerów tzw. „4 generacji” nowych lub używanych nie dłużej niż 30 miesięcy (nie dotyczy składowej tzw. blokady „O-LOCK” która musi zostać dostarczona fabrycznie nowa)”.

Szacując wartość zamówienia Zamawiający - jak podał w odpowiedzi na odwołanie – uwzględnił wycenę rowerów

tzw. „4 generacji” przeznaczonych do wypożyczenia krótkoterminowego nowych, a nie używanych. Konsorcjum Orange, podobnie jak Odwołujący zaoferowali rowery używane. W wezwaniach z dnia 20.01.2025 r. skierowanych do obu wykonawców Zamawiający odniósł się do tej wartości podając m.in. wobec oferty Konsorcjum: (...) *wzywam do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty. Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto: 1.099.029,60 PLN, co stanowi wartość niższą o 42,87 % od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (1.923.646,20 PLN)*”. Niewątpliwie ujęcie w wycenie szacunkowej ceny nowych rowerów wpłynęło na podwyższenie tej wartości. Przyjęcie bowiem w wycenie szacunkowej wartość używanych rowerów tzw. „4 generacji” – jak przedstawił Zamawiający w odpowiedzi - nawet w wyższej cenie oferowanej przez Odwołującego (poz. 1. Formularza cenowego w kwocie 177.120,00 PLN), to wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o należyty podatek od towarów i usług zamyka się w kwocie 1.471.990,20 PLN, a cena oferty Konsorcjum stanowi 25,32% tej wartości. Z kolei cena oferty Odwołującego stanowi 15,15% tak zmodyfikowanej wartości szacunkowej.

To ustalenie wskazuje, że żądanie Odwołującego odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 224 ust. 1 Pzp) choćby z tego względu – i tu Izba zgodziła się z Zamawiającym – nie jest zasadne.

W piśmie z dnia 20.01.2025 r. Zamawiający wskazując na art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp podał: (...) *Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto: 1.099.029,60 PLN, co stanowi wartość niższą o 42,87 % od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (1.923.646,20 PLN). Zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z tym, w celu ustalenia czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, Zamawiający wzywa do udzielenia dokładnych wyjaśnień. w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. lub ich istotnych części składowych. Na podstawie art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 w zw. z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający żąda wyjaśnień w zakresie:*

- pkt 4 zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie c przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- pkt 6 zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. (...)*

Konsorcjum Orange w odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 27.01.2025 r. przedstawiło wyjaśnienia w części jawnej i w części niejawnej. W części jawnej Konsorcjum w pkt 1 i 2 - wskazało na wątpliwości co do poprawności szacowanej wartości zamówienia opartej na rowerach nowych oraz w pkt 3, 4, 5 - na orzecznictwo, stwierdzając w punkcie 6), że cena oferowana nie ma cech rażąco niskiej ceny. Z kolei w punkcie 7 wykonawca zapewnił, że „Wskazana w ofercie cena zawiera w sobie wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca przy realizacji tego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ i opisie przedmiotu zamówienia oraz uwzględnia marżę Wykonawcy”. Następnie w punkcie 8: „Wyjaśnienia o charakterze szczegółowym” Konsorcjum wskazało m.in.:

a) w ppkt 2 na koszty realizacji przedmiotu podając, że (...) *zostały wyspecyfikowane w szczegółowej kalkulacji jaka stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień, co do której zastrzeżono, że nie może ona być udostępniana z uwagi na to, że zawiera informacje stanowiące tajemnicę naszych przedsiębiorstw. Kalkulacja ta obejmuje koszty, które zostaną poniesione wraz ze wskazaniem marży, jaką Wykonawca planuje osiągnąć w związku z realizacją zamówienia – także z podziałem na poszczególne elementy kosztowe, a także poziom średniej marży. Dodatkowo, w części opisowej szczegółowej kalkulacji wskazano czynniki uzasadniające kalkulowaną wysokość kosztów przedstawionych w jej części szczegółowej, dotyczące rowerów, systemu informatycznego, zatrudnienia personelu jaki będzie wykorzystywany do realizacji zamówienia. Wskazano także na doświadczenie przy realizacji innych projektów o podobnej skali przez wykonawców, które to doświadczenie pozwoli na optymalne określenie potrzeb w zakresie ilości osób dedykowanych do obsługi systemu. Ponadto powołano się na łączną skalę działalności wykonawców, co także miało wpływ na optymalizację przedstawionych w kalkulacji kosztów”.*

b) w ppkt 3) odnoszącym się do korzystnych warunków realizacji powołał się na: (...)

- *Optymalny model operacyjny (lit. a) związany z doświadczeniem w realizacji podobnych projektów i wypracowany w*

ten sposób optymalny model operacyjny, który pozwala na redukcję kosztów logistycznych i administracyjnych, a jednocześnie zapewnienie wysokiej jakości usług zgodnych z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ).

- Wykorzystanie do realizacji przedmiotu zamówienia rowerów używanych (lit. b.) co pozwoliło znacząco obniżyć koszty inwestycyjne przy jednoczesnym zachowaniu wymaganych standardów jakościowych świadczonych usług. c.

Pozyskanie korzystniejszych ofert na elementy systemu

- Pozyskanie korzystniejszych ofert na elementy systemu (c.)

- Oszczędność metody wykonania zamówienia (d.) i metodę opartą na gotowych wzorcach stosowanych w projektach dokumentów i elementów oprogramowania, która ciągle udoskonalana i sprawdzana, jest oszczędna w stosunku do innych wykonawców i polega w szczególności na:

-wykorzystywaniu gotowych „produktów” i szablonów wymagających jedynie dostosowania, a nie tworzenia całkowicie od podstaw – proces obsługi systemu rowerów miejskich jest analogiczny również w innych miastach obsługiwanych przez ROOVEE S.A.;

-zastosowaniu metod uzgadniania elementów rozwiązań w zespole projektowym – zamiast wielu cykli procesów uzgodnień stosuje się sesje warsztatowe, co daje ogromną oszczędność czasu i pracochłonności – metoda ta jest znacznie bardziej efektywna niż indywidualne, wielostronne uzgodnienia i pozwala szybciej rozstrzygać i rozwiązywać niezgodności i konflikty w opisie rozwiązań;

-wykorzystaniu już zatrudnionej i doświadczonej kadry co pozwala na efektywne zarządzanie zasobami ludzkimi bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów rekrutacji i szkoleń.(...)

W podsumowaniu Konsorcjum podało, że (...) zaoferowana cena wynika z przemyślanej strategii kosztowej, efektywnego wykorzystania zasobów oraz korzystnych warunków handlowych uzyskanych w wyniku negocjacji. Oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami zamówienia i może być zrealizowana zgodnie z wymaganymi standardami jakości. Wymienione powyżej okoliczności, w istotny sposób wpływają na rzetelność i minimalizację kosztów wdrożenia oraz świadczenia usług”.

W punkcie 4 wyjaśnień Konsorcjum odniosło się do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego zaznaczając, że „Zamawiający nie zastrzegł aby osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę była dedykowana wyłącznie do realizacji przedmiotowego zamówienia (...) oraz , że (...) Czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia będą wykonywane przez pracowników Wykonawcy już zatrudnionych, w ramach ich zakresu obowiązków i przysługującego im z tego tytułu wynagrodzenia. W kalkulacji kosztów pracy Wykonawca ujął w szczególności: składniki o charakterze płacowym (z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zgodnie z ustawą (...), składki na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, fundusz pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, a także koszty związane z nieobecnością pracownika i niewykonaniem powierzonych mu prac spowodowaną ewentualną chorobą bądź urlopem wypoczynkowym (koszty zastępstwa) oraz koszty wynikające ze stosowania przepisów dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy oraz ewentualnych kosztów podróży służbowych”. W punkcie 5 „Informacje dodatkowe” podał, że (...) Wykonawca nie będzie korzystał z pomocy publicznej. Cena oferty uwzględni koszty wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska. Cena oferty została skalkulowana zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska i nie stanowi ich naruszenia. Z uwagi na to, że Wykonawcy zrealizują zamówienie samodzielnie, na cenę oferty nie miał wpływu udział w realizacji zamówienia podwykonawców i nie było potrzeby uwzględniania w kalkulacji ceny oferty wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem części zamówienia podwykonawcy”.

W części niejawniej wyjaśnień (str 1 i 2) Konsorcjum wskazało na zysk i jego kwotę uwzględnioną w kalkulacji oraz na czynniki mające wpływ na wysokość kosztów wskazanych w Kalkulacji własnej, a mianowicie co do: (1) rowerów i ich stanu technicznego wiążąc tę okoliczność z uproszczeniem procedury serwisowej; (2) autorskiego rozwiązania wykonawcy systemu informatycznego i jego znaczącego wpływu na możliwość kształtowania cen sprzedaży świadczonych usług; (3) osób zatrudnionych przy realizacji przedsięwzięcia, powtarzając w zasadniczej części argumentację z części jawnej; (4) przychodu z planowanych reklam zamieszczanych na sprzęcie”. Do tej części wyjaśnień załączyło wskazywaną Kalkulację własną wykonawcy oraz m.in. oferty i faktury oraz zestawienie kosztów.

W zastrzeżonej Kalkulacji odniósł się do 6 pozycji z Formularza cenowego wskazując m.in. na zysk i marżę netto, a w załączkach do formularza sporządzonym w Exelu zawarł szczegółowe informacje co do specyfikowanych kosztów wraz z ich opisem i % udziałem a także rozliczenie kosztów w realizowanym przedsięwzięciu w 2024 r. w ujęciu % i kwotowym.

W piśmie z dnia 31.01.2025 r. Zamawiający wskazując na art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp podał: (...) Odnosnie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonych dnia 27.01.2025 r., proszę o odniesienie się do poniższych kwestii:

1. Zgodnie z OPZ, Zamawiający wymaga, aby BOK funkcjonował 16 godzin dziennie przez 7 dni w tygodniu, tymczasem z

Państwa wyjaśnień wynika założenie 1,5 etatu na wykonanie tych czynności, co czyni niemożliwym spełnienie tego wymogu;

2.Zgodnie z OPZ Zamawiający wymaga utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM przez 8 godzin pracy nocnej oraz 16 godzin pracy dziennie przez 7 dni w tygodniu, a z Państwa wyjaśnień wynika, że na wykonanie tych czynności założyliście Państwo 0,5 etatu, co czyni niemożliwym spełnienie tego wymogu;

3.Z Państwa wyjaśnień wynika, iż serwis zamierzacie Państwo zabezpieczyć jednym samochodem, co w ocenie Zamawiającego czyni niemożliwym obsługę 70 stacji i relokację 360 szt. rowerów”.

Konsorcjum Orange składając wyjaśnienia – w zakresie spornym - w piśmie z dnia 7.02.2025 r. odniosło się do funkcjonowania BOK wskazując na liczbę etatów skierowanych do obsługi w 2024 roku ponad 30 projektów oraz efektywność pracy konsultantów, a także na elastyczność czasu pracy, wskazując w konkluzji na 1,5 etatu. W zakresie „Utrzymanie, zarządzanie i eksploatacja systemu TRM” podało, że w ramach kalkulacji kosztów zaplanowano zatrudnienie osoby w wymiarze 0,5 etatu, a także 2 dodatkowych osób zatrudnianych w pełnym wymiarze czasu pracy, na okres wskazany w treści złożonych wcześniej wyjaśnień podkreślając, że w jego systemach działają (wymienione w wcześniejszych wyjaśnieniach) dwie kategorie osób, które łączą przypisane im funkcje, co znacząco zwiększa efektywność procesu. Wskazało ponadto na stosowane technologie oraz zapas rowerów, które umożliwiają sprawne zarządzanie relokacją oraz na zintegrowany proces lokalizacji rowerów w systemie informatycznym GPS, co pozwala na szybką identyfikację problematycznych miejsc. Wykonawca wskazał także, że drobne naprawy będą wykonywane na miejscu, natomiast rowery wymagające większego serwisu trafiają do serwisu w Płocku oraz, że jego personel będzie miał dostępny zapas rowerów i urządzeń lock na podmiannę, co znacznie skróci czas na naprawę rowerów bezpośrednio na mieście lub lokalnym serwisie. Również wskazał na wsparcie operacji dodatkowej osoby w godzinach szczytu (np. 7:00–11:00 i 16:00–20:00), pozwalającą na szybką uzupełniającą relokację rowerów do najczęściej wykorzystywanych stacji, a w godzinach nocnych pozostali wymieniony w złożonych uprzednio wyjaśnieniach personel ma przejmować rolę relokacyjną, co zapewni całonocową obsługę systemu. Wykonawca ponadto – w tych wyjaśnieniach opierając się (jak wskazał) na doświadczeniu w realizowanych projektach - przewidział zapas rowerów w celu szybkiego uzupełniania braków na stacjach i zapewnienia dostępności sprzętu na wysokim poziomie, nawet podczas wzmożonego ruchu. W tych wyjaśnieniach także podał, że w jego projektach stosuje „mechanizm tzw. relokacji organicznej, który polega na premiovaniu użytkowników za odstawianie rowerów na stacje. Dzięki temu znaczna część relokacji realizuje się w sposób naturalny, co znacznie zmniejsza konieczność ingerencji serwisu”. Wskazał ponadto, że jego „system monitorowania GPS umożliwia precyzyjne planowanie tras serwisowych, co pozwala na maksymalne wykorzystanie jednego pojazdu. Dla porównania, w projekcie realizowanym w mieście Zielona Góra (ok 400 rowerów, przy obszarze funkcjonowania na ok. 270 km²), jeden pojazd serwisowy wraz z personelem pełniącym tożsame funkcje z osobami, które wskazaliśmy w złożonych wcześniej wyjaśnieniach (zatrudniony w identycznym wymiarze czasu pracy, jak zakładany w Państwa projekcie) był w stanie zapewnić utrzymanie dostępności rowerów na poziomie powyżej 98%”. Mając zatem efektywność prowadzonego rozwiązania oraz doświadczenia z podobnych projektów, czyni – zdaniem wykonawcy - jeden pojazd wystarczający do realizacji zamówienia. W podsumowaniu podał, że wszystkie założenia jego oferty (...) zostały oparte na rzeczywistych danych z realizowanych projektów oraz dokładnej analizie kosztów”, a doświadczenie wykonawcy (...) w zarządzaniu systemami rowerowymi pozwoliło na opracowanie efektywnego modelu organizacji pracy, który minimalizuje koszty operacyjne, jednocześnie gwarantując wysoką jakość usług. Zaproponowana cena jest adekwatna do zakresu zamówienia i pozwala na pełną realizację wymagań OPZ”.

W wyjaśnieniach z dnia 5.02.2025 r. stanowiących odpowiedź na drugie z wezwań również z 31.01.2025 r. Konsorcjum Orange odniosło się do oferty cenowej producenta rowerów elektrycznych, „z treści której wynika, że oferuje on 24 - miesięczną gwarancję na rower elektryczny, gdy w OPZ niniejszego postępowania, Zamawiający wymagał 36-miesięcznej gwarancji na rower elektryczny do wypożyczenia długoterminowego”. W odpowiedzi Konsorcjum potwierdziło oświadczenie złożone w punkcie 5.4 Formularza ofertowego, że „gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SWZ, wyjaśnień oraz zmian do SWZ”, podkreślając, że jest ono jednoznaczne *”również z zobowiązaniem Wykonawcy do udzielenia 36 miesięcznej gwarancji na dostarczone elementy (w zakresie 20 szt. rowerów elektrycznych) systemu TRM licząc od dnia protokolarnego odbioru przedmiotu umowy”*.

KIO, mając na uwadze treść składanych przez Konsorcjum Orange wyjaśnień, stwierdziła, że w wyjaśnieniach z dnia 27.01.2025 r. Konsorcjum przedstawiło szczegółowo podstawy kalkulacji jego ceny, a w wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny z dnia 5.02.

2025 r. oraz 07.02.2025 r. dodatkowo odniosło się do wątpliwości Zamawiającego, co do kwestii gwarancji na rowery elektryczne i co do obsługi BOK oraz utrzymania, zarządzania i eksploatacji systemu TRM. Z uzasadnienia odwołania wynika, że wykonawca BikeU – jak słusznie zauważył Zamawiający – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, a także art. 224 ust. 1 Pzp odnosi do pozycji 5.1 Formularza cenowego. W tej pozycji cena Odwołującego została skalkulowana na kwotę ca’ 369 tys. zł, a Uczestnika Orange na kwotę: 134 tys. zł. Także zarzuty

są związane z pozycją 6 formularza podczas gdy w formularzu BikeU to kwota ca' 370 tys. zł, a w formularzu Konsorcjum ta kwota (ca' 364 tys. zł) jest niższa tylko o ca' 6 tys. zł. W innych z kolei pozycjach wyższa wycena jest w Formularzu cenowym Konsorcjum Orange – przykładowo w poz. 2 – różnica ponad 70 tys. zł, czy w poz. 5.2 – blisko 60 tys. zł. To wskazuje na indywidualne podejście do wyceny poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia przez każdego z wykonawców. Niewątpliwie z jednej pozycji Formularza cenowego nie można wyciągać wniosku o rażącym charakterze ceny oferty. Izba ponownie wskazuje, że uwzględniając ceny z ofert Odwołującego i Konsorcjum Orange, które dotyczą porównywalnych rowerów – używanych – oferta BikeU wyceniona została na kwotę ca' 1.249 tys. zł, a oferta Konsorcjum na kwotę – 1.100 zł. Co do obsługi BOK – tak jak twierdził Zamawiający - dokumentacja tego postępowania nie narzucała wykonawcom sposobu kalkulacji kosztów pracowniczych wymagając dedykowania ich określonej liczby tylko do obsługi TRM, czy też zakazując wykonawcom wspomagania się pracownikami zatrudnionymi na innych zadaniach. Zamawiający wymagał obsługi BOK w określonym czasie i na określonym poziomie (podobnie odnośnie zarządzania, utrzymania i eksploatacji TRM). Konsorcjum Orange w udzielanych wyjaśnieniach potwierdziło, że wykonawca opracował efektywny model organizacji pracy, który minimalizuje koszty operacyjne, a zaoferowana cena jest odpowiednia do zakresu zamówienia i pozwala na pełną realizację wymagań zawartych w OPZ. Odnośnie pozycji 6 Formularza należy ponownie zwrócić uwagę na porównywalność wyceny (nieznaczna różnica w cenie ca' 6,0 tys. zł). Ponadto kwestia uwzględnienia w kosztach obsługi TRM jednego samochodu została przez Konsorcjum wyjaśniona w piśmie z dnia 7.02. 2025 r. W tym piśmie Konsorcjum wskazało na powierzchnię 115 km² na którym ma być realizowane to przedsięwzięcie w porównaniu do realizowanego projektu w Zielonej Górze, który dotyczył ok 400 rowerów, przy obszarze funkcjonowania na ok. 270 km²). Zdaniem Izby to pozwala uznać, że jeden pojazd serwisowy wraz z personelem pełniącym tożsame funkcje potwierdza możliwość realizacji takich czynności. Co do braku ujęcia w cenie oferty Konsorcjum kosztów gwarancji na 20 szt. rowerów elektrycznych na wymagane OPZ 36 miesięcy, to w piśmie z dnia 5.02. 2025 r. Konsorcjum potwierdziło, że „*Niezależnie od ewentualnej gwarancji producenta rowerów elektrycznych (nawet jeśli obejmowałaby ona 36 miesięcy), Wykonawca był zmuszony do zobowiązania się do udzielenia własnej gwarancji na okres 36 miesięcy licząc od dnia protokolarnego odbioru przedmiotu umowy. W tym celu Wykonawca zapewnił sobie dostęp do części zamiennych do oferowanych rowerów elektrycznych, a koszt ich zakupu oraz koszt serwisowania i wymiany części uwzględnił w cenie oferty.*” Należy ponadto zgodzić się z Zamawiającym, że ani w wycenie szacunkowej, ani w wymaganym formularzu cenowym, nie została wyodrębniona pozycja kosztowa dotycząca udzielenia gwarancji na 20 szt. rowerów elektrycznych.

W konkluzji KIO stwierdza, że ustalenia w zakresie tego zarzutu nie dowodząnieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie wskazanego art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, a także art. 224 ust. 1 Pzp, albowiem przedstawione wyjaśnienia i dowody nie wykazały, że oferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska.

Nie podlega także uwzględnieniu drugi zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp. W tym przypadku Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Konsorcjum Orange zastrzegając w złożone w piśmie z dnia 27.01. 2025 r. wyjaśnienia i powołując się na orzecznictwo KIO oraz sądowe podało:

- ✓ wyjaśnienia dotyczące kalkulacji cen jednostkowych oferty zawierające szczegółowe informacje, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą i podlegają ochronie jako jego tajemnica przedsiębiorstwa
- ✓ Informacje zawarte w załączonych dokumentach pochodzące od kontrahentów (faktury, oferty handlowe), na podstawie których Wykonawca opierał swoją kalkulację posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy.
- ✓ załączona do wyjaśnień kalkulacja własna kosztowa wykonawcy wymaga ochrony także z tego powodu, że powstaje na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, sposób budowania strategii cenowej w ofercie i jej elementy składowe stanowią know-how Wykonawcy, posiadają wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoli na wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.
- ✓ w stosunku do informacji zastrzeżonej podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W praktyce ochrona informacji polega na umieszczeniu dokumentów zawierających utajnione dane w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany (pomieszczenia są chronione, można się do nich dostać jedynie z wykorzystaniem przepustki), jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za pomocą haseł, a także odpowiednim oprogramowaniem (antyvirusowym, firewall). U wykonawcy funkcjonuje certyfikowana procedura bezpieczeństwa informacji – System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji, z procedurami i instrukcjami dotyczącymi bezpieczeństwa informacji oraz ciągłości działania. Wskazał na wewnętrzne regulacje dotyczące polityki bezpieczeństwa obowiązujące w spółce Orange Polska S.A. oraz w spółce Roovee S.A. powołując konkretne dokumenty z których wynikają takie procedury. Utajnione informacje nigdy nie były i nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, osoby uprawnione do korzystania z informacji działają dla utrzymania ich w tajemnicy, przy zachowaniu

należytej staranności.

Odwołujący BikeU zastrzegając również wyjaśnienia dotyczące ceny (także na wezwanie z dnia 20.01. 2025 r.) w odpowiedzi z dnia 30.01.2025 r. wskazując podobnie jak Konsorcjum Orange na orzecznictwo KIO i sądowe podał:

- ✓ Wykonawca nie podawał informacji uzasadniających obniżenie ceny i zawartych w złożonym piśmie, w tym części załączników (dowodów nr 1,2A,2B,2C,4A,4B, 5 - 13,14A,14B,15,16,17A,17B,18,19,20,21A,21B) do informacji publicznej oraz zadbał o zachowanie ich poufności poprzez zobowiązanie swoich pracowników, współpracowników i kontrahentów do zachowania poufności.
- ✓ Informacje powyższe były i nadal pozostają nieujawnione do publicznej wiadomości.
- ✓ Poufność przedmiotowych informacji wynika równolegle też z samego faktu, że przedstawione informacje zawierają dane osobowe, chronione na podstawie odrębnych przepisów, a w tym względzie nie zachodzi konieczność udostępniania tych danych osobom trzecim.
- ✓ Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie dostarczyłoby wiedzy na temat działalności firmy, sposobu kształtowania i podstaw zaprezentowanej w ofercie ceny, co mogłoby doprowadzić do wykorzystania z tych informacji przez konkurencję zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i w postępowaniach przyszłych, a tym samym doprowadziłoby do osłabienia pozycji i konkurencyjności wykonawcy.
- ✓ Wyżej wymienione informacje podnoszą konkurencyjność przedsiębiorstwa, co świadczy o ich wartości ekonomicznej. Wykonawca podkreślił, że zastrzeżone przez Wykonawcę informacje spełniają wszystkie wskazane ustawowo wymagania dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:
 - są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą – odnoszą się do informacji o charakterze komercyjnym, związanych z przedsiębiorstwem wykonawcy a rozpowszechnianie takich wiadomości może zagrażać pozycji konkurencyjnej wykonawcy na rynku czy też w danym jego segmencie, jak również może stanowić naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych,
 - dodatkowo są informacjami o charakterze handlowym – obejmują całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa wykonawcy.

Z treści złożonych wyjaśnień w kontekście przytaczanych zastrzeżeń z pism wykonawców wynika, że wykonawcy zastrzegając informacje kierowali się podobnymi pobudkami. W konkluzjach wykazywali, że elementy ceny i sposób jej budowania stanowią informacje, które odczytywane łącznie jako kalkulacja elementów kosztowych wchodzących w skład oferowanego systemu spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem te informacje posiadają wartość gospodarczą i handlową, jako obrazujące rozwiązanie dotyczące sposobu skalkulowania ceny, które pozwala na konkurowanie na danym rynku. Przedkładając oferty i faktury, wskazywali, że sposób wyliczenia ceny obrazuje możliwości handlowe wykonawców – ich aktywność gospodarczą - pozwalające zaproponować konkurencyjne wyceny dla poszczególnych elementów cenotwórczych. Każdy z wykonawców powoływał się na rozwiązania mające wpływ na proponowaną cenę, w tym dla każdej pozycji, będące efektem jego doświadczenia i wynikającej z tego doświadczenia długofalowej strategii biznesowej, organizacyjnej oraz osobowej. Wykonawca BikeU, podobnie jak i Konsorcjum Orange podkreślając podjęte działania podjęte w stosunku do informacji w celu zachowania poufności – wdrożenie i stosowanie wewnętrznej polityki wskazywali, że kalkulacja była przygotowana dla potrzeb tylko i wyłącznie przedmiotowego postępowania. Zatem trudno uznać byłoby za uzasadnione twierdzenie Odwołującego na poparcie tego zarzutu, że Konsorcjum Orange w sposób nieuprawniony zastrzegło kalkulacje wraz załącznikami tylko dlatego, że zastrzeżone informacje zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Podobnie jak i pozostałe argumenty podnoszone w ramach tego zarzutu, a mianowicie zastrzeżenie całego dokumentu, nie przemawia za zasadnością zarzutu. Izba zwraca uwagę, że wyjaśnienia Konsorcjum Orange składają się z dwóch dokumentów z których pierwszy to część jawna wyjaśnień a drugi – to ich część niejawna. Natomiast wykonawca BikeU w jednym dokumencie złożył wyjaśnienia wyodrębniając części zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym twierdzenie, że Konsorcjum dokonało zastrzeżenia całościowego – a nie ich poszczególnych fragmentów – nie odpowiada stanowi faktycznemu. Podnoszony w uzasadnieniu odwołania brak określenia wartości gospodarczych informacji zastrzeżonych także nie dowodzi zasadności tego zarzutu. Przede wszystkim ustawa Prawo zamówień publicznych jak i ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie reguluje pojęcia wartości gospodarczej. Z orzecznictwa i doktryny wynika, że wartość gospodarcza nie zawsze musi być wyrażona w jednostce pieniężnej, przykładowo jako możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę. Może także być wyrażona w formie jej opisu. Odwołujący jako wartość gospodarczą wskazał na kwotę 3 mln zł, wynikającą z ewentualnych roszczeń odszkodowawczych, z kolei Konsorcjum Orange zastosowało drugą formę – formę opisu - wskazując na kalkulację własną kosztową opartą na dokumentach pochodzących od kontrahentów obrazującą sposób budowania strategii cenowej w ofercie i jej elementów składowych stanowiących know-how firmy.

W konkluzji Izba stwierdza brak podstaw do kwestionowania dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji przez Konsorcjum Orange, który weryfikując te zastrzeżenia

uznał, że Konsorcjum składając wyjaśnienia dokonało skutecznego zastrzeżenia, wykazało przesłankę ich wartości gospodarczej, wykazało odnośnie każdego z członków Konsorcjum, w jaki sposób informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione, odpowiednio oznaczyło i zabezpieczyło poufne dane. Zastrzeżone przez Konsorcjum Orange wyjaśnienia, podobnie jak przez wykonawcę BikeU, dotyczą właściwego wykonawcy – jak podnosił Zamawiający i Uczestnik - sposobu kalkulacji ceny oferty (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty, usługodawcy, dostawcy, podwykonawcy, zastosowane rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy, przyjęta metoda optymalizacji zysku). Informacje stanowiące o wypracowanych przez wykonawcę w praktyce metodach działania w prowadzonej działalności gospodarczej, która wpływa na konkurencyjność wykonawcy w sposobie budowania ceny oferty oraz sposób budowania ceny oferty i sposób jej obniżania stanowi dla wykonawcy wartość gospodarczą. Może bowiem pozwalać wykonawcy na utrzymanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży.

Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 18 ust.3 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....