**Sygn. akt: KIO 2416/23**

**Sygn. akt: KIO 2421/23**

**WYROK**

**z dnia 1 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:Magdalena Rams**

**Ewa Sikorska**

**Robert Skrzeszewski**

**Protokolant:Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 r. przez:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce**(sygn. akt: KIO 2416/23),

B.wykonawcę **Grupa "LEW" S.A, z siedzibą w Częstochowie** (sygn. akt: KIO 2421/23),

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów,**

przy udziale:

A.wykonawcy **Grupa "LEW" S.A, z siedzibą w Częstochowie**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2416/23 po stronie odwołującego,

B.wykonawcy **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2416/23, KIO 2421/23 po stronie zamawiającego,

C.wykonawcy **Konsorcjum: Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce,**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2421/23 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1.umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2416/23 w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących zaniechania wezwania wykonawcy Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla p. G. W. i F. G. oraz zaświadczenia ZUS;

2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2416/23;

3.oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2421/23;

4.kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2416/23 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce** i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce** tytułem wpisu od odwołania;

4.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce** na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika.

5.kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2421/23 obciąża wykonawcę**Grupę „Law" S.A, z siedzibą w Częstochowie** i:

5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grupę „Law" S.A, z siedzibą w Częstochowie**tytułem wpisu od odwołania;

5.2.zasądza od wykonawcy **Grupy „Law" S.A, z siedzibą w Częstochowie** na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z

2022 poz. 1710 z późń. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** ……

……

……

**Sygn. akt: KIO 2416/23**

**Sygn. akt: KIO 2421/23**

**UZASADNIENIE**

**Sygn. akt. KIO 2416/23**

W dniu 14 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce (dalej „Odwołujący 1") zarzucając zamawiającemu Ministerstwu Finansów (dalej „Zamawiający"):

1)zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu:

a)z uwagi na to, że wykonawca Kapsch nie świadczył przez wymagany przez Zamawiającego okres jednej usługi (umowy), w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego przez okres 12 miesięcy w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a jedynie przez okres około 6 miesięcy w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, co nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu,

a)z uwagi na to, że wykonawca Kapsch nie świadczył, ani nie mógł świadczyć usługi (umowy), w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego przez okres 12 miesięcy w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert z uwagi na to, że nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, co oznacza, że nie zdobył, ani nie mógł zdobyć doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego i powołuje się w tym zakresie na doświadczenie swoich podwykonawców bez zachowania wymogów przewidzianych dla udostępnienia zasobów w art. 118 i 123. ustawy,
co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp;

b)zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że wykonawca Kapsch nie złożył na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w zakresie należytego wykonania umowy obejmującej zapewnienie łącza internetowego, gdyż żaden ze złożonych przez tego wykonawcę dokumentów nie potwierdza, że wykonawca Kapsch w sposób należyty zrealizował umowę obejmującą zapewnienie łącza internetowego, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp;

c)Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ze względu na to, że złożone przez wykonawcę Kapsch wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie z uwagi na:

a)wykonawca Kapsch nie odpowiedział w pełni na wezwanie Zamawiającego z uwagi na to, że nie wyjaśnił, w jaki sposób została skalkulowana cena dla pojedynczego Punktu Dystrybucji (dalej „PD") oraz dodatkowego kompletnego stanowiska, podczas gdy wezwanie wprost odnosiło się do tych kwestii,

b)wykonawca Kapsch nie uwzględnił w cenie oferty kosztu przełączników/routerów,

c)oferta nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, gdyż została skalkulowana w oparciu o oferty od podwykonawców, sporządzone w oparciu o zapytania ofertowe, które nie mogły uwzględniać wszystkich zmian dokonanych przez Zamawiającego, a wykonawca Kapsch potwierdził, że ważne są załączone przez niego oferty i nie były one w żaden sposób aktualizowane,

d)oferta nie uwzględnia wszystkich kosztów, ze względu na to, że w zakresie transmisji danych opiera się na usługach Polkomtel, a oferta tego operatora obejmuje jedynie 105 stacji paliw, a nie obejmuje jednej lokalizacji na granicy i 4 lokalizacji w Ministerstwie Finansów oraz spółce Aplikacje Krytyczne,

e)przyjęcie błędnego, zaniżonego średniego kosztu świadczenia usług w ramach Punktów Dystrybucji na stacjach paliw,

f)oferta nie uwzględnia wszystkich kosztów pracy związanych z realizacją zamówienia, z uwagi na to, że sam wykonawca Kapsch przyznał, że mógł obniżyć koszty pracy ponieważ przy realizacji zamówienia

wykorzysta osoby, które realizują inne projekty, co oznacza, że część kosztów realizacji zamówienia pokrywana jest z innych umów, co sprawia dodatkowo, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy,
co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp;

2)Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch ze względu na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny gdyż:

d)Wykonawca Kapsch obliczając cenę oferty uwzględnił w niej prawo opcji, w tym zysk z prawa opcji, w ramach którego uwzględnił również kwoty na zabezpieczenie ryzyk związanych z realizacją kontraktu, co oznacza, że kalkulując cenę oferty wykonawca Kapsch nie uwzględnił wszystkich uwarunkowań prawnych i przyjął istnienie prawa opcji po stronie Zamawiającego pomimo, iż Zamawiający zrezygnował z prawa opcji,

e)Wykonawca Kapsch obliczając cenę oferty przyjął błędne założenia faktyczne, co do zakresu przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że w zakresie transmisji danych oparł kalkulację ceny oferty o ofertę operatora Polkomtel, która obejmowała jedynie 105 stacji paliw, pomimo, iż przedmiot zamówienia wymaga transmisji danych dodatkowo w 1 lokalizacji na przejściu granicznym i w 4 lokalizacjach w Ministerstwie Finansów oraz siedzibie spółki Aplikacje Krytyczne, co oznacza, że kalkulując cenę oferty wykonawca ten nie uwzględnił wszystkich okoliczności faktycznych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia,

f)Wykonawca Kapsch skalkulował ofertę w oparciu o oferty podwykonawców, które nie uwzględniały wszystkich zmian w warunkach zamówienia dokonanych przez Zamawiającego, w szczególności rezygnacji z prawa opcji, co oznacza, że wykonawca ten nie uwzględnił przy kalkulacji swojej oferty wszystkich uwarunkowań faktycznych i prawnych związanych z realizacją zamówienia,
co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp;

3)zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na to, że:

a)Wykonawca Kapsch zamierza posłużyć się przy realizacji zamówienia stacjami benzynowymi sieci BP, Circle K oraz Anvim, które nie pozwalają na spełnienie wymagań OPZ, co do lokalizacji Punktów Dystrybucji,

b)zaoferowany antywirus nie spełnia wymagań określonych w OPZ, co do ochrony przed wyciekiem danych (DLP), przed atakiem hakerskim (EDR) oraz co do konsoli zarządzającej,

co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;

Ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności:

4)Zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, z uwagi na:

a)zaniechanie wezwania do uzupełnienia informacji z KRK dla p. G. W. i F. G., dla których przedstawiono informacje z austriackiego rejestru karnego, pomimo iż wykonawca Kapsch ma siedzibę w Polsce,

b)zaświadczenia z ZUS z uwagi na to, że wykonawca Kapsch przekazał niepodpisany dokument elektroniczny, lecz jedynie cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu,

c)zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na zrealizowaniu usługi obejmującej zapewnienie łącza internetowego, jeśli Izba uzna, że oferta wykonawcy Kapsch nie podlega odrzuceniu i że wykonawca ten może być wezwany powtórnie do złożenia dokumentów w tym zakresie, pomimo tego, iż był już w tym zakresie wzywany do uzupełnienia.

Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenie oferty wykonawcy Kapsch z uwagi na to, że: wykonawca Kapsch nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca Kapsch nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny zawartej w ofercie, oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia; ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności, nakazanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.: informacji z KRK dla p. G. W. i F. G., zaświadczenia z ZUS, wykazu usług wraz z referencjami potwierdzającego spełnianie przez wykonawcę Kapsch warunku udziału w zakresie świadczenia usługi obejmującej zapewnienie łącza internetowego; dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie Usług bezpośredniej

obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS)". Zamawiający dnia 4 sierpnia 2023 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Kapsch jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, czynność Zamawiającego jest niezgodna z ustawą z uwagi na to, że oferta wykonawcy Kapsch powinna była zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia a złożone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają ceny oferty, zawiera błędy w obliczeniu ceny, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nawet gdyby przyjąć, że nie podlega odrzuceniu, to Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy Kapsch i spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 1 Wykonawca Kapsch nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący 1 wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 7.1.4.2 SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się zdolnością techniczną lub zawodową obejmującą wykonanie co najmniej jednej usługi (umowy), w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 25 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący 1 wskazał, że wykonawca Kapsch nie wykazał spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, ani nawet nie mógłby wykazać spełniania tego warunku, co wynika co najmniej z dwóch powodów: usługa zapewnienia łącza internetowego nie była w okresie 5 lat przed terminem składania ofert świadczona przez wymagany okres 12 miesięcy, a nadto wykonawca Kapsch nie mógł tej usługi świadczyć i uzyskać tego doświadczenia, gdyż usługi te były realizowane przez podwykonawców, a wykonawca Kapsch nie mógł legalnie świadczyć tego rodzaju usług z uwagi na to, że nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Co więcej, w ocenie Odwołującego, w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu wykonawca Kapsch był już wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1, a także nie wskazał, że w odniesieniu do tego warunku będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich. Oznacza to, że nie może zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie, nie może również powoływać się na doświadczenie innego podmiotu z uwagi na upływ terminu składania ofert (zgodnie z art. 123 ustawy).

Zarzut nr 1 a) usługa świadczona była przez okres krótszy niż wymagany przez Zamawiającego.

Analizując redakcję tekstu SWZ należy wskazać, że Zamawiający w nadrzędnej jednostce redakcyjnej tj. pkt 7.1.4 SWZ zakreślił przedział czasowy (zakres referencyjny) jasno określający jego moment początkowy przez użycie słów „nie wcześniej niż" oraz określający datę końcową tj. termin składania ofert, powyższy przedział czasowy jest wspólny dla jednostek redakcyjnych 7.1.4.1 i 7.1.4.2 SWZ – które wskazują konieczność wykazania się wykonaniem umowy w warunkach określonych w pkt 7.1.4.2. Tym samym Wykonawca miał wykazać, że łącznie spełnia następujące przesłanki zapewniał łącze internetowe do minimum 25 lokalizacji - każda pod innym adresem przez minimum 12 miesięcy (7.1.4.2. SWZ) jednak nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert- tym samym najwcześniejszy moment świadczenia usługi zapewnienia łącza internetowego, od którego będzie liczony okres 12 miesięczny przypada nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego 1, sposób sformułowania warunku udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego przesądza, że dla wykazania możliwości zaliczenia usługi do doświadczenia mającego znaczenie w procesie oceny spełnienia warunku istotny jest nie tylko moment zakończenia świadczenia danej usługi, ale również jej rozpoczęcia.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego 1 wykonawca Kapsch Telematic Services sp. z o. o., nie spełnił warunku, o którym mowa w pkt 7.1.4.2 SWZ w związku z pkt 7.1.4. SWZ w stosunku do usługi zapewnienia łącza internetowego, w co najmniej 25 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy. Należy wskazać na fakt, że Zamawiający wymagał wykazania minimum 12 miesięcznego zapewnienia przez Wykonawcę łącza internetowego, w przedziale czasowym, określonym przez Zamawiającego „nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert". Zatem należy przyjąć, iż granice te zostały określone w następujący sposób: datą początkową okresu, w którym ma nastąpić świadczenie usług jest data 22 maja 2018 r., zaś datą końcową przedziału czasowego jest data 22 maja 2023 r., (dzień składania ofert). Oznacza to, że minimum 12 miesięczne doświadczenie w zakresie zapewnienia łącza internetowego w co najmniej 25 lokalizacjach każda pod innym adresem musi w całości zawierać się w wyżej wymienionym przedziale czasowym. Tymczasem Kapsch Telematic Services sp. z o. o. w piśmie z dnia 01.08.2023 r., wskazuje na zapewnienie łącza internetowego w okresie od dnia 2 listopada 2010 r. do dnia 2 listopada 2018 r. tj. przez okres 8 lat, jednakże nie spełnia to warunku dotyczącego realizacji tej usługi przez

minimum 12 miesięcy w przedziale czasowym zakreślonym przez Zamawiającego tj. pomiędzy 22.05.2018 r. a 22.05.2023 r.

W powyższym okresie Kapsch Telematic Services sp. z o. o. realizował tę usługę jedynie przez niecałe 6 miesięcy, od daty początkowej okresu referencyjnego, a nie jak wymagał Zamawiający przez minimum 12 miesięcy, zaś pozostały okres wykonywania usługi przed początkiem referencyjnego nie może być uznany na spełnienie warunku określonego w pkt 7.1.4.2 SWZ, ponieważ usługa została wykonana wcześniej niż data początkowa zakresu referencyjnego określonego przez Zamawiającego. Argumentacja Kapsch Telematic Services sp. z o. o., całkowicie pomija moment początkowy ustalonego przez Zamawiającego przedziału czasowego tj. nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Na marginesie Odwołujący 1 wskazał, iż Kapsch Telematic Services sp. z o. o., na stronie 4 pisma z dnia 01.08.2023 r. wskazuje, że „Wykonawca dostarczał łączność do wszystkich ww. lokalizacji w okresie co najmniej od uruchomienia Systemu do ostatniego dnia operacji tj. 03.07.2011 do 2.11.2023 r.", przy czym używa formy czasu przeszłego niedokonanego z powyższego nie wynika czy skutecznie łączność została dostarczona, co potwierdzałoby użycie formy dokonanej czasu przeszłego „dostarczył", ponadto wskazana data 2.11. 2023 r. jest datą przyszłą.

Zatem, zdaniem Odwołującego 1, Kapsch Telematic Services sp. z o. o. nie spełnia określonych przez Zamawiającego wymogów dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Odnosząc się do orzecznictwa wskazanego przez Kapsch Telematic Services sp. z o. o., w piśmie z dnia 01.08.2023 r., Odwołujący 1 podkreślił, iż dotyczy ono odmiennych stanów faktycznych i prawnych, a zatem powoływanie się przez Kapsch Telematic Services sp. z o. o na judykaty oraz nieobowiązujące źródła prawa (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz. 1817 uchylone ustawą o zmianie ustawy - prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, z dnia 12 października 2012 r. (Dz.U. Z 2012 r. Poz. 1271)), określające w zupełnie odmienny sposób warunki dotyczące udziału Wykonawców w przetargu są chybione i nie zasługują na uwzględnienie. Analizując przywołane orzeczenia KIO należy wskazać, iż wyroki te zapadły w odmiennych stanach faktycznych tj. Zamawiający nie żądał wykazania minimalnego okresu świadczenia usługi, który przypadałby w konkretnie wskazanym przez niego przedziale czasowym. Jedynym warunkiem określającym możliwość zaliczenia usługi do doświadczenia mającego znaczenie w procesie oceny wykazania zdolności technicznej lub zawodowej, której odpowiednikiem było w przedmiotowych postępowaniach wykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, była możliwość żądania przez Zamawiającego wykazu usług wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zdaniem Odwołującego 1, w przywoływanych w piśmie Kapsch wyrokach KIO, Wykonawcy chcąc wykazać swoją wiedzę i doświadczenie zaliczali na poczet doświadczenia umowy, które były przez nich wykonywane i jeszcze nie zakończone. Doprowadziło to KIO, do wypracowania stanowiska dotyczącego użycia czasu przeszłego dokonanego w słowie „wykonane" i odnoszącego się do już zdobytego doświadczenia, stąd w wyrokach KIO jest rozstrzygnięcie cytowane również przez Kapsch Telematic Services sp. z o. o., w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1725/11) iż „nabycie doświadczenia co do zasady następuje z chwilą ukończenia wykonywania usługi, to potwierdzenie spełnienia warunku następuje, jeśli termin zakończenia wykonywania usługi mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert." Jednakże podkreślenia wymaga, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający zupełnie inaczej postawił warunek zmierzający do wykazania zdolności technicznej lub zawodowej. Mianowicie dodatkowo zastrzegł, aby minimum 12 miesięczne doświadczenie w zapewnieniu usługi łącza internetowego miało miejsce w z góry określonym przedziale czasowym, którego ramy wskazano powyżej.

Dodatkowo, Odwołujący 1 wskazał, iż w przywoływanym przez Kapsch Telematic Services sp. z o. o. wyroku KIO z dnia 27 października 2017 r., wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO 2112/17, postępowanie przed KIO dotyczyło przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie M. St. Warszawy, obejmująca 4 rejony na terenie dzielnic Rembertów, Śródmieście, Mokotów i Ursynów na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych, w okresie 01.01.2018 - 30.11.2020 r." - numer postępowania: DPZ/54/PN/48/17. KIO orzekła, iż „Stanowisko powyższe opiera się na fakcie, że z brzmienia warunku nie wynika, jakoby pełne 12 miesięcy świadczenia usługi miało mieć miejsce w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - z warunku wynika jedynie, że usługa miała być wykonana, a więc zakończona nie wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert („w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...) wykonał (...) konserwację oświetlania ulicznego, w trakcie której przez okres co najmniej 12 miesięcy łącznie (...)"). Nie znajduje poparcia w przepisach prawa, ani w jasnych i nie budzących wątpliwości postanowieniach SIWZ stanowisko, jakoby do uznania, że konserwacja spełnia wymagania określone w SIWZ konieczne jest, aby cały okres jej świadczenia mieścił się w

okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Jak wskazał już Przystępujący w piśmie do Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2017 roku dla możliwości zaliczenia usługi do doświadczenia mającego znaczenie w procesie oceny spełniania warunku istotny jest tylko i wyłącznie moment zakończenia świadczenia danej usługi, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Powołał się na orzecznictwo Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 1725/11, KIO 2563/11, KIO 2280/10, KIO 2325/13 oraz KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16."

Jednakże, znamiennym jest fakt, iż w postępowaniu przetargowym prowadzonym pod numerem: DPZ/54/PN/48/17 w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 7 (tj. „7. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

7.1. nie podlegają wykluczeniu,

7.2.spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

7.2.1. zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

7.2.1.1. Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał ( a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) wykonuje konserwację oświetlenia ulicznego, w trakcie której przez okres co najmniej 12 miesięcy łącznie (tzn. bez przerwy w sposób ciągły), wykonał konserwację następującej liczby opraw:

a)co najmniej 3000 szt. w przypadku składania oferty Część I

b)co najmniej 10 000 szt. w przypadku składania oferty Część II lub Część III

c)co najmniej 6000 szt. w przypadku składania oferty Część IV

d)w przypadku składania ofert na dwie dowolne części liczba konserwowanych opraw musi być co najmniej równa ilości wymaganej dla większej części np. gdy Wykonawca złoży ofertę na Część I i IV wymagana liczba opraw to 6000 szt. itp."

Odwołujący 1 wskazał, że nie został wskazany przez Zamawiającego w okresie referencyjnym bezwzględny warunek przez użycie słów „nie wcześniej niż" jak to ma miejsce w postępowaniu na „Świadczenie Usług bezpośredniej obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS)", (R/006/23/DPO/G/270). W postępowaniu (numer sprawy R/006/23/DPO/G/270) Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wprost stwierdził, że cały okres wykonywania usługi ma mieć miejsce w okresie referencyjnym, po pierwsze przez wskazanie w pkt 7.1.4. SWZ, w którym wydzielił wspólny dla punktów 7.1.4.1 oraz 7.1.4.2 SWZ okres referencyjny a także użył określenia „nie wcześniej niż", czego nie było jak już wyżej wskazano w SIWZ w postępowaniu przetargowym prowadzonym pod numerem: DPZ/54/PN/48/17, między innymi z tego właśnie powodu, przywoływane przez Kapsch Telematic Services sp. z o. o orzecznictwo nie znajduje zastosowania.

Stosując zasady wykładni językowej i teleologicznej należy wskazać, że gdyby Zamawiający nie nakreślił przedziału czasowego- zakresu referencyjnego z użyciem słów „nie wcześniej niż" w którym należy wykazać minimum 12 miesięczne doświadczenie, stanowisko Kapsch Telematic Services sp. z o. o. mogłoby zostać uznane za słuszne, jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym stanowisko Kapsch Telematic Services sp. z o. o. nie zasługuje na uwzględnienie. Reasumując, w ocenie Odwołującego Kapsch Telematic Services sp. z o. o., nie spełnia wymagań SWZ określonych w 7.1.4.2 SWZ w związku z pkt 7.1.4. SWZ dotyczących wykazania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie świadczenia usługi zapewnienia łącza internetowego, z uwagi na fakt nie świadczył tychże usług przez okres minimum 12 miesięcy, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zarzut 1 b) Wykonawca Kapsch nie wykazał spełniania warunku w zakresie usługi zapewnienia łącza internetowego, ani nie mógł wykazać jego spełniania

Z przedstawionych przez wykonawcę Kapsch podmiotowych środków dowodowych nie wynika, że wykonawca ten świadczył usługę zapewnienia łącza internetowego, w tym na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy.

Na potwierdzenie tego warunku wykonawca ten wskazał usługę realizowaną na rzecz GDDKiA na „zaprojektowanie, dostawę i obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych (ESP) oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat" i była realizowana w latach od 2.11.2010 r. do 2.11.2018 r., w tym, o czym była mowa wyżej w uzasadnieniu zarzutu nr 1 a) świadczenie usług łączności miało miejsce od 3.07.2011r. do 2.11.2018 r.

Wykonawca nie może jako swoje doświadczenie wykazywać prac, których w rzeczywistości nie wykonał.

Zamówienie to było realizowane przez konsorcjum wykonawców: Kapsch Traffic Com AG, Kapsch Telematic Services sp. z o.o., Texel sp. z o.o. Dodatkowo w zakresie transmisji danych brali udział w jego realizacji podwykonawcy (m.in. Orange Polska S.A., Polkomtel Sp. z o.o. i IT Partners Telco Sp. z o.o.).

Żaden z przedstawionych podmiotowych środków dowodowych, złożonych na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1

ustawy nie wskazuje wprost, że w ramach wskazanej umowy, to wykonawca Kapsch świadczył usługę zapewnienia łącza internetowego, ani że była ona świadczona w sposób należyty przez wykonawcę Kapsch.
Taki wniosek potwierdzają wezwania Zamawiającego z dn. 18.07.2023 r. do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 4 ustawy, w których Zamawiający zwrócił się o „wskazanie pośród których złożonych dokumentów znajduje się potwierdzenie należytego wykonania umowy"; a także kolejne z dn. 25.07.2023 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, w tym wykazu wykonanych usług, z uwagi na to, że „Nie załączono dokumentów jednoznacznie potwierdzających należyte wykonanie usługi wykazanej w pozycji 2. Wykazu usług z dnia 7 lipca 2023 r. Dokumenty przedstawione przez Wykonawcę potwierdzają osiągnięcie kamieni milowych polegających na samym rozpoczęciu świadczenia usług przewidzianych w umowie z dnia 2 listopada 2010 roku, ale nie potwierdzają, iż usługa zapewnienia łącza internetowego była świadczona należycie przez minimalny okres i w minimalnej ilości lokalizacji wymaganej w SWZ. Ponadto, w treści wyjaśnień z dnia 21 lipca 2023 r. wskazano, że usługa dotyczyła: „zaprojektowania, dostawy oraz obsługi Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat", a który to tytuł nie wskazuje spełniania warunku udziału postępowania polegającego na wykonaniu usługi w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego." Ponadto Zamawiający stwierdził, że „Świadectwa wystawione przez zamawiającego – GDDKiA, które zdaniem Wykonawcy wyrażonym w piśmie z 21 lipca 2023 r. potwierdzają należyte wykonanie umowy nie zostały wystawione w okresie referencyjnym, tj. w ciągu 5 lat przed terminem składania ofert wyznaczonym na 22 maja 2023 r."
Ze złożonych na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z dn. 25.07.2023 r. dokumentów wynika, że w zakresie usługi zapewnienia łącza do Internetu, w ramach podanego w wykazie zamówienia, usługa ta realizowana była przez inne podmioty – podwykonawców, a zatem nie były one świadczone przez wykonawcę Kapsch.
Wykonawca Kapsch nie świadczył usług obejmujących zapewnienie łącza internetowego i nie mógł świadczyć legalnie usług telekomunikacyjnych zapewnienia łącza internetowego, niezależnie od tego, że mógł realizować inne usługi w ramach zamówienia realizowanego na rzecz GDDKiA wskazanego pod poz. 2. wykazu usług (zał. B do SWZ) złożonego przez tego wykonawcę.
Przemawiają za tym nie tylko dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, z których wynika, że świadczenie usług łączy internetowych realizowali podwykonawcy. Świadczy o tym także fakt, że Wykonawca Kapsch nie jest wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a zatem nie może świadczyć usług regulowanej działalności jaką są usługi telekomunikacyjne, w szczególności, że w takim przypadku na wykonawcy Kapsch ciążą określone ustawowo obowiązki sprawozdawcze wobec Urzędu Komunikacji Elektronicznej.
W ocenie Odwołującego ` nie ma wątpliwości, iż usługa zapewnienia łącza internetowego stanowi element świadczenia usługi dostępu do Internetu, gdzie samo łącze internetowe stanowi medium fizyczne za pośrednictwem którego realizowana jest usługa dostępu do sieci Internet. Taką wykładnię tego pojęcia wskazał sam Kapsch odnosząc się do swojego doświadczenia, gdzie wskazał wprost na „świadczenie usług łączności".
Kwalifikacja usługi dostępu do Internetu wynika wprost z przepisów prawa. Zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu i dotyczące opłat detalicznych za regulowane usługi łączności wewnątrzunijnej oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 310, str. 1 z późn. zm.) usługa dostępu do internetu" oznacza publicznie dostępną usługę łączności elektronicznej, która zapewnia dostęp do internetu, a tym samym łączność z praktycznie wszystkimi zakończeniami sieci internetu, bez względu na stosowaną technologię sieci i urządzenia końcowe. Natomiast, zgodnie z art. 56 ust. 3 pkt 13 oraz art. 62a ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej p.t.) usługa ta stanowi jeden z rodzajów usług telekomunikacyjnych świadczonych przez dostawców usług telekomunikacyjnych. Legalna definicja usługi telekomunikacyjnej zawarta jest w art. 2 pkt 48 p.t., zgodnie z którym usługa telekomunikacyjna to usługa polegająca
głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Jednocześnie zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 p.t. świadczenie usług telekomunikacyjnych stanowi jedną z form działalności telekomunikacyjnej. Taka kwalifikacja usługi zapewnienia łącza internetowego niesie za sobą istotne konsekwencje dla podmiotów wykonujących taką działalność.
Odwołujący 1 zauważył, że stosowanie do art. 10 p.t. działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Obowiązek wpisu do rejestru powstaje więc w sytuacji, gdy dana działalność wypełnia łącznie dwie cechy, mianowicie jest działalnością gospodarczą i stanowi działalność telekomunikacyjną. Definicja działalności gospodarczej zawarta jest w art. 3 ustawy z dn. 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (dalej „p.p."), zgodnie z

którym jest nią zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.
Odwołujący 1 podkreślił, że zgodnie z legalną definicją (art. 2 pkt 41 p.t.) ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych mamy do czynienia w trzech przypadkach tj.: (a) wykonywania usług za pomocą własnej sieci; (b) wykonywania usług z wykorzystaniem sieci innego operatora; (c) sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług. Tym samym także przedsiębiorca, który nie zajmuje się samodzielnie wykonywaniem działalności polegającej na kierowaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej, czy to własnej, czy w sieci innych operatorów, a jedynie odsprzedaje usługę wykonywaną przez innego dostawcę usług świadczy usługi telekomunikacyjne i powinien dokonać wpisu do rejestru działalności telekomunikacyjnej .
W ocenie Odwołującego 1, w świetle powyższych wywodów nie ma wątpliwości, że działalność polegająca na zapewnieniu łącza oraz łączności Internetowej stanowi świadczenie usług telekomunikacyjnych, także w przypadku, gdy przedsiębiorca realizujący tę działalność działa z wykorzystaniem podwykonawcy, który faktycznie realizuje daną usługę. Oznacza to, iż podmiot, który odsprzedaje we własnym imieniu i na własny rachunek usługę telekomunikacyjną świadczoną przez inny podmiot powinien również dokonać wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz posiadać status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.
Na gruncie analizowanego przypadku nie ma wątpliwości, iż Kapsch nie dokonał wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie posiadał statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Niesie to za sobą określone konsekwencje, które dotyczą zarówno kwalifikacji dotychczasowej działalności Kapsch.
Odwołujący 1 wskazał, że w świetle ugruntowanego poglądu orzecznictwa jak i doktryny posiadanie statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie jest uzależnione od faktycznego wykonywania działalności gospodarczej, ale wyłącznie od dokonania formalnego wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Taki wniosek jednoznacznie wynika również z art. 43 ust. 1 ustawy prawo przedsiębiorców (dalej p.p.), zgodnie z którym jeżeli odrębne przepisy stanowią, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeśli spełnia warunki określone tymi przepisami i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej. Tym samym nie może zostać uznana za wykonywanie działalności telekomunikacyjnej, świadczenie usług telekomunikacyjnych, które miało miejsce bez dokonania wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Taka działalność nawet jeżeli była faktycznie wykonywane w świetle jednolitego orzecznictwa sądów powszechnych i administracyjnych nie może zostać uznana za wykonywanie działalności telekomunikacyjnej. Kwestię tę szeroko omówił SN w przywołanym wyżej wyroku z dn. 4 marca 2014 r. wskazując: „przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego są tylko przedsiębiorcy, którzy zostali wpisani do RPT, ewentualnie którzy legalnie prowadzą działalność telekomunikacyjną bez takiego wpisu na podstawie art. 10 ust. 9 Prawa telekomunikacyjnego (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjna, komentarz, Warszawa 2013, s....). Działalność objęta zakresem normowania Prawa telekomunikacyjnego ma charakter działalności regulowanej (art. 10 Prawa telekomunikacyjnego). Działalność gospodarcza regulowana to taki rodzaj działalności gospodarczej, której wykonywanie w sposób zgodny z prawem wymaga spełnienia przez przedsiębiorcę szczególnych, określonych w ustawie warunków oraz dokonanie zgłoszenia odpowiedniemu organowi celem dokonania wpisu do odpowiedniego rejestru przedsiębiorców prowadzących działalność regulowaną. Wpis do rejestru niewątpliwie służy temu, by działalność gospodarcza o statusie działalności regulowanej była prowadzona przez przedsiębiorców w sposób zgodny z przyjętymi przez prawodawcę szczególnymi wymogami (M. Strzelbicki, Wpis do rejestru działalności regulowanej, RPEiS 4/2005, s. 82). Wpis do rejestru - tak jak i wykreślenie - traktowany jest w piśmiennictwie jako czynnością materialno-techniczną (M. Strzelbicki, Wpis..., s. 74). Organ prowadzący rejestr nie bada, czy wnioskodawca spełnia owe szczególne warunki, lecz jedynie czy nie istnieją przesłanki odmowy wpisu do rejestru (M. Strzelbicki, Wpis..., s. 75). Nie mniej wykonywanie przez przedsiębiorcę działalności regulowanej bez wpisu do rejestru takiej działalności jest nielegalne (K. Kohutek, Zasady podejmowania działalności regulowanej, PPH z 2005 r., nr 6, s. 36).”.
Zdaniem Odwołującego 1, w świetle powyższego nie ma więc wątpliwości, że Kapsch nie wykazał spełnienia warunku określonego w pkt 7.1.4.2. SWZ, gdyż nie dokonując wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie mógł legalnie wykonywać działalności telekomunikacyjnej, a co za tym idzie świadczyć usług objętych ww. wymogiem SWZ.
Niezależnie od powyższych rozważań, Odwołujący 1 wskazał, że niektóre z dokumentów przedstawionych przez Kapsch nie odnoszą się do świadczenia usług telekomunikacyjnych, ale jedynie mogą stanowić dowód na to, iż Kapsch była abonentem usługi telekomunikacyjnej. Taki bowiem charakter ma umowa z dn. 4 maja 2017 r., z której wynika jedynie, iż Kapsch nabył usługi jako użytkownik końcowy (abonent). Tego rodzaju umowy zawierane są wyłącznie z podmiotami, którzy nabywają usługi dla własnych potrzeb (art. 2 pkt 50 p.t.) i nie mogą w oparciu o te usługi świadczyć usług na rzecz innych podmiotów. Wykonawca Kapsch wywodzi swoje doświadczenie w

zakresie usługi obejmującej zapewnienie łączy internetowych jedynie z tego, że elementem zamówienia realizowanego na rzecz GDDKiA, na które się powołuje w poz. 2 wykazu usług było świadczenie usług dostępu do Internetu, co wynika ze składanych przez tego wykonawcę odpowiedzi na wezwania Zamawiającego. W ocenie wykonawcy Kapsch oznacza to, że wykonawca Kapsch uzyskał w ramach tego zamówienia również doświadczenie w zakresie zapewnienia łączy internetowych.
W odpowiedzi z dn. 21.07.2023 r. stwierdza, że „Kamienie Milowe dotyczyły również wdrożenia łączności pomiędzy lokalizacjami Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych, a także uprawnienia Wykonawcy do otrzymywania regularnego wynagrodzenia za świadczenie usługi obejmującej utrzymanie łącz internetowych we wdrożonych lokalizacjach. Stąd, świadectwa wystawione przez zamawiającego – GDDKiA, potwierdzają należyte wykonanie umowy (w tym usług zapewnienia łącza internetowego w zakresie wymaganym w obecnym postępowaniu) przez Wykonawcę".
W odpowiedzi z dn. 1.08.2023 r. wykonawca stwierdza, że „Funkcjonowanie Systemu zbudowanego przez Wykonawcę w oparciu o postanowienia Umowy, zostało oparte na rozproszonej infrastrukturze przydrożnej (bramownicach), na której zamontowane były urządzenia peryferyjne. Informacje gromadzone przez urządzenia na bramownicach były przekazywane do systemu centralnego Systemu za pośrednictwem komunikacji internetowej. Powyższe oznacza, że Wykonawca był zobowiązany do dostarczania i utrzymania łącza internetowego w szczególności do każdej z bramownic.".
Zdaniem Odwołującego 1, nie można się zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy Kapsch. Prowadziłoby ono do niemożliwych do zaakceptowania na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych wniosków. Po pierwsze oznaczałoby to, że wykonawca Kapsch może posługiwać się doświadczeniem w wykonaniu usług, których nie zrealizował. Usługi te (transmisja danych, w tym łącza do sieci Internet) zostały wykonane w całości przez podwykonawców, co z resztą wynika z dokumentów załączonych do odpowiedzi z dn. 1 sierpnia 2023 r, złożonej przez wykonawcę Kapsch. Po drugie oznaczałoby to, że wykonawca Kapsch może posługiwać się doświadczeniem w wykonywaniu usług regulowanych (telekomunikacyjnych), których sam nie wykonał i nie mógł wykonać. Oznaczałoby to, że wykonawca ten poprzez podwykonawców uzyskałby doświadczenie w świadczeniu usług regulowanych, choć nie ma uprawnień do świadczenia takich usług. Mimo, że nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, miałby doświadczenie w świadczeniu usług, które mogą wykonywać jedynie przedsiębiorcy telekomunikacyjni. W konsekwencji, jak była o tym mowa powyżej, wobec braku statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego powoływałby się na nielegalne doświadczenie. Uznanie, że wykonawca Kapsch nabywa doświadczenie, które w istocie nabyli podwykonawcy, z jednej strony stanowiło by obejście przepisów Prawa Telekomunikacyjnego, a z drugiej obejście przepisów spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także o udostępnianiu zasobów na gruncie ustawy określonych w art. 118 i 123 Pzp.
W ocenie Odwołującego 1, aby wykazać się doświadczeniem w świadczeniu usług związanych z prowadzeniem działalności regulowanej wykonawca Kapsch miał możliwość posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, czego jednak nie uczynił. Wobec powyższego, należy uznać, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Roz. 7.1.4.2 SWZ, co do usługi obejmującej zapewnienie łącza internetowego i nie mógł takiego doświadczenia wykazać. W konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.
<u>Zarzut nr 2 Wykonawca Kapsch w wyznaczonym terminie nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu</u>

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
Jak przyjmuje się w doktrynie Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę również w przypadku, kiedy wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP). Przepis ten skorelowany jest z art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 107 ust. 1–2 PZP. W świetle tych przepisów zamawiający, wzywając wykonawcę do dokonania określonych w tych przepisach czynności, wyznacza termin na ich dokonanie. W postępowaniach wieloetapowych zaistnienie przesłanek określonych w komentowanym przepisie (poza przypadkiem niezłożenia przedmiotowego środka dowodowego) skutkuje odrzuceniem wniosku o dopuszczenie udziału w postępowaniu (art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP)." (Za: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak).
Odnosząc się do kwestii dokumentów potwierdzających należyte wykonanie przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. Umowy złożonych na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128

ust. 1 ustawy należy zauważyć, że złożone przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. Raporty Miesięczne za okres od maja 2017 r. do listopada 2018 r. wraz z kopiami dokumentów potwierdzających akceptację tychże Raportów przez Zamawiającego - tj. za okres przenoszący 12 miesięcy (Załącznik nr 4 do pisma z dnia 1.08.2023 r. ), zawierające uzyskane przez Wykonawcę wyniki Poziomu Usług (ang. Key Performance Result -„KPR") w danym okresie raportowania oraz wartości Wskaźników Poziomu Usług (ang. Key Performance Indicators -„KPI") wyznaczonych w Tabeli 1 „Wymagania Poziomu Usług (KPR) i ich wartości docelowe" Części 4 Monitorowanie Poziomu Usług Załącznika nr 11 do Umowy nie stanowią dokumentów potwierdzających należyte wykonanie przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. Umowy.

Zgodnie z postanowieniami Umowy z dnia 2 listopada 2010 r. na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Sytemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat (§ 25 punkt 25.5 Umowy) każdy raport podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego pod kątem zupełności i rzetelności. A więc sam fakt zatwierdzenia raportu przez Zamawiającego nie może być automatycznie uznany za potwierdzenie należytego wykonania Umowy w okresie za który raport został sporządzony.

Przykładowo Kapsch Telematic Services sp. z o.o. przedstawił Raport Wynagrodzenia Wykonawcy KSPO za okres sprawozdawczy: 2018-09 nr dok. 40700200394 wersja 02, który został zaakceptowany przez Zamawiającego w dniu 2.11.2018 r. pismem o nr.: DPP.WEP.611.523.2018.5.ako. Jednakże pismo to zawiera adnotację dotyczącą pkt. 5 przedmiotowego Raportu wskazującą, iż „Przyczyna adnotacji: występują różnice pomiędzy wartościami KPR wskazanymi w Raporcie Wynagrodzenia a raportem NOMA dla KPR: 8,9,10,13,16,17,18,19,20,22,25,26,27. Wykonawca proszony jest o wyjaśnienie różnic."

Jednakże Kapsch Telematic Services sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił dokumentu wyjaśniającego przedmiotowe różnice, a tym samym nie udowodnił jednoznacznie, że przedmiotowa Umowa we wrześniu 2018 została wykonana należycie.

Co więcej, w przyczynach wspomnianej adnotacji zostały wymienione numery KPR odnoszące się bezpośrednio do nieprzerwanej łączności pomiędzy elementami KSPO a Systemem Centralnym za pośrednictwem łącz internetowych tj:

| KPR | Nazwa |
|---|---|
| **8** | Dostępność usług rejestracji oraz dostępność OBU |
| **9** | Dostępność usług rejestracji oraz dostępność OBU (najgorszy) |
| **26** | Dostępność mobilnych urządzeń i obiektów kontrolnych |

co wskazuje, iż w zakresie świadczenia usługi obejmującej zapewnienie łącza internetowego Zamawiający zgłaszał zastrzeżenia, a tym samym dokumenty przedstawione przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. jednoznacznie nie potwierdzają należytego wykonywania umowy w okresie, za który został sporządzony ten właśnie raport.

Ponadto należy zauważyć, że wszystkie pisma Zamawiającego akceptujące Raporty wynagrodzenia w końcowej części (ostatnie tiret na stronie 2) posiadają adnotację o następującej treści: „Dodatkowo informuję, iż Zamawiający zastrzega zgodnie z zapisami Załącznika 10 do Umowy, Załącznik A, pkt 1, ppkt. a), że w okresie 12 miesięcy od doręczenia Zamawiającemu Raportu Wynagrodzenia Wykonawcy, Zamawiający ma prawo zgłosić zastrzeżenie do Raportu Wynagrodzenia Wykonawcy i zażądać dodatkowych informacji dotyczących wszelkich informacji i danych, na podstawie, których Wykonawca wyliczył łączne wynagrodzenie regularne za danych okres rozliczeniowy. Jeżeli, na podstawie dodatkowych informacji Wykonawcy okaże się, że wysokość wynagrodzenia przysługującego Wykonawczy jest niższa niż pierwotnie wskazana w raporcie za danych okres rozliczeniowy, Wykonawca zobowiązany jest zwrócić Zamawiającemu równicę pomiędzy prawidłowo wyliczonym wynagrodzeniem, a wynagrodzeniem zapłaconym Wykonawcy na podstawie błędnego raportu, wraz z ustawowymi odsetkami".

Zatem po zatwierdzeniu Raportu Wynagrodzenia Zamawiający miał jeszcze 12 miesięcy na zgłoszenie zastrzeżeń do Raportu Wynagrodzenia Wykonawcy i zażądanie dodatkowych informacji oraz żądanie zwrotu równicy pomiędzy prawidłowo wyliczonym wynagrodzeniem, a wynagrodzeniem zapłaconym Wykonawcy na podstawie błędnego raportu, wraz z ustawowymi odsetkami.

Kapsch Telematic Services sp. z o.o. nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających, że takie żądania nie były wobec niego skalanie (chociażby w stosunku do Raportu za wrzesień 2018 r).

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego 1, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Kapsch Telematic Services sp. z o.o., że akceptacja Raportów stanowi o potwierdzeniu przez Zamawiającego (GDDKiA) prawidłowości wykonania Umowy w okresach sprawozdawczych - w tym o nieprzerwanym dostarczeniu łącz

internetowych w sposób pozwalający na osiągniecie rezultatu w postaci naliczania i poboru opłaty elektronicznej. Akceptacja ta stanowi jedynie zatwierdzenie przez Zamawiającego danego raportu sporządzonego przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. pod kątem zupełności i rzetelności.

Zatem, należy przyjąć iż usługa polegająca na nieprzerwanym dostarczeniu łącz internetowych przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. nie była w całości wykonana w sposób należyty, o czym świadczy brak możliwości uzyskania przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. referencji (dokumentu potwierdzającego jednoznacznie należyte wykonanie umowy w całości od Zamawiającego – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad) o czym Kapsch Telematic Services sp. z o.o. sam wspomina w piśmie z dnia 27.07.2023 r.), pomimo podejmowania „nieskutecznych prób uzyskania tej referencji". Udało mu się jedynie uzyskać pismo z dnia 29 października 2018 r. potwierdzające, iż Kapsch Telematic Services sp. z o.o. „świadczy od 1 lipca 2011 r. usługi utrzymania Krajowego Systemu Poboru Opłat, a wartość zamówienia, na które składa się budowa i utrzymanie KSPO, przekroczyła 3 mld netto". Przedmiotowe pismo nie zawiera jednak informacji o należytym wykonaniu przedmiotowej Umowy.

Kapsch Telematic Services sp. z o.o. pismem z dnia 25.07.2023 r. został zobowiązany przez Zamawiającego do przedstawienia wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami, które mógł złożyć Kapsch Telematic Services sp. z o.o. były referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane.

Kapsch Telematic Services sp. z o.o. nie złożył dokumentów wymaganych przedmiotowym pismem. Nie załączył dokumentów jednoznacznie potwierdzających należyte wykonanie usługi wykazanej w pozycji 2 Wykazu usług z dnia 7 lipca 2023 r. Dokumenty przedstawione przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. potwierdzają jedynie osiągnięcie kamieni milowych polegających na samym rozpoczęciu świadczenia usług przewidzianych w umowie z dnia 2 listopada 2010 roku, ale nie potwierdzają, iż usługa zapewnienia łącza internetowego była świadczona należycie przez minimalny okres i w minimalnej ilości lokalizacji wymaganej w SWZ, na co wskazuje sam Zamawiający w piśmie z dnia 25.07.2023 r.

Dokumenty jakie zostały przedłożone przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. w piśmie wyjaśniającym tj.: Raporty Miesięczne oraz Raporty Wynagrodzenia za okres od maja 2017 r. do listopada 2018 r., edytowalne pliki Excel są dokumentami autorstwa Kapsch Telematic Services sp. z o.o., a nie podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane, tym samym nie mogą być uznane jako podstawa do wywodzenia należytego wykonania Umowy. Przedstawione jako złączniki do tego samego pisma kopie dokumentów potwierdzających akceptację Raportów przez Zamawiającego (GDDKiA), jako jedyne stanowią dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego świadczona była usługa, a jednakże nie potwierdzają należytego wykonania Umowy, a jak pisaliśmy powyżej stanowią jedynie zatwierdzenie przez Zamawiającego raportów sporządzonych przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. pod kątem zupełności i rzetelności, a w dodatku niektóre z nich zawierają uwagi i adnotacje, w tym w zakresie KPR dotyczących nieprzerwanej łączności pomiędzy elementami KSPO a Systemem Centralnym za pośrednictwem łącz internetowych.

Tym samym, w ocenie Odwołującego 1, należy uznać, że Kapsch Telematic Services sp. z o.o. nie przedłożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu we wskazanym terminie, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna była zostać odrzucona.

<u>Zarzut nr 3 Oferta wykonawcy Kapsch zawiera cenę rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a założone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają zaoferowanej ceny</u>

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia W świetle art. 224 ust. 6 Pzp „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu".

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że „jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia nie zawiera żadnego wytłumaczenia sposobu kalkulacji ceny, żadnego wskazania czynnika sprzyjającego wykonawcy i umożliwiającego zaoferowanie tak niskiej ceny, jak też żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację i czynniki sprzyjające, to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień, lecz powinien odrzucić jego ofertę (zob. np. wyrok KIO 25.09.2018 r., KIO 1827/18, LEX nr 2585656; wyrok KIO z 23.05.2019 r., KIO 815/19, LEX nr 2691004).

Podobnie w wyroku KIO z 28.06.2021 r., KIO 1197/21, uznano, że wyjaśnienia złożone w postaci opisowej oraz

załączony do nich kosztorys nie pozwalają na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową, jak też, że obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w SWZ. Wskazano, że jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie - to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie, tj. składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie.

Ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę odnośnie do podstawy odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 226 ust. 1 pkt 8 w relacji do art. 224 ust. 6 p.z.p. była przedmiotem wyroku KIO z 16.03.2021 r., KIO 600/21.Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Kapsch nie uzasadniają ceny podanej w ofercie i z tego względu powinna ona zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

**Zarzut 3 a) wyjaśnienia ceny nie odnoszą się do zakresu wezwania sformułowanego przez Zamawiającego**

W wezwaniu do wyjaśnienia ceny oferty skierowanym do wykonawcy Kapsch w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy, Zamawiający w sposób wyraźny sformułował żądanie, aby wyjaśnienia, w tym złożone dowody dotyczyły:

a)ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 Punkcie Dystrybucji cena, o której mowa w §7 ust. 7.3. PPU)) oraz

b)ceny brutto za miesiąc świadczenia usług za 1 dodatkowe kompletne stanowisko (cena, o której mowa w §7 ust. 7.3a PPU).

W odpowiedzi na to wezwanie z dn. 12.06.2023 r. wykonawca Kapsch nie udzielił jednak wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a jedynie w zakresie ceny łącznej oferty. Niewłaściwa odpowiedź wykonawcy Kapsch jest tym bardziej istotna, że zgodnie z treścią oferty, cena brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 Punkcie Dystrybucji (a) jest dziesięciokrotnie wyższa niż cena brutto za miesiąc świadczenia usług za 1 dodatkowe kompletne stanowisko (b), co wynika z Formularza Ofertowego złożonego przez wykonawcę Kapsch. Wobec powyższego należy stwierdzić, że wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę Kapsch nie uzasadniają ceny oferty w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

**Zarzut 3 b) Brak uwzględnienia w cenie oferty kosztu przełączników/routerów**

W ocenie Odwołującego 1, z treści wyjaśnień ceny złożonych wraz z dowodami wynika, że wykonawca Kapsch nie uwzględnił w cenie oferty kosztu przełączników/routerów.

W pkt 1.7 wyjaśnień ceny z dn. 12.06.2023 r. oświadczył, że pozycja w kalkulacji z pkt 1.6 wyjaśnień pn. dostawa i konfiguracja Sprzętu do PD i dodatkowych stanowisk oraz połączenie VPN, „obejmuje: stacja robocza z monitorem, urządzenie wielofunkcyjne, drukarka paragonów, klawiatura, mysz, przełącznik ethernet, router, konfiguracja oprogramowania w Punktach Dystrybucji, instalacja stanowisk w PD, przygotowanie obrazu systemu, konfiguracja połączenia VPN z dwoma CPD dla każdego stanowiska".

Jednak jak wynika z załączonej jako dowód do wyjaśnień ceny oferty dostawcy S&T – zał. nr 1 do wyjaśnień ceny z dn. 12.06.2023 r. – str. 10, lp. 9, wynika, że oferta tego dostawcy nie obejmowała sprzętu sieciowego (Zastrzeżenie „nd").

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego 1, należy uznać, że wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny złożone przez wykonawcę Kapsch nie uzasadniały ceny podanej w ofercie w odniesieniu do kosztu zakupu przełączników i routerów, a w konsekwencji nie w całości uzasadniały ceny podanej w ofercie.

**Zarzut 3 c) Nie uwzględnia wszystkich kosztów, gdyż została oparta o oferty podwykonawców i dostawców nie uwzględniające zmian warunków zamówienia**

Zdaniem Odwołującego 1, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie również z tego względu, że wszystkie oferty, na których bazował wykonawca Kapsch sporządzając swoją ofertę zostały sporządzone w marcu 2023 r., w oparciu o zapytania ofertowe wykonawcy Kapsch również z marca, a w konsekwencji kalkulację ceny oferty oparto o oferty podwykonawców i dostawców, które były odpowiedziami na zapytania ofertowe nie uwzględniające licznych zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w warunkach zamówienia (m.in. 12 kwietnia 2023 roku Zamawiający wprowadził ponad 25 modyfikacji oraz udzielił 372 odpowiedzi na pytania). A zatem załączone do wyjaśnień oferty otrzymane przez Kapsch od podwykonawców i dostawców nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, gdyż odnoszą się do innego zakresu zamówienia, w szczególności przewidują prawo opcji, a także nie uwzględniają zmienionych wymagań, co do lokalizacji Punktów Dystrybucji.

Odwołujący 1 podkreślił, że składając uzupełnienie do wyjaśnień ceny oraz wyjaśnienia oferty, w piśmie z dn. 26.06.2023 r. wykonawca Kapsch oświadczył w odniesieniu do pkt. 1 ppkt 3) i 4) wezwania Zamawiającego, że

oferty z załączników 2, 3a, 3b, 3c, 4, 5 i 7 pozostają aktualne, a zatem pomimo zmiany warunków zamówienia, które nastąpiły na skutek czynności Zamawiającego w postępowaniu, oferty te nie zostały zmienione, a przeciwnie zostały przedłużone w niezmienionym kształcie.
Przykładowo Zamawiający udzielił odpowiedzi precyzujących wymagania w zakresie zabezpieczeń – w tym m.in. wymagania w zakresie zabezpieczeń przed wyciekiem danych:
Odpowiedzi 12.04.2023 nr 56, 59, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 147.
Równie kluczową zmianą była rezygnacja Zamawiającego z prawa opcji.
W konsekwencji wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, opierają się bowiem na nieaktualnych założeniach, w szczególności co do kosztu zakupu urządzeń i kosztu świadczenia usług w Punktach Dystrybucji. W konsekwencji nie uzasadniały ceny podanej w ofercie w całości.

**Zarzut 3 d) Nie uwzględnia kosztów transmisji danych poza stacjami paliw**

Zdaniem Odwołującego 1, treść wyjaśnień ceny nie uzasadnia ceny oferty, co do kosztów transmisji danych. W świetle złożonych przez wykonawcę Kapsch wyjaśnień, wykonawca ten oparł się kalkulując cenę oferty na ofercie operatora Polkomtel (zał. nr 2 do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Kapsch), jednakże oferta tego operatora, stanowiąca załącznik do wyjaśnień ceny, obejmuje jedynie 105 stacji paliw, nie obejmuje 1 lokalizacji przy przejściu granicznym, ani 4 stanowisk w Ministerstwie Finansów i siedzibie spółki Aplikacje Krytyczne.
W konsekwencji, należy uznać, że wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę Kapsch nie uzasadniają ceny podane w ofercie, jeśli chodzi o koszty transmisji danych, a w konsekwencji nie uzasadniały ceny podanej w ofercie w całości.

**Zarzut 3 e) Błędny, zaniżony średni koszt świadczenia usług w ramach Punktu Dystrybucji na stacjach paliw**

Zamawiający (Ministerstwo Finansów) w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Świadczenie usługi bezpośredniej obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS), znak sprawy: R/006/23/DPO/G/270, w bardzo istotny sposób zmienił warunki jakie muszą spełniać Punkty Dystrybucji w porównaniu do warunków z postępowania z 2020 r. „Świadczenie usługi bezpośredniej obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS) w sieci dystrybucji", znak sprawy: R/3/20/PO/G/409, na podstawie których Kapsch Telemetic Services Sp. z o.o. po uzyskaniu w 2021 roku zamówienia aktualnie realizuje tę usługę.
W postępowaniu przetargowym z 2020 r., Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące Punktów Dystrybucji w pkt. 3.5 OPZ:*„Punkty Dystrybucji powinny zostać rozmieszczone tak, aby potencjalni i faktyczni Klienci nie musieli pokonywać odcinka dłuższego niż 15 km dla co najmniej 80 % lokalizacji, licząc od dowolnego wjazdu na Sieć Dróg Płatnych do najbliższego Punktu. Zamawiający wskazuje, że żaden PD nie może znajdować się w odległości większej niż 25 km od dowolnego wjazdu na sieć Dróg Płatnych. Zamawiający przewiduje, że 95 % PD będzie świadczyć Usługi w trybie 24/7 każdego dnia w roku. W przypadku pozostałych 5 % Zamawiający dopuszcza obsługę 12godzinną, godziny otwarcia PD powinny być zapewnione pomiędzy 6.00 a 22.00 każdego dnia. Zamawiający oczekuje, że w ramach etapu 2 Wykonawca będzie świadczył Usługi w 190 lokalizacjach Punktów Dystrybucji lecz nie więcej niż w 205 lokalizacjach PD."*
W aktualnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający istotnie zmienił wymagania wobec Punktów Dystrybucji, a w szczególności dotyczące ich rozmieszczenia, określając je w następujący sposób w pkt. 4 OPZ:
„4.1. Zamawiający wymaga aby w ramach realizacji Etapu 2 Wykonawca świadczył Usługi w 100 lokalizacjach PD, w tym 1 PD będzie zlokalizowany w strefie przygranicznej tj. przejście graniczne Korczowa-Krakowiec."
„4.2. Lokalizacja PD
4.2.1. PD muszą zostać rozmieszczone w taki sposób, aby odległość od wjazdu na drogę płatną do najbliższego PD nie przekraczała 15 km. Zamawiający dopuszcza możliwość przekroczenia wymaganych 15 km od wjazdu na drogę płatną dla 5 % PD do 30 km w odniesieniu do początkowej liczby PD (100 PD). Odległość między PD nie może być mniejsza niż 25 km. PD powinny być usytułowane jak najbliżej wjazdu na drogę płatną. W sytuacji przedstawienia przez Wykonawcę propozycji 100 PD wynikających z zamówienia podstawowego, przedstawione PD nie muszą być zlokalizowane przy każdym wjeździe na drogę płatną.
4.2.2. PD Korczowa-Krakowiec musi być zlokalizowany na przejściu granicznym lub w odległości najwyżej 2 km od przejścia w granicach Polski.
4.2.3. PD musi być zlokalizowany pomiędzy przejściem granicznym, a początkiem drogi płatnej.
Wymóg ten dotyczy przejść granicznych:
Bobrowniki - Bierestowica
Koroszczyn - Kukuryki
Dorohusk - Jagodzin
Hrebenne – Rawa Ruska

Medyka – Szeginie
Zamawiający dla każdego PD może zezwolić ma zwiększenie odległości PD od początku drogi płatnej.
4.2.4. PD muszą zostać rozmieszczone zgodnie z wymaganiami określonymi w poniższej tabeli:

| ***Lp.*** | Województwo | ***Liczba PD*** |
|---|---|---|
| *1.* | *dolnośląskie* | *5-8* |
| *2.* | *kujawsko-pomorskie* | *3-6* |
| *3.* | *lubelskie* | *4-8* |
| *4.* | *lubuskie* | *3-6* |
| *5.* | *łódzkie* | *4-9* |
| *6.* | *małopolskie* | *4-8* |
| *7.* | *mazowieckie* | *6-12* |
| *8.* | *opolskie* | *2-4* |
| *9.* | *podkarpackie* | *4-8* |
| *10.* | *podlaskie* | *2-6* |
| *11.* | *pomorskie* | *2-5* |
| *12.* | *śląskie* | *7-12* |
| *13.* | *świętokrzyskie* | *1-4* |
| *14.* | *warmińsko-mazurskie* | *2-4* |
| *15.* | *wielkopolskie* | *6-11* |
| *16.* | *zachodniopomorskie* | *2-5* |

Zamawiający spośród zaproponowanych lokalizacji PD wybierze 100 PD. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia lokalizacji PD mając na uwadze ilości PD w poszczególnych województwach przedstawione w tabeli. Wykonawca nie może przedstawić mniej niż 100 lokalizacji PD.
4.2.5. Lista Punktów Dystrybucji powinna określać dla każdego PD co najmniej adres PD, koordynaty GPS1 i GPS2 (współrzędne geograficzne), godziny otwarcia PD, liczbę miejsc parkingowych dla PD, odległość od wjazdu na Drogę Płatną.
4.2.6. Każdy PD musi być zlokalizowany przy drodze, na której dopuszczony jest ruch pojazdów ciężkich tj. powyżej 3,5 tony.
4.3. Dostępność PD
4.3.1. Zamawiający wymaga aby w każdym PD były świadczone Usługi w trybie 24 godzin każdego dnia w roku. Zamawiający dopuszcza jedną przerwę na dobę nie dłuższą niż 30 minut w świadczeniu usług w PD. Wskazana przerwa może występować jedynie w godzinach 22.00-
06.00.
4.5.1. Stanowiska do obsługi Klientów SPOE KAS muszą być wydzielone od reszty stanowisk w PD i usytuowane tak by Klienci mieli swobodny dostęp do stanowiska obsługi Klientów SPOE KAS, w tym do terminala płatniczego. Nie dopuszcza się tzw. obsługi okienkowej."
„4.8. Liczba miejsc parkingowych
PD muszą posiadać minimum 2 miejsca dla pojazdów ciężarowych tak aby zagwarantować brak zakłóceń ruchu przez pojazdy zaparkowane w celu odwiedzenia PD. Dojazd do PD powinien być możliwy z każdego kierunku ruchu przy drodze jednojezdnej."

Tak zmienione wymagania wobec Punktów Dystrybucji, a w szczególności wymagania lokalizacyjne określające minimalną liczbę PD dla każdego województwa przy wprowadzonym nowym ograniczeniu bezwzględnej odległości pomiędzy lokalizacjami poszczególnych PD co najmniej 25 km, spowodowały diametralne ograniczenie możliwości lokalizacji PD na wielu stacjach paliw, na których w systemie e-Toll i wcześniej w systemie viaToll są aktualnie lub były w przeszłości zlokalizowane Punkty Dystrybucji. Jako przykład można podać, że dotychczas przy braku takiego ograniczenia, bardzo często funkcjonowały dwa PD po dwóch stronach autostrady lub drogi ekspresowej, a zgodnie z nowymi wymaganiami co najmniej jeden z takiej pary PD nie spełnia już warunków przetargu. Podobna sytuacja występuje w dużych miastach i aglomeracjach, gdzie dotychczas funkcjonowało po kilka PD w dużym zagęszczeniu, a w warunkach aktualnego przetargu tylko jeden z takich Punktów Dystrybucji będzie spełniał wymagania przetargu.
W związku z opisaną powyżej zmianą, a także innymi wprowadzonymi zmianami np. bezwzględnej obsługi klientów we wszystkich PD w trybie 24/7 (poprzednio 5 % PD mogło prowadzić obsługę klienta w trybie 12/7), czy wprowadzonym w obecnym postępowaniu przetargowym zakazie prowadzenia przez PD obsługi okienkowej

klientów, potencjalna liczba stacji paliw, na których możliwe jest w warunkach aktualnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego utworzenie i prowadzenie Punktów Dystrybucji ulega drastycznemu ograniczeniu. Dlatego też, niemożliwe jest właściwe skalkulowanie kosztów prowadzenia sieci 100 PD bez wcześniejszego przeprowadzenia kompleksowej analizy możliwych lokalizacji poszczególnych PD w takiej konfiguracji, która spełniałaby wszystkie wymagania określone w SWZ przez Zamawiającego. Z przedstawionych przez Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. wyjaśnień treści oferty z dnia 12 czerwca 2023 r. nr ref. Kapsch. BID.106, złożonych na wezwanie Zamawiającego jednoznacznie wynika, że Kapsch nie przeprowadził takiej analizy, a tym samym nie będzie w stanie spełnić wymagań Zamawiającego, a złożone wyjaśnienia w części dotyczącej najwyższej pozycji kosztowej – „Obsługa klienta w PD" dodatkowo wskazują, że kalkulacje tej pozycji kosztów oparte zostały na błędnych założeniach.

Odwołujące 1 wskazał, że w piśmie z dnia 26 czerwca 2023 roku nr ref. Kapsch.BID.108, Kapsch, składając wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty, informuje:

*„1.16. Dla wykazania podstaw ustalenia najwyższej pozycji kosztowej z zestawienia przedstawionego w pozycji 5 tabeli w pkt. 1.6. powyżej (Obsługa klienta w PD), wykonawca przedkłada w załączeniu kopie ofert (załącznik 3 do niniejszego pisma). Ceny wskazane w powołanych wyżej ofertach za jeden miesiąc w jednym PD wyniosły: 4 000 zł, 10 500 zł oraz 6 900 zł (netto). Powyższe wskazuje, że średnia cena za obsługę w jednym PD wynosi 7 133,33 zł (netto), co przy 100 lokalizacjach operujących przez 36 miesięcy stanowi o koszcie 25 679 988 zł (netto). Przy tym, Wykonawca założył proporcjonalnie większy udział w sieci PD, stacji dostarczanych przez tańszych oferentów, przyjmując ostatecznie koszt w wysokości 25 203 600,00 zł.*

*1.17. Natomiast w zakresie kosztu świadczenia usługi w Punktach Dystrybucji zlokalizowanych na przejściu granicznym lub pomiędzy przejściem granicznym, a początkiem drogi płatnej (m.in. Korczowa-Krakowiec, Koroszczyn-Kukuryki), Wykonawca oparł swoją kalkulację cenową na ofertach przedstawionych w Załącznikach nr 4 i 5 do niniejszego pisma. Z przywołanych ofert wynika, że koszt świadczenia usługi w Punkcie Koroszczyn wynosi 360 000,00 zł, a w Punkcie Korczowa 792 000,00 zł (za 36 miesięcy świadczenia usługi) – 32 000,00 zł netto miesięcznie za obydwa Punkty (jak w zestawieniu tabelarycznym w pkt. 1.13. powyżej – tabela dotycząca poz. 5).*

*1.18. Suma kosztów wskazanych w pkt. 1.15 oraz 1.16 powyżej wynosi 26 355 600,00 zł netto, jak wskazano w pozycji 5 tabeli w pkt. 1.6 powyżej (obsługa klienta w PD)."*

Analiza w zakresie błędnie skalkulowanej przez Kapsch ceny oferty w pozycji kosztowej: „Obsługa klientów w PD"

Wyliczenie średniej ceny miesięcznej prowadzenia jednego Punktu Dystrybucji w kwocie 7 133,33 zł netto, Kapsch oparł na przyjęciu założenia, że w liczbie 100 PD będzie proporcjonalnie równy udział stacji paliw z każdej sieci, która złożyła mu ofertę, co w praktyce oznacza, że sieć PD powinna składać się z 33,33 PD z sieci BP, 33,33 PD z sieci CircleK oraz 33,33 PD z sieci Anwim (Moya). W ten sposób wyliczył łączną kwotę kosztów funkcjonowania sieci PD w wysokości 25 679 988 zł netto. Następnie stwierdził, że założył proporcjonalnie większy udział w sieci PD stacji dostarczanych przez tańszych oferentów (jak wynika z przedłożonych ofert chodzi o sieci Anwim (Moya) i CircleK), przyjmując ostatecznie łączny koszt sieci PD zlokalizowanej na stacjach paliw w wysokości 25 203 600,00 zł netto. Do tej kwoty dodał koszt funkcjonowania w okresie 36 miesięcy dwóch granicznych PD, opisanych w pk.1.17. cytowanych wyjaśnień w kwocie 1 152 000 zł netto, otrzymując koszt całkowity utworzenia i funkcjonowania sieci 100 PD w wymienionej w cytowanym pkt 1.18 wysokości – 26 355 600 zł netto.

Analizując przedstawione oferty sieci paliw, należy zwrócić uwagę, że:

1. Anwim (Moya) w ofercie złożonej na zapytanie ofertowe Kapsch-AS-029096 z dnia 3 marca 2023 r. (z terminem obowiązywania włącznie do 30 czerwca 2023 r.) zaoferował 21 stacji paliw, na których potencjalnie mogą zostać utworzone Punkty Dystrybucji. Oferta nie zawiera wykazu tych punktów. Brak również informacji czy dotyczy ona wyłącznie własnych stacji paliw, czy również prowadzonych przez inne podmioty stacji franczyzowych. Oferta opiewa na kwotę 4 000 zł netto za 1 PD miesięcznie.
2. CircleK w ofercie z dnia 16 marca 2023 r. złożonej na zapytanie ofertowe Kapsch-CKPS-029098 z dnia 3 marca 2023 r. ( z terminem obowiązywania włącznie do 30 kwietnia 2023 r.) zaoferował 54 stacje paliw, na których potencjalnie mogą zostać utworzone Punkty Dystrybucji, przedstawiając wykaz tych stacji. Oferta opiewa na kwotę 6 900 zł netto za 1 PD miesięcznie.
3. BP w ofercie złożonej na zapytanie ofertowe Kapsch-BP.029094 z dnia 17 marca 2023 r. (z terminem ważności do dnia 25 lipca 2023 r.) zaoferował minimum 25 stacji paliw, na których potencjalnie mogą zostać utworzone Punkty Dystrybucji. Te minimum 25 PD należy interpretować jako warunek ważności oferty. Oferta nie zawiera wykazu potencjalnych Punktów Dystrybucji na stacjach paliw BP. Oferta dotyczy zarówno stacji własnych BP jak i stacji franczyzowych. Oferta opiewa na kwotę 10 500 zł netto za 1 PD miesięcznie, waloryzowaną każdorazowo po 12 miesiącach od dnia wejścia w życie umowy

podwykonawczej.

Odwołujący 1 wskazał, że w celu weryfikacji założeń przyjętych przez Kapsch do przedstawionej kalkulacji cenowej przeanalizowano listę potencjalnych lokalizacji PD spośród stacji paliw dwóch oferentów, którzy złożyli firmie Kapsch najkorzystniejsze oferty cenowe tj. Anwim (Moya) i CircleK, pod kątem spełniania dwóch spośród warunków określonych w SWZ tj. maksymalnej odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i minimalnej odległości 25 km pomiędzy poszczególnymi PD. W przypadku CircleK przeanalizowano listę 54 lokalizacji stacji paliw przedstawianych w załączniku do w/w oferty złożonej firmie Kapsch. W przypadku Anwim (Moya), która zaoferowała firmie Kapsch 21 potencjalnych lokalizacji PD, w związku z brakiem wykazu tych lokalizacji poddano analizie 20 PD, zlokalizowanych na stacjach paliw Anwim (Moya) w aktualnie prowadzonej przez Kapsch sieci PD w systemie e-Toll. Analizę spełniania wymagań przetargowych przez poszczególne PD przeprowadzono w taki sposób, aby w sieci PD uwzględnić w pierwszej kolejności stacje z sieci paliw Anwim (Moya), które są korzystniejsze cenowo dla firmy Kapsch, a dopiero w drugiej kolejności droższe kosztowo PD z sieci CircleK. W przypadku wzajemnego wykluczania się ze sobą stacji z tych dwóch sieci z powodu odległości pomiędzy nimi mniejszej niż minimalne wymagane 25 km, w sieci PD pozostawiono PD z sieci Moya.

Zdaniem Odwołującego 1, z przeprowadzonej analizy wynika, że warunku lokalizacji w odległości nie większej niż 15 km od wjazdu na drogę płatną nie spełniają 4 stacje paliw Anwim (Moya) oraz 15 stacji paliw CircleK. Dodatkowo, ze względu niespełniania warunku minimalnej odległości pomiędzy PD z tych dwóch sieci stacji paliw wyeliminowana została kolejna 1 stacja z sieci paliw Anwim (Moya) i 18 stacji z sieci stacji paliw CirkleK. Szczegółowe informacje dotyczące przeprowadzonej analizy zawierają poniższe mapy oraz tabela.

**Rys. 1.** ***Mapa z wykazem wszystkich analizowanych stacji paliw z sieci Moya i CircleK, z oznaczeniem stacji spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD. – stanowi Załącznik numer 7a do odwołania***

**Tabela. 1.** ***Wykaz stacji z sieci Moya i CircleK poddanych analizie spełniania wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD, z wynikami i komentarzami z przeprowadzonej analizy. – stanowi Załącznik numer 7b.***

**Rys. 2.** ***Mapa z wykazem stacji paliw z sieci Moya i CircleK spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD. – stanowi Załącznik numer 7c.***

Odwołujące 1 wskazał, że po wyeliminowaniu wszystkich lokalizacji niespełniających warunków określonych w przetargu pozostało: 15 stacji Anwim (Moya) oraz 21 stacji CircleK, na których mogą zostać utworzone Punkty Dystrybucji spełniające wymagania przetargowe. Liczby te znacząco odbiegają od opisanych powyżej założeń przyjętych przez Kapsch do uzasadnienia oszacowania kosztów prowadzenia sieci PD na stacjach paliw. Dodatkowo, w przypadku sieci stacji Anwim (Moya) nawet bez przeprowadzenia powyższej analizy Kapsch nie powinien przyjmować więcej niż maksymalnie 21 PD zaoferowanych przez Anwim (Moya), a przyjął co najmniej 33,33 PD, jak wykazano powyżej. Prawidłowo sporządzona kalkulacja ceny oferty Kapsch dotycząca największej pozycji kosztów „Obsługa Klienta w PD" oparta o właściwe liczby stacji z tych dwóch sieci stacji paliw, spełniających wymagania przetargowe, uzupełniona o brakujące stacje paliw z największej spośród tych trzech sieci stacji paliw - BP, przyjmując założenie, że wszystkie trzy z przedstawionych ofert są nadal ważne oraz że wszystkie stacje BP będą spełniały aktualne wymagania Zamawiającego powinna wyglądać następująco:

**15 PD** w sieci Anwim (Moya) *** 4 000 zł**/PD = **60 000 zł**/miesięcznie
**21** PD w sieci CircleK * **6 900 zł**/PD = **144 900 zł**/miesięcznie
**62** PD w sieci BP * **10 500 zł**/PD = **651 000 zł**/miesięcznie
Razem **98 PD** = **855 900 zł**/miesięcznie
Średnia cena za 1 PD/miesięcznie – **8 734 zł**
Koszty funkcjonowania sieci **98 PD** zlokalizowanych na stacjach paliw w okresie 36 miesięcy:
**8 734 zł** ***98 PD** * **36** m-cy = **30 813 552 zł** netto

Ze względu na przewidywane, w pkt. 1.17 cytowanych powyżej wyjaśnień firmy Kapsch, utworzenie w ramach 100 PD, dwóch Granicznych Punktów Dystrybucji oddzielnie wycenionych w tej pozycji wyjaśnień na kwotę 1 152 000 zł netto za okres 36 miesięcy, w powyższej kalkulacji dotyczącej sieci PD utworzonych na stacjach paliw przyjęto do obliczeń 98 PD zamiast 100, jak przedstawił to Kapsch.

Porównanie powyższej kwoty (**30 813 552 zł netto**) z przedstawioną w wyjaśnieniach firmy Kapsch kwotą (**25 203 600 zł**) za sieć PD utworzonych wyłącznie na stacjach paliw daje różnicę **5 609 952 zł** netto (**6 900 241 zł**

**brutto**), o jaką zaniżona została kalkulacja oferty cenowej przedstawionej przez Kapach, tylko w tym punkcie kosztorysu.

Podjęcie próby, aby w ramach dopuszczalnego przez Zamawiającego dla nie więcej niż 5 % PD odstępstwa od wymogu lokalizacji PD w odległości do 15 km od wjazdu na drogę płatną, obwarowanego kolejnym uwarunkowaniem maksymalnej odległości 30 km od wjazdu na drogę płatną i włączyć dodatkowe 2-3 stacje z sieci Anwim(Moya) i CircleK, tylko w minimalnym stopniu mogłoby potencjalnie wpłyną ć na przedstawioną powyżej kalkulację cenową.

Odwołujący 1 wskazał, że z drugiej strony, należy zwrócić uwagę, że powyższa kalkulacja kosztów nie uwzględnia jednakże w dalszym ciągu waloryzacji o wskaźnik inflacji stawki za PD zaoferowanej przez BP w okresie trwania umowy, po każdych 12 miesiącach od wejścia w życie umowy podwykonawczej, co wynika wprost z oferty przedstawionej firmie Kapsch przez BP. Biorąc pod uwagę fakt, że koszty PD zlokalizowanych na stacjach BP stanowią według urealnionej kalkulacji ponad 75 % kosztów całej sieci Punktów Dystrybucji, przyjmując założenia co do wysokości inflacji w okresie pierwszych dwóch lat realizacji umowy na poziomie 10 % (w okresie pierwszych 12 miesięcy) i 5 % (w okresie kolejnych 12 miesięcy) całkowite koszty obsługi klienta w PD w sieci Kapsch mogą dodatkowo wzrosną ć o dalszą kwotę ponad **2 270 000 zł netto,** co wskazuje, że niedoszacowanie kosztów oferty w tej pozycji kosztorysu mogłoby osiągnąć kwotę **7 602 012 zł netto (9 350 475 zł brutto).**

Przyjęta kalkulacja kosztów waloryzacji wynagrodzenia za PD prowadzone przez BP przedstawia się następująco:

62 PD BP* 10 500 zł = 651 000 zł netto miesięcznie.

Wynagrodzenie za pierwsze 12 miesięcy świadczenia usługi przez PD BP: 651 000 zł *12 m-cy = 7 812 000 zł.

Zwaloryzowane wynagrodzenie miesięczne za kolejne 12 miesięcy: 651 000 zł * 1,1 = 716 100 zł.

Wynagrodzenie za kolejne 12 miesięcy świadczenia usługi przez PD BP: 716 100 zł * 12 m-cy = 8 593 200 zł.

Zwaloryzowane wynagrodzenie miesięczne za ostatnie 12 miesięcy: 716 100 zł * 1,05 % = 751 905 zł.

Wynagrodzenia za ostatnie 12 miesięcy świadczenia usługi przez PD BP: 751 905 zł * 12 miesięcy = 9 022 860 zł.

Łączny koszt wynagrodzenia BP za świadczenie usługi w okresie 36 miesięcy bez uwzględnienia waloryzacji: 651 000 zł * 36 m-cy = 23 436 000 zł.

Łączny koszt wynagrodzenia BP za świadczenie usługi w okresie 36 miesięcy z uwzględnieniem waloryzacji wynagrodzenia, o założone wskaźniki inflacji: 7 812 000 zł + 8 593 200 zł + 9 022 860 zł = 25 428 060 zł.

Koszty waloryzacji wynagrodzenia PD BP w okresie realizacji umowy: 25 428 060 zł – 23 436 000 zł = 1 992 060 zł netto.

W ocenie Odwołującego 1, przedstawiona powyżej kalkulacja obrazuje jak istotny wpływ na wysokość kosztów prowadzenia sieci PD ma inflacja, jeśli w umowie z podwykonawcą wynagrodzenie objęte jest waloryzacją, jak to ma miejsce w przypadku oferty BP, a czego w ogóle nie uwzględnia Kapsach w swoich kalkulacjach ceny oferty.

Dodatkowo, w przedstawionej w pkt. 1.17 cytowanych wyjaśnień kalkulacji kosztów utworzenia dwóch granicznych PD, Kapsch również pominął waloryzację wynagrodzenia za te PD w okresie realizacji umowy, pomimo, iż konieczność waloryzacji wynika wprost z przedstawionych w załączeniu do wyjaśnień Kapsch ofert Polskiego Konsorcjum Gospodarczego SA złożonych w dniu 28 marca 2023 r. na zapytanie ofertowe nr Kapsch-PKGS.0291000 z dnia 3 marca 2023 r. i dotyczących PD na przejściach granicznych w Korczowej i Koroszczynie (termin obowiązywania obydwu ofert – 30 czerwca 2023 r.).

Przyjmując takie same założenia co do wysokości inflacji w kolejnych 12 miesięcznych okresach, niedoszacowanie kosztów w tej pozycji, wynikające z nieuwzględnienia wymaganej przez oferenta waloryzacji wynagrodzenia wyniosłoby kolejne ok. 100 000 zł netto (123 000 zł brutto). Kwota niedoszacowania tych dwóch pozycji kosztów (98 PD zlokalizowanych na stacjach paliw i 2 PD zlokalizowanych na przejściach granicznych) znacząco przewyższa założoną w kosztorysie kwotę 6 363 901,96 zł pokrywającą według Kapsch: „Ryzyka wdrożenia, ryzyka zmiany ceny w trakcie wdrożenia i marżę". – poz. 10 w „Zbiorczym zestawieniu najważniejszych pozycji kosztowych (w ujęciu rodzajowym) dotyczących realizacji zamówienia podstawowego" pismo Kapsch nr ref. Kapsch.BID.106 z dnia 12 czerwca 2023 roku skierowane do Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. W ocenie Odwołującego 1, tak wysoka kwota niedoszacowania tylko tej pozycji kosztów, wskazuje, że nawet gdyby udało się firmie Kapsch zrealizować ten projekt to nie pozwoliłby osiągnąć dodatniej marży.

**Analiza możliwości utworzenia sieci 100 PD na podstawie założeń i wyjaśnień przedstawionych przez Kapsch**

Odwołujący 1 wskazał, że analiza możliwości utworzenia kompletnej, spełniającej warunki przetargu sieci 100 PD, na bazie przedstawionych przez Kapsch ofert CircleK, BP i Anwim (Moya) dowodzi, że nie jest on w stanie w

ogóle utworzyć sieci 100 PD spełanijących warunki niniejszego przetargu korzystając ze stacji z tych trzech sieci paliw. Na tym etapie analizy uwzględniano wszystkie stacje z sieci CircleK i Anwim(Moya), które spełniają warunki przetargu, dodatkowo uzupełniając je o 63 stacje BP, na których zlokalizowane są aktualnie PD prowadzone przez Kapsch w ramach realizowanej na rzecz Zamawiającego umowy lub na których były w przeszłości zlokalizowane PD w systemie viaToll.
Wyniki tego etapu analizy przedstawiono w poniższych mapach oraz tabeli.

**Rys. 3.** ***Mapa z wykazem wszystkich analizowanych stacji paliw z sieci Moya, CircleK i BP, z oznaczeniem stacji spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD*****. – stanowi załącznik numer 7d.**

**Tabela. 2.** ***Wykaz stacji z sieci Moya, CircleK i BP poddanych analizie spełniania wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD, z wynikami i komentarzami z przeprowadzonej analizy. – stanowi załącznik numer 7e.***

**Rys. 4.** ***Mapa z wykazem stacji paliw z sieci Moya, CircleK i BP spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD. – stanowi załącznik numer 7f.***

W ocenie Odwołującego 1, z przeprowadzonej analizy wynika, że 6 PD BP nie spełnia warunku odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną, a kolejne 32 PD nie spełniają warunku odległości co najmniej 25 km od innego punktu PD. Dodatkowo w trakcie tego etapu analizy wyeliminowano kolejna stacją CircleK w Chorzowie ze względu na niespełnianie warunku odległości co najmniej 25 km od dwóch PD BP na Śląsku (BP Mikołów i BP Sosnowiec).
W wyniku przeprowadzonej pogłębionej analizy, należy stwierdzić, że jedynie 60 PD zlokalizowanych na stacjach z sieci Anwim (Moya), CircleK i BP spełnia warunki przetargu dotyczące odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i odległości 25 km pomiędzy punktami, w tym: 15 PD Anwim (Moya), 20 PD CircleK i 25 PD BP. Do skompletowania sieci 98 PD zlokalizowanych na stacjach paliw brakuje firmie Kapsch 38 lokalizacji spełniających warunki przetargu. Nawet uwzględniając potencjalne dodatkowe 5 PD, które w ramach dopuszczalnego przez Zamawiającego odstępstwa od wymogu lokalizacji w odległości 15 km od drogi płatnej, jednak pod warunkiem, że odległość ta nie przekroczy 30 km, w dalszym ciągu brakuje do skompletowania sieci PD co najmniej 33 stacji paliw spełniających warunki zakreślone w prowadzonym postępowaniu.
Odwołujący 1 podkreślił, że jednym z istotnych i trudnym do spełnienia nowych warunków dotyczących rozmieszczenia PD, jest minimalna i maksymalna liczba PD w poszczególnych województwach.Korzystając, ze stacji paliw analizowanych trzech sieci (BP, Anwim (Moya) i CircleK) nie dla wszystkich województw jest możliwość utworzenia wymaganej minimalnej liczby PD, spełniających wymagania określone w przetargu.
Dla przykładu na zamieszczonych poniżej mapach i tabeli wskazano wyniki analizy przeprowadzonej dla województwa śląskiego.

**Rys. 5.** ***Mapa z wykazem wszystkich analizowanych stacji paliw z sieci Moya, CircleK i BP na terenie województwa śląskiego, z oznaczeniem stacji spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD. – stanowi załącznik numer 7g.***

**Tabela. 3.** ***Wykaz stacji z sieci Moya, CircleK i BP z województwa śląskiego poddanych analizie spełniania wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD, z wynikami i komentarzami z przeprowadzonej analizy. – stanowi załącznik numer 7h.***

| lp. | Sieć | Adres | Kod pocztowy | Miejscowosc | Wojewodztwo | odległosc od drogi płatnej km (węzła) | czy spełnia wrunek odległosci między stacjami 25 km | Uwagi | Uwagi 2 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | BP | Aleja Marsz. Józefa Piłsudskiego 7 | 34-300 | Żywiec | Śląskie | 3 | Nie | 23,8km od Moya Czechowice-Dziedzice Legionów 251 | Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 2 | BP | Wojska Polskiego | 43-600 | Jaworzno | Śląskie | 4,3 | Nie | 24,3km od BP Mikołów Cieszyńska 17 / Stacja była w viaTOLL | Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 3 | BP | Kasztanowa 31 | 44-240 | Żory | Śląskie | 0 | Nie | 16,7km od CircleK Wodzisław Śląski ul. Witosa 24 | Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 4 | BP | ul. Rybnicka 31 | 44-122 | GLIWICE | Śląskie | 2,5 | Nie | 20km od BP Mikołów Cieszyńska 17 / Stacja był w viaTOLL | a Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 5 | BP | ul. Bytomska 50 | 41-940 | PIEKARY ŚLĄSKIE | Śląskie | 0,2 | Nie | 21km od BP Mikołów Cieszyńska 17 / Stacja był w viaTOLL | a Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 6 | BP | Cieszyńska 17 | 43-190 | Mikołów | Śląskie | 0 | Tak | | |
| 7 | BP | Południowa 2 | 43-426 | Gumna | Śląskie | 0 | Tak | | |
| 8 | BP | ul. Braci Mieroszewskich 2H | 41-219 | SOSNOWIEC | Śląskie | 2,5 | Tak | Stacja była w viaTOLL | |
| 9 | Circle K | ul. Batorego 29 | 41-506 | Chorzów | śląskie | 2 | Nie | 11km od BP Mikołów Cieszyńska 17 / Stacja był w viaTOLL | a Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 10 | Circle K | ul. Gómośląska 16 | 43-211 | Piasek | śląskie | 14 | Nie | 17km od Moya Czechowice-Dziedzice Legionów 251 | Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 11 | | Circle K ul. Katowicka 1 | 44-240 | Żory | śląskie | 3 | Nie | 15,8km od CircleK Wodzisław Śląski ul. Witosa 24 | Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |

| | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 12 | | Circle K ul. Hutnicza 27 | 41-908 | Bytom | śląskie | 2,5 | Nie | 10,5km od CircleK Chorzów ul. Batorego 29 | Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 13 | Circle K | Al. Piłsudskiego 2 | 44-335 | Jastrzębie Zdrój | śląskie | 4,5 | Nie | 10,5km od CircleK Wodzisław Śląski ul. Witosa 24 | Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 14 | | Circle K ul. Bardowskiego 64-68 | 42-216 | Częstochowa | śląskie | 38 | | | Odrzucone ze względu na odległośc od drogi płatnej. |
| 15 | | Circle K Al. Wojska Polskiego 121-127 | 42-216 | Częstochowa | śląskie | 38 | | | Odrzucone ze względu na odległośc od drogi płatnej. |
| 16 | | Circle K ul. Lubliniecka 21 | 42-290 | Blachownia | śląskie | 35 | | | Odrzucone ze względu na odległośc od drogi płatnej. |
| 17 | | Circle K ul. Plac Mostowy 1 | 47-400 | Racibórz | śląskie | 21,8 | Nie | 20,5km od CircleK Wodzisław Śląski ul. Witosa 24 | Odrzucone ze względu na odległośc od drogi płatnej. / Odrzucone ze względu na minimalną odległość między punktami |
| 18 | | Circle K ul. Witosa 24 | 44-300 | Wodzisław Śląski | śląskie | 6 | Tak | | |
| 19 | Moya | Legionów 251 | 43-502 | Czechowice-Dziedzice | śląskie | 2,3 | Tak | | |
| 20 | BP | ul. Ignacego Krasickiego 1A | 42-300 | Myszków | Śląskie | 18,5 | Tak | stacja przyjęta z założenia 5% stacji max odległość od drogi płatnej 30km | |

**Rys. 6.** ***Mapa z wykazem stacji paliw z sieci Moya, CircleK i BP w województwie śląskim spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i co najmniej 25 km odległości pomiędzy innymi PD oraz dodatkowo ze stacją BP Myszków oddaloną o 18,5km od drogi płatnej – stanowi załącznik numer 7i.***

W ocenie Odwołującego 1, z przeprowadzonej analizy wynika, że do utworzenia w województwie śląskim minimalnej wymaganej liczby 7 PD brakuje firmie Kapsch dwóch stacji spełniających wymagania określone przez Zamawiającego. Analizując dodatkowo wszystkie potencjalne stacje BP z listy zawartej na stronie firmy BP, które są przystosowane do obsługi samochodów ciężarowych, a nie były dotychczas w sieci PD viaToll lub siec PD e-Toll wybrać można jedynie jedną stację tj. BP w Myszkowie, oddaloną od wjazdu na drogę płatną o 18,5 km. Wykorzystując odstępstwo dla maksymalnie 5% PD dla całej sieci, od spełnienia warunku odległości maksymalnie 15 km od drogi płatnej, można by teoretycznie włączyć tę stację do sieci PD. Nie wiadomo jednak czy jest to stacja własna czy franczyzowa, czy BP lub właściciel stacji wyrazi zgodę na włączenie jej do sieci PD w systemie e-Toll. Uwzględniając nawet tę dodatkową stację BP w dalszym ciągu brakuje jednej lokalizacji PD do utworzenia w tym województwie minimalnej liczby 7 PD wymaganych przez Zamawiającego.
Ponadto należy zwrócić uwagę, że dla ostatecznego potwierdzenia czy wszystkie z nieodrzuconych na terenie całego kraju PD spełniają pozostałe warunki, takie jak np. ilość miejsc parkingowych dla samochodów ciężarowych, brak obsługi okienkowej czy obsługa klientów w systemie 24/7, należałoby zweryfikować wszystkie PD również pod tym kątem.

Dalsze wątpliwości budzi fakt, że Kapsch w złożonym w 6 lipca 2023 r. Jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (ESPD) w sekcji D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega, w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiejkolwiek części zamówienia? Jeżeli tak i o ile to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców", wymienił tylko BP i CircleK, pomijając Anwim S.A. operatora sieci stacji paliw Moya, której ofertą posłużył się w uzasadnieniu wyjaśnienia kalkulacji ceny swojej oferty złożonej w prowadzonym postępowaniu. Załączona do złożonych przez Kapsch wyjaśnień oferta Anwim (Moya) była wiążąca do 30 czerwca 2023 r. włącznie, nasuwa się więc pytanie czy powodem niewymienienia Anwim (Moya) w dokumencie JEDZ, nie jest brak przedłużenia tej oferty przez Anwim (Moya) po dniu 30 czerwca 2023 r. tj. według stanu na dzień składania tego dokumentu Zamawiającemu. W przypadku gdyby stan taki się potwierdził, niedoszacowanie ceny oferty w najwyższej pozycji kosztów „Obsług klienta w PD" istotnie by się zwiększyło, a prawdopodobieństwo utworzenia i prowadzenia sieci 100 PD byłoby znikome.
Oznacza to, że wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny złożone przez wykonawcę Kapsch nie uzasadniają ceny podanej w ofercie z uwagi na to, że bazują na nieprawidłowym uśrednionym koszcie świadczenia obsługi w Punktach Dystrybucji zlokalizowanych na stacjach paliw.

**Zarzut 3 f) Nie uwzględnia wszystkich kosztów pracy, gdyż zakłada sfinansowanie części kosztów pracy z innych umów**

W treści złożonych przez wykonawcę Kapsch dn. 12.06.2023 r. wyjaśnień sposobu obliczenia ceny wykonawca ten oświadczył, że: „Dodatkowo, w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, należy wskazać, że Wykonawca realizuje obecnie dla Zamawiającego równolegle dwie umowy. Pozwala to niewątpliwie na ograniczenie kosztów zatrudnienia poprzez efektywne zarządzanie zespołami oraz powierzanie lokalnym zespołom różnych prac i zakresów z poszczególnych umów. Działania te pozwalają na zachowanie wysokiej jakości wykonywanych usług z jednoczesnym zoptymalizowaniem kosztów m.in. floty, przemierzanych kilometrów czy liczby zatrudnianych pracowników terenowych i administracyjnych" (Pkt 1.23 wyjaśnień).
W ocenie Odwołującego 1, to założenie opisane przez wykonawcę Kapsch w treści wyjaśnień sposobu obliczenia ceny w sposób jednoznaczny wskazuje na to, że cena, co do kosztów osobowych (pracowniczych), podana w ofercie jest nieuzasadniona, gdyż koszty te po części ponoszone są w ramach innych umów.
Oznacza to, że cena nie uwzględnia wszystkich kosztów, gdyż została przez wykonawcę Kapsch zaniżona poprzez sfinansowanie części kosztów osobowych (pracowniczych) z innych umów. Należy podkreślić, że

przerzucanie kosztów jest niedopuszczalne nawet w ramach jednego zamówienia (tak m. in. w wyroku KIO 3324/20 z 15.01.2021 r.), stąd tym bardziej, a minori ad maius, subsydiowanie skrośne należy uznać za nieuprawnione pomiędzy odrębnymi umowami.

Niezależnie od tego, że w takim przypadku wyjaśnienia ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, to dodatkowo oznaczają, że oferta złożona została w ramach czynu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji, z uwagi na brak wyjaśnienia wszystkich elementów kosztotwórczych, należy uznać, że wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny oferty złożone przez wykonawcę Kapsch nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

**Zarzut nr 4 Oferta wykonawcy Kapsch zawiera błąd w obliczeniu ceny**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Jak przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie: „Ustalając wystąpienie komentowanej przesłanki odrzucenia oferty, „zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu [o udzielenie zamówienia – dop. aut.], w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno – lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ, i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego".

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Niemniej jednak przyjmuje się w orzecznictwie, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. Przez pojęcie błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 p.z.p., błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny.

W dotychczasowym orzecznictwie podnoszono, że niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia modelu należnego wykonawcy wynagrodzenia (np. wynagrodzenie ryczałtowe, kosztorysowe) żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji poprawności obliczenia ceny oferty, zwłaszcza w przypadkach, w których wykonawcy zobligowani byli do przedstawienia dokumentów stanowiących podstawę wyliczenia ceny oferty." (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el.2023, art. 226).

Wykonawca Kapsch dokonał kalkulacji ceny oferty przyjmując do tego błędne założenia faktyczne i prawne, a także związane z warunkami realizacji zamówienia.

**Zarzut 4 a) uwzględnienie zysku z prawa opcji pomimo braku prawa opcji**

Złożone przez wykonawcę Kapsch wyjaśnienia z dn. 12.06.2023 r. wskazują na błąd w obliczeniu ceny z uwagi na uwzględnienie w kalkulacji zysku z prawa opcji, z którego, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zrezygnował.

Odwołujący 1 wskazał na to pkt 1.24 wyjaśnień ceny z 12.06.2023, z którego wynika, że „Wykonawca podkreśla, iż planowany zysk całkowity należy rozpatrywać w ujęciu całkowitym, wraz z zamówieniem w ramach prawa opcji, które opiewa na ponad 62 miliony złotych".

W ocenie Odwołującego 1, jest to o tyle istotne, że, w świetle złożonych wyjaśnień sposobu obliczenia ceny, wykonawca Kapsch skalkulował łącznie ryzyka wdrożenia, ryzyka zmiany cen w trakcie wdrożenia razem z marżą i zyskiem (na poziomie 6.363.901, 96 zł), co wynika z pkt 10 tab. w pkt 1.6 wyjaśnień ceny wykonawcy Kapsch.

Przy błędnym założeniu co do błędnego rozpoznania warunków i zakresu zamówienia, wskazuje, że przewidziane elementy kosztotwórcze zostały obliczone w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

**Zarzut 4 b) brak uwzględnienia transmisji danych do innych lokalizacji niż stacje benzynowe**

Odwołujący 1 wskazał, że jak już była o tym mowa w uzasadnieniu do zarzutu nr 3 d), wykonawca Kapsch oparł kalkulację ceny oferty w zakresie kosztów transmisji danych na ofercie operatora Polkomtel, z której wynika, że obejmuje ona jedynie transmisję danych do 105 stacji paliw, pomimo, iż zakres zamówienia oprócz stacji paliw obejmuje również transmisję danych przy przejściu granicznym oraz w lokalizacjach Ministerstwa Finansów i

siedzibie spółki Aplikacje Krytyczne.
Zdaniem Odwołującego 1, oznacza to nie tylko, że wykonawca Kapsch złożył wyjaśnienia ceny nieuzasadniające ceny podanej w ofercie, lecz również, że popełnił błąd przy obliczaniu ceny z uwagi na to, że nie uwzględnił stanu faktycznego i zakresu zamówienia kalkulując cenę oferty, gdyż przyjął w kalkulacji, że zamówienie obejmuje jedynie transmisję danych do Punktów Dystrybucji zlokalizowanych na stacjach paliw.

**Zarzut 4 c) skalkulowanie ceny oferty w oparciu o oferty podwykonawców i dostawców nieuwzględniające zmian warunków zamówienia**

Odwołujący 1 wskazał, jak już była o tym mowa w uzasadnieniu do zarzutu nr. 3 c) – wykonawca Kapsch skalkulował cenę swojej oferty, co wynika z wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny złożonego przez tego wykonawcę w oparciu o oferty pozyskane w odpowiedzi na zapytania ofertowe uwzględniające nieaktualne wymagania Zamawiającego, w szczególności co do prawa opcji, czy wymogów dotyczących lokalizacji Punktów Dystrybucji. Świadczy to nie tylko o tym, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Kapsch nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, lecz również o tym, że wykonawca ten popełnił błąd przy obliczaniu ceny zamówienia, bazując przy jej obliczaniu na ofertach nieuwzględniających zmian w warunkach zamówienia dokonanych przez Zamawiającego.
Odwołujący podkreślił, o czym również była mowa w uzasadnieniu do zarzutu nr 3 c), że pomimo zmian warunków zamówienia w toku postępowania, wykonawca Kapsch nie skierował nowych zapytań do swoich podwykonawców i dostawców i w dalszym ciągu bazował na ich ofertach odnoszących się do innego zakresu zamówienia.
W konsekwencji, zdaniem Odwołującego 1, należy uznać ofertę wykonawcy Kapsch za obarczoną błędem w obliczeniu ceny i jako taką, podlegającą odrzuceniu.

**Zarzut nr 5 Treść oferta wykonawcy Kapsch jest niezgodna z warunkami zamówienia**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, a nie – jak na mocy przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – z SIWZ. Dokonując analizy komentowanego pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne.
Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. W wyroku KIO z 9.09.2021 r., KIO 2520/21, Izba wskazała, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego.” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226).
Oferta wykonawcy Kapsch jest niezgodna z konkretnie wskazanymi i jednoznacznie określonymi wymaganiami Zamawiającego.

**Zarzut 5 a) Brak możliwości zrealizowania zamówienia przy pomocy sieci stacji BP, Circle K i Anwim**

Odwołujący 1 podkreślił, że biorąc pod uwagę oferty na świadczenie usług w Punktach Dystrybucji, należy stwierdzić, że oferta wykonawcy Kapsch jest niezgodna z warunkami zamówienia w takim kształcie, jaki im ostatecznie nadał Zamawiający w toku postępowania. Zważywszy na wymagania dotyczące lokalizacji Punktów Dystrybucji określone w szczególności w Pkt 4.2.1 OPZ, zgodnie z którymi „PD muszą zostać rozmieszczone w taki sposób, aby odległość od wjazdu na drogę płatną do najbliższego PD nie przekraczała 15 km. Zamawiający dopuszcza możliwość przekroczenia wymaganych 15 km od wjazdu na drogę płatną dla 5 % PD do 30 km w odniesieniu do początkowej liczby PD (100 PD). Odległość między PD nie może być mniejsza niż 25 km. PD powinny być usytułowane jak najbliżej wjazdu na drogę płatną. W sytuacji przedstawienia przez Wykonawcę propozycji 100 PD wynikających z zamówienia podstawowego, przedstawione PD nie musza być zlokalizowane przy każdym wjeździe na drogę płatną”, należy stwierdzić, że z dokumentów załączonych do wyjaśnień ceny, wynika, że oferta wykonawcy Kapsch nie uwzględnia tych wymagań.
Jak była o tym szerzej mowa w uzasadnieniu do zarzutu nr 3 e) analiza możliwości utworzenia kompletnej,

spełniającej warunki przetargu sieci 100 PD, na bazie przedstawionych przez Kapsch ofert CircleK, BP i Anvim (Moya) dowodzi, że nie jest on w stanie w ogóle utworzyć sieci 100 PD spełniających warunki niniejszego przetargu korzystając ze stacji z tych sieci paliw. Na tym etapie analizy uwzględniano wszystkie stacje z sieci CircleK i Anwim (Moya), które spełniają warunki przetargu, dodatkowo uzupełniając je o 63 stacje BP, na których zlokalizowane są aktualnie PD prowadzone przez Kapsch w ramach realizowanej na rzecz Zamawiającego umowy lub na których były w przeszłości zlokalizowane PD w systemie viaToll

Z przeprowadzonej analizy wynika, że 6 PD BP nie spełnia warunku odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną, a kolejne 32 PD nie spełniają warunku odległości co najmniej 25 km od innego punktu PD.W wyniku przeprowadzonej pogłębionej analizy, należy stwierdzić, że jedynie 60 PD zlokalizowanych na stacjach z sieci Anwim (Moya), CircleK i BP spełnia warunki przetargu dotyczące odległości 15 km od wjazdu na drogę płatną i odległości 25 km pomiędzy punktami, w tym: 15 PD Anwim(Moya), 20 PD CircleK i 25 PD BP. Do skompletowania sieci 98 PD zlokalizowanych na stacjach paliw brakuje firmie Kapsch 38 lokalizacji spełniających warunki przetargu. Nawet uwzględniając potencjalne dodatkowe 5 PD, w ramach dopuszczalnego przez Zamawiającego odstępstwa od wymogu lokalizacji w odległości 15 km od drogi płatnej, jednak pod warunkiem, że odległość ta nie przekroczy 30 km – to wykonawcy Kapsch w dalszym ciągu brakuje do skompletowania sieci PD co najmniej 33 stacji paliw spełniających warunki zakreślone w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący 1 zwrócił również uwagę, że jednym z warunków dotyczących rozmieszczenia PD, jest minimalna i maksymalna liczna PD w poszczególnych województwach. Korzystając, ze stacji paliwa analizowanych trzech sieci (BP, Moya i CircleK) nie ma możliwości utworzenia minimalnej liczby PD spełniające wymagania Zamawiającego dla niektórych województw, oznacza to, że oferta wykonawcy Kapsch jest niezgodna z warunkami zamówienia.

**Zarzut 5 b) Antywirus niespełniający wymagań określonych w warunkach zamówienia**

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający określił wymagania dotyczące zabezpieczenia stacji roboczych przed wyciekiem danych w Załączniku nr 2 do OPZ - Wymagania sprzętu, Oprogramowanie i Teletransmisja danych pkt. 2 Konfiguracja systemu i oprogramowania w PD ppkt. 2.17 oraz Zamawiający dookreślił wymagania w zakresie zabezpieczeń w odpowiedziach na pytania z dnia 12.04.2023 – odp. nr 56, 59, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 147:

Aby w pełni zabezpieczyć stację roboczą przed wyciekiem danych, należy rozważyć 2 scenariusze:

- Działanie celowe bądź niecelowe użytkownika - przed tego rodzaju wyciekiem chronią rozwiązania klasy DLP (ang. Data Loss Prevention lub zamiennie Data Leak Prevention, zgodnie z definicją źródło Wikipedia: ogólna nazwa technologii informatycznych wspomagających ochronę danych w postaci elektronicznej przed kradzieżą lub przypadkowymi wyciekami);
- Działanie niepożądanego aktora (wirus, haker, itp) - przed tego rodzaju wyciekiem chronią rozwiązania Antywirusowe i EDR (ang. Endpoint Detection and Response, zgodnie z definicją źródło Wikipedia: ogólna nazwa rozwiązań, które stale monitorują i reagują w celu neutralizowania cyberzagrożeń)

W ofercie wykonawcy Kapsch jedynym oferowanym oprogramowaniem zabezpieczającym jest Windows Defender. Windows Defender jest to wbudowany w system Windows antywirus, świadczący ochronę w czasie rzeczywistym, natomiast nie chroni on przed zagrożeniami typu 0-day, nie analizuje działań usług i skryptów na stacji roboczej, nie oferuje możliwości wdrażania polityk zmniejszających potencjalne wektory ataku. Aby Windows Defender oferował powyższą ochronę (przed działaniem niepożądanych aktorów), niezbędne jest wdrożenie oraz połączenie go z dodatkowo płatnym oprogramowaniem EDR firmy Microsoft, którym jest Microsoft Defender for Endpoint, - pełen opis w linku poniżej:
https://learn.microsoft.com/en-us/microsoft-365/security/defender-endpoint/microsoft-defenderendpoint?view=o365-worldwide

Dodatkowo zgodnie z wspomnianym scenariuszem wycieku danych w przypadku działania użytkownika, niezbędne jest rozwiązanie klasy DLP. Windows Defender nie oferuje natywnie takich usług. W celu uruchomienia mechanizmów DLP na stacji roboczej, niezbędne jest wdrożenie oraz połączenie go z dodatkowo płatnym oprogramowaniem DLP firmy Microsoft, którym jest Microsoft Endpoint DLP - pełen opis w linku poniżej:
https://learn.microsoft.com/en-us/purview/endpoint-dlp-learn-about

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na wymóg z załącznika nr 2 do OPZ, p 2.17.Rozwiązania klasy DLP do ochrony przed wyciekiem danych osobowych wymagają zastosowania konsoli zarządzającej. Zamawiający dookreślił wymagania w tym zakresie w odpowiedziach z dnia 12.04.2023 – odp. nr 57 i 64.

Windows Defender jest klientem antywirusowym na stacji roboczej i nie posiada wbudowanego rozwiązania, które można by rozumieć jako konsolę zarządzającą. W celu uzyskania konsoli zarządzającej dla klientów Windows Defender należy: Funkcjonalność antywirusowa: wdrożyć dodatkowo płatne rozwiązanie Microsoft Endpoint Manager (dawniej Intune) lub Microsoft Configuration Manager (dawniej SCCM) lub Microsoft Defender

for Endpoint. Funkcjonalność DLP: wdrożyć dodatkowo płatne rozwiązanie Microsoft Endpoint DLP.
Mając na względzie powyższe, w ocenie Odwołującego 1, treść oferty wykonawcy Kapsch należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia w odniesieniu do zaoferowanego oprogramowania antywirusowego w zakresie wymagań Zamawiającego co do ochrony przed wyciekiem danych określonych przez Zamawiającego w Załącznik nr 2 do OPZ – Wymagania sprzętu, Oprogramowanie i Teletransmisja danych pkt. 2 Konfiguracja systemu i oprogramowania w PD ppkt. 2.17 oraz wymagań dookreślonych w zakresie zabezpieczeń w odpowiedziach na pytania z dnia 12.04.2023 – odp. nr 56, 59, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 147.

**Zarzut nr 6 Zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (Ewentualny)**

Odwołujący 1 wskazał, że jedynie z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku uznania, że oferta wykonawcy Kapsch nie podlega odrzuceniu, Odwołujący 1 wskazuje, że Zamawiający nie mógł wybrać oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej bez wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnianie warunków, gdyż złożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały tych okoliczności.

**Zarzut 6 a) informacje o niekaralności z rejestru zagranicznego**

Odwołujący 1 wskazał, że wykonawca Kapsch złożył dla p. G. W. i F. G. zaświadczenia o niekaralności z austriackiego rejestru karnego. Nie można tego uznać za prawidłowe z uwagi na to, że w świetle § 4 ust. 1 Rozporządzenia z dn. 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, informacje o niekaralności z rejestrów innych niż polski możliwe są do złożenia jedynie w przypadku, gdy wykonawca ma siedzibę poza granicami Polski, a nigdy o właściwości nie decyduje miejsce zamieszkania członka zarządu, czy prokurenta. Zostało to potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w orzeczeniu z dn. 26 stycznia 2022 r. o sygn. KIO 55/22.
Ponieważ dla wskazanych wyżej osób nie zostały złożone informacje z polskiego rejestru karnego, Zamawiający był zobowiązany do wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

**Zarzut 6 b) złożenie cyfrowego odwzorowania zaświadczenia z ZUS**

Odwołujący 1 wskazał, że wykonawca Kapsch, przynajmniej, jak na to wskazuje udostępnione mu przez Zamawiającego dokumenty złożył jedynie cyfrowe odwzorowanie zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. W świetle § 6 ust. 1 Rozporządzenia z dn. 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument nie jest zatem dopuszczalne przedstawienie samego cyfrowego odwzorowania dokumentu wystawionego
elektronicznie. Z tego względu Zamawiający był zobowiązany do wezwania do uzupełnienia w trybie art. 128 ust.1 ustawy podmiotowego środka dowodowego zaświadczenia z ZUS.

**Zarzut 6 c) – wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi spełnianie warunku w zakresie usługi obejmującej zapewnienie łącza internetowego**

Podane w wykazie usług zamówienie, a także złożone wraz z nim dokumenty nie potwierdzają, ani, że wykonawca Kapsch zrealizował usługę obejmującą zapewnienie łącza internetowego, ani że wykonał ją należycie.
Jeśli przyjąć, że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu i pomimo wcześniejszego wezwania w tym zakresie, wykonawca Kapsch może zostać wezwany w tym samym zakresie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych po raz wtóry, co jest sprzeczne z utrwaloną linią orzeczniczą to Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, z uwagi na to, że złożone dotychczas wykaz usługi i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę.

**Sygn. akt:KIO 2421/23**

W dniu 14 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy GRUPA „LEW" Spółka akcyjna, z siedzibą w Częstochowie (dalej „Odwołujący II") wobec czynności Zamawiającego tj.:

a)czynności wyboru oferty wykonawcy KAPSCH TELEMATIC SERVICES sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa (dalej jako: „Kapsch" lub „KTS") jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

b)zaniechania odrzucenia oferty Kapsch oraz wykluczenia Kapsch z Postępowania;

c)zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, tj. INTEGRATED SOLUTIONS sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ul. Karolkowej 30, 01-211 Warszawa oraz Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce, z siedzibą przy al. Jana Pawła II, 78, 00-175 Warszawa (dalej łącznie jako „Konsorcjum") w Postępowaniu.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kapsch z Postępowania, pomimo tego, że Kapsch nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.4.2. SWZ (dalej jako: „Warunek") - [ZARZUT#1],

2)art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP i art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Kapsch z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia Warunek - [ZARZUT#2], ewentualnie, w przypadku nieuznania zarzutów #1 i #2 za zasadne:

3)art. 128 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie wezwania Kapsch do wyjaśnień w zakresie projektu referencyjnego wskazanego w wykazie usług na potrzeby wykazania spełnienia Warunku, pomimo tego, że na podstawie przedłożonego wykazu usług oraz dokumentów dołączonych do wykazu, Zamawiający dochowując należytej staranności, powinien co najmniej powziąć wątpliwość co do zakresu i charakteru prac wykonanych przez Kapsch, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie stosownych wyjaśnień w tym zakresie - [ZARZUT#3];

4)art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kapsch, pomimo tego, że Kapsch zaoferował cenę, koszt oraz ich istotne części składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu Zamówienia oraz nie złożył stosownych wyjaśnień, w tym dowodów w stosunku do istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny całkowitej oraz jej istotnych elementów składowych, podczas gdy prawidłowe zbadanie i ocena przez Zamawiającego wyjaśnień i dowodów złożonych przez Kapsch w odniesieniu do zaoferowanej ceny i kosztów winno prowadzić do wniosku, że Kapsch nie sprostał wykazaniu, że cena całkowita oraz jej istotne elementy składowe mają charakter rynkowy oraz uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do wykonania Zamówienia, a tym samym, że cena całkowita oraz jej istotne elementy składowe nie są rażąco niskie oraz nie mają charakteru dumpingowego [ZARZUT#4];

5)art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZPpoprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kapsch, pomimo tego, że Kapsch złożył ofertę, która jest niezgodna z warunkami Zamówienia, bowiem nie uwzględnia istotnych elementów Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. przeprowadzenia szkoleń personelu w zakresie usług świadczonych w Punktach Dystrybucji (pkt 2.3 oraz 4.10 OPZ) oraz aktualizacji podręcznika operacyjnego (pkt 3.5. oraz 10 OPZ) - [ZARZUT#5].

6)art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP, art. 74 ust. 1 i 2 PZP, art. 16 pkt 2) PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „UZNK") w zw. z art. 61 Konstytucji RP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum w Postępowaniu, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 28 czerwca 2023 r. w zakresie zastrzeżonym przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo tego, że Konsorcjum nie wykazało skutecznie zaistnienia przesłanek potwierdzających konieczność utrzymania treści przedmiotowych dokumentów w poufności, a prawidłowa analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna skutkować odtajnieniem powyższych dokumentów przez Zamawiającego - [ZARZUT#6].

Odwołujący II wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Kapsch jako najkorzystniejszej; odtajnienie dokumentów złożonych przez Konsorcjum, to jest: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny; dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 28 czerwca 2023 r. w zakresie zastrzeżonym przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa. 3. dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Kapsch oraz wykluczenie Kapsch z Postępowania; ewentualnie: wezwanie Kapsch do wyjaśnień w zakresie projektu referencyjnego wskazanego przez Kapsch w wykazie usług na potrzeby wykazania spełnienia Warunku, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną złożone przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący II wskazał, żeprzedmiotem Zamówienia jest świadczenie usług bezpośredniej obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS)jak wynika z SWZ, jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Z kolei, zgodnie z informacją z dnia 22 maja, kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 120 812 533,56 zł brutto.

W Postępowaniu złożono następujące oferty.

| Nr | Nazwa (firma) i adres Wykonawcy | Nazwa kryterium | Wartość |
|---|---|---|---|
| | | | |

| | | | |
|---|---|---|---|
| **1** | KAPSCH TELEMATIC SERVICES Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa<br>NIP: 5272613469 | Cena | 62 873 526,24 zł |
| **2** | GRUPA LEW S.A., ul. Brzeźnicka 46B, 42-215 Częstochowa<br>NIP: 9491761930 | Cena | 78.498.000,00 zł |
| **3** | Konsorcjum:<br>INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-211 Warszawa<br>NIP: 5252506859<br>Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce<br>Al. Jana Pawła II 78<br>00-175 Warszawa<br>NIP: 5220002110 | Cena | 69 965 424,00 zł |

Odwołujący II wskazał, że po przeprowadzeniu badania i oceny ofert, Zamawiający wybrał ofertę Kapsch, jako najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego II, z analizy udostępnionych dokumentów jednoznacznie wynika, że oferta złożona przez wykonawcę KTS powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP, bowiem z treści wykazu usług, oraz załączonych do niego dokumentów na potwierdzenie należytej realizacji danej usługi, nie wynika, by KTS spełniał Warunek 4polegający na realizacji usługi, w zakres której wchodziło zapewnienie łącza internetowego. Ewentualnie, Zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości co do tej okoliczności i wezwać wykonawcę KTS do złożenia wyjaśnień przedmiotowej kwestii. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego II, mając na względzie treść wyjaśnień RNC złożonych przez KTS, jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia, bowiem w ramach wyjaśnień RNC złożonych przez KTS, wykonawca ten nie uwzględnił istotnych pozycji kosztotwórczych, mających wpływ na cenę oferty. Ponadto, Zamawiający udostępnił Odwołującemu II jedynie wyjaśnienia RNC złożone przez KTS, bezpodstawnie utrzymując, że Konsorcjum skutecznie zastrzegło swoje wyjaśnienia RNC jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tym samym, w ocenie Odwołującego II, Zamawiający naruszył szereg przepisów PZP, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

[Brak spełnienia Warunku przez wykonawcę KTS – ZARZUT#1, ZARZUT#2, ZARZUT#3]

Odwołujący II wskazał, że pismem z dnia 29 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał KTS do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 PZP, w tym do złożenia dowodów poświadczających zdolność techniczną do realizacji Zamówienia w postaci obowiązku wykazania się przez wykonawcę biorącego udział w Postępowaniu jedną usługą (umową), w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 25 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy (pkt 7.1.4.2. SWZ).

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca KTS na potwierdzenie spełnienia Warunku złożył wykaz usług, w którym jako projekt referencyjny wskazał umowę zawartą przez konsorcjum firm: KTS, Kapsch TrafficCom AG oraz Texel sp. z o.o. na „Zaprojektowanie, Dostawę oraz Obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat", wykonywaną na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako: „GDDKiA"). Na potwierdzenie należytej realizacji przedmiotowej umowy, wykonawca KTS przedłożył kopię umowy wraz z obszerną dokumentacją.

Pismem z dnia 18 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał KTS do wyjaśnień w zakresie dowodów określających, czy zamówienie realizowane na rzecz GDDKiA zostało wykonane należycie, wnosząc o wskazanie, pośród których złożonych przez KTS dokumentów znajduje się potwierdzenie należytego wykonania umowy.

Wykonawca KTS udzielił wyjaśnień, zaznaczając, że w związku z nieskutecznym próbami uzyskania referencji od GDDKiA, złożył on dokumenty świadectw, potwierdzające osiągnięcie przez KTS określonych umownie „kamieni milowych", które z kolei wyznaczały kolejne etapy realizacji umowy. Jak podkreślił, „kamienie milowe" dotyczyły również (1)

wdrożenia łączności pomiędzy lokalizacjami Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych, a także (2) wiązały się z uprawnieniem KTS do otrzymywania regularnego wynagrodzenia za świadczenie usługi obejmującej utrzymanie łącz internetowych we wdrożonych lokalizacjach.
W dniu 25 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał KTS do złożenia wykazu usług, wskazując, że w dotychczas złożonych podmiotowych środkach dowodowych oraz wyjaśnieniach wykonawca KTS nie załączył dokumentów jednoznacznie potwierdzających należyte wykonanie usługi dla GDDKiA, bowiem (1) zdaniem Zamawiającego złożone przez KTS dokumenty potwierdzały osiągnięcie „kamieni milowych" polegających na samym rozpoczęciu świadczenia usług, ale nie potwierdzały, iż usługa zapewnienia łącza internetowego była świadczona należycie przez minimalny okres i w minimalnej ilości lokalizacji, (2) jak wynika z umowy, dotyczyła ona „Zaprojektowania, dostawy oraz obsługi Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat", który to tytuł nie wskazuje na spełnienie Warunku.
Wykonawca KTS odpowiedział na wezwanie, podkreślając, że: umowa zawarta z GDDKiA, była umową rezultatu polegającego na wdrożeniu systemu oraz na świadczeniu usług, przy czym rezultat, który KTS zobowiązany był osiągnąć i utrzymać przez okres obowiązywania umowy, stanowiło efektywne, niezakłócone i bezpieczne funkcjonowanie sytemu w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego, funkcjonowanie systemu zostało oparte na rozproszonej infrastrukturze przydrożnej (bramownicach), na której zamontowane były urządzenia peryferyjne. Informacje gromadzone przez urządzenia na bramownicach były przekazywane do systemu centralnego za pośrednictwem komunikacji internetowej, w związku z tym KTS był zobowiązany do dostarczania i utrzymania łącza internetowego w szczególności do każdej z bramownic, odpowiedzialność KTS za wszelkie łącza komunikacyjne powiązane z infrastrukturą przydrożną, w zakres czego wchodziło nabycie praw do usług oraz regulowanie opłat względem zewnętrznych dostawców usług komunikacyjnych, potwierdzają postanowienia załącznika nr 2 do umowy zawartej z GDDKiA,
po wdrożeniu i odebraniu systemu, KTS przystąpił do świadczenia usług obejmujących w szczególności usługi ESP, co obejmowało m.in. zapewnienie łączności internetowej między bramownicami, mobilnymi jednostkami kontrolnymi (MJK) oraz miejscami obsługi klienta (MOK) a systemem centralnym, na potwierdzenie czego przedłożył on Zamawiającemu kopie umów podwykonawczych o świadczenie usług telekomunikacyjnych wraz z fakturami, w związku z tym, bez ciągłego dostarczania łącza internetowego do wszystkich bramownic, MJK i MOK nie byłoby możliwe osiągnięcie rezultatu określonego w umowie zawartej z GDDKiA, polegającego na zapewnieniu możliwości naliczania opłaty elektronicznej, a w konsekwencji jej poboru oraz kontroli jej uiszczenia przez zamawiającego.
Odwołujący II wskazał, że mimo wątpliwości powziętych na etapie weryfikacji podmiotowych środków dowodowych przez Zamawiającego co do rzeczowości złożonych przez KTS dowodów, na potwierdzenie dysponowania doświadczeniem określonym w Warunku, Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy KTS za wyczerpujące, a przedstawioną w ich toku dokumentację – za kompletną, oraz dokonał wyboru oferty złożonej przez KTS jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, co, zdaniem Odwołującego II, w świetle dowodów przedłożonych przez KTS było nieuzasadnione.
Odwołujący II wskazał, że KTS – mimo faktu, że w korespondencji prowadzonej z Zamawiającym, posługiwał się terminem „Wykonawca", co sugerowało jakoby samodzielnie wykonywał zamówienie (vide: wyjaśnienia KTS z dnia 21 lipca 2023 roku ) – realizował umowę na rzecz GDDKiA w konsorcjum, wraz z dwoma innymi wykonawcami.
Odwołujący II podkreślił, że w korespondencji z Zamawiającym, KTS w żaden sposób nie wykazał, w jakim zakresie realizował przedmiotową umowę, czy zakres ten w ogóle obejmował usługę zapewniania łącza internetowego, ani nie dołączył do swoich wyjaśnień umowy konsorcjum, która mogłaby dowodzić należytego wykonania tejże usługi przez KTS.
W ocenie Odwołującego II, dla rzeczywistego potwierdzenia spełnienia Warunku przez KTS, niezbędne jest zweryfikowanie, który z konsorcjantów odpowiedzialny był za realizację umowy na rzecz GDDKiA w zakresie zapewnienia łączności internetowej między bramownicami, MJK oraz MOK a systemem centralnym, czego Zamawiający nie mógł wówczas dokonać z uwagi na brak kompletu dowodów, dokumentujących podział zadań między konsorcjantami. Należy bowiem przypomnieć, że na etapie weryfikacji podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę KTS, Zamawiający dysponował głównie świadectwami wykonania kolejnych „kamieni milowych", kopiami umów podwykonawczych z dostawcami usług telekomunikacyjnych, raportami miesięcznymi i raportami wynagrodzenia.
Odwołujący II wskazał, że powyższa kwestia jest szczególnie istotna z perspektywy orzecznictwa unijnego i krajowego. Zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), nie jest dopuszczalne, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na wiedzy i doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Tym samym, powoływanie się przez KTS na doświadczenie w wykonywaniu usługi polegającej na zapewnieniu łącza internetowego, uzyskane przez konsorcjum w ramach realizacji umowy zawartej z GDDKiA, wymaga wykazania przez KTS, że w sposób rzeczywisty wykonawca ten odpowiadał za wykonanie przedmiotowej usługi, na potwierdzenie czego powinien on złożyć np. umowę konsorcjum, z której jednoznacznie wynikałby zakres prac wszystkich konsorcjantów. Na marginesie należy zaznaczyć, że sam fakt ewentualnego figurowania danego wykonawcy na umowie podwykonawczej nie musi oznaczać, że wykonawca ten był odpowiedzialny za dany zakres prac. Wykonawca może

bowiem występować na takiej umowie wyłącznie jako lider (pełnomocnik) konsorcjum.
Odwołujący II zaznaczył, że na tle wyżej wskazanego wyroku TSUE wykształciła się ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, jak wskazane zostało w wyroku KIO z dnia 27 września 2021 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2474/21, KIO 2501/21, „(…) w przypadku oceny doświadczenia zdobytego w ramach grupy wykonawców lub pełnienia roli podwykonawcy należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych wykonawców realizujących zadanie. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum lub podwykonawca, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia”.
Odwołujący II wskazał, że niemniej, nawet przy założeniu, że wykonawca KTS dysponuje dokumentacją, potwierdzającą przypisanie mu w umowie konsorcjum zadania polegającego na zapewnieniu łącza internetowego (co nie zostało wykazane przez Kapsch), należałoby również zbadać, czy KTS zrealizował te zadania samodzielnie, czy przy wykorzystaniu podwykonawców. Innymi słowy, nawet gdyby Kapsch wykazał, że był odpowiedzialny za zapewnienie łącza internetowego, wymagałoby ustalenia, czy nabył realne doświadczenie w tym zakresie, czy też posłużył się podwykonawcą. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „(…) okoliczność że sporne zamówienie zostało zrealizowane przez podwykonawcę nie oznacza braku nabycia doświadczenia przez Wykonawcę. Jednakże podkreślenia wymaga, że w takich okolicznościach Wykonawca, nabywa doświadczenia jedynie w zakresie który realnie wykonywał. Podkreślenia wymaga, że sam fakt pełnienia funkcji podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie umowy nie przesądza automatycznie o nabyciu całościowego, kompleksowego doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia” (wyrok KIO z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 126/20).Odwołujący II powołał się również na wyrok z dnia z dnia 6 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1712/21.
W ocenie Odwołującego II, mając na względzie powyższe, należy wskazać, że w toku weryfikacji podmiotowej wykonawcy KTS, Zamawiający nie dysponował dokumentami, które mogłyby potwierdzić odpowiedzialność KTS za zapewnienie łączności internetowej w umowie realizowanej na rzecz GDDKiA i wynikające z niej realne doświadczenie. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, które by udokumentowały rzeczywisty udział KTS w realizacji usługi zapewnienia łącza, pozwalając na przypisanie mu niezbędnego doświadczenia. Ponadto, na wiarygodność wyjaśnień wykonawcy KTS w zakresie nabytego doświadczenia negatywnie wpływa nieprzedłożenie przez niego referencji z zamówienia realizowanego na rzecz GDDKiA, które być może wyeliminowałyby wątpliwości dotyczące zakresu wykonanej umowy. Jak wskazywał KTS, dokumentacja dotycząca umowy złożona została w związku z brakiem możliwości przekazania Zamawiającemu referencji od GDDKiA, przy czym KTS nie przedstawił dowodów potwierdzających próby pozyskania przedmiotowych referencji. Jednocześnie, podkreślenia wymaga, że jak wynika z dokumentów złożonych przez KTS w Postępowaniu, nie zamierza on korzystać z zasobów podmiotu trzeciego przy realizacji Zamówienia. Tym samym, powołuje się wyłącznie na doświadczenie nabyte w toku realizacji umowy na rzecz GDDKiA, co do którego brak jest przesłanek, by jednoznacznie stwierdzić, że rzeczywiście je nabył.
Zdaniem Odwołującego II, w tym stanie rzeczy Zamawiający powinien był odrzucić ofertę KTS bądź, ewentualnie, wyjaśnić przedmiotowe niejasności. Zamawiający jednak tego nie uczynił, co w ocenie Odwołującego doprowadziło do naruszenia przepisów PZP. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego II, powyższe działanie Kapsch realizuje przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP i art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP, bowiem Kapsch w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia Warunek. Ewentualnie, jeżeli powyższe zarzuty zostaną uznane za przedwczesne, Odwołujący II wskazał, że Kapsch powinien zostać wezwany do wyjaśnień w zakresie projektu referencyjnego wskazanego w wykazie usług na potrzeby wykazania spełnienia Warunku. Zamawiający dochowując należytej staranności, powinien co najmniej powziąć wątpliwość co do zakresu i charakteru prac wykonanych przez Kapsch w ramach konsorcjum, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie stosownych wyjaśnień w tym zakresie.
Brak uwzględnienia przez KTS pozycji kosztowych w ramach wyjaśnień RNC – ZARZUT#4, ZARZUT#5]
Odwołujący II wskazał, że w toku badania i oceny ofert, pismem z dnia 24 maja 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 PZP wezwał wykonawcę KTS do wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta złożona przez niego w Postępowaniu zawiera rażąco niską cenę (dalej jako: „RNC”), tj. wezwał go do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia:

- ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 Punkcie Dystrybucji (cena, o której mowa w §7 ust. 7.3.

projektowanych postanowień umownych) (dalej jako: „PPU") oraz

- ceny brutto za miesiąc świadczenia usług za 1 dodatkowe kompletne stanowisko (cena, o której mowa w §7 ust. 7.3a PPU).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, KTS sporządził zestawienie pozycji kosztowych, dotyczących realizacji Zamówienia, w których ujął następujące pozycje:

- dostawę i konfigurację sprzętu do punktu dystrybucji (dalej jako: „PD") i dodatkowych stanowisk oraz połączenie VPN,
- sprzęt zapasowy,
- utrzymanie sprzętu w PD i na dodatkowych stanowiskach,
- dostarczenie łączności oraz utrzymanie łączności w PD,
- obsługę klienta w PD,
- materiały eksploatacyjne, marketingowe, magazyn oraz przesyłki kurierskie,
- koszty serwerów, systemu do monitoringu, systemu do raportowania oraz
- systemu security,
- koszty pracy KTS, tj. wdrożenie oraz operacje, w tym obsługa 1 linii wsparcia, przedstawiciele regionalni, obsługa techniczna, obsługa kontraktu, auta, koszty podróży służbowych,
- koszty ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- ryzyka wdrożenia, ryzyka zmiany cen w trakcie wdrożenia, marżę.

Odwołujący II wskazał, że powyższe pozycje kosztowe zostały rozwinięte w dalszej części wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę KTS, przy czym zdaniem Odwołującego II z ich treści nie wynika, aby KTS ujął wszystkie elementy składające się na przedmiot Zamówienia. Odwołujący II wskazał, że zarówno w tabeli stanowiącej zestawienie kosztów (pkt 1.6 wyjaśnień RNC), jak i rozwinięciu przedmiotowych kosztów w dalszej części wyjaśnień, nie zostały wskazane następujące pozycje, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ"): przeprowadzenie szkoleń personelu w zakresie usług świadczonych w Punktach Dystrybucji (pkt 2.3 i 4.10 OPZ) oraz aktualizacja podręcznika operacyjnego (pkt 3.5. i 10 OPZ).

Odwołujący II podkreślił, że na całokształt elementów kosztotwórczych zawartych w OPZ składa się zaledwie kilkanaście pozycji kosztowych. W związku z tym zaniechanie wskazania aż dwóch z nich przez wykonawcę KTS, bez wątpienia wpływa na cenę oferty, oszacowaną przez tego wykonawcę. Należy mieć przy tym na uwadze, że KTS, jako podmiot profesjonalny oraz długo funkcjonujący na rynku zamówień publicznych, powinien sporządzić kalkulację z należytą starannością, w sposób klarowny i transparentny. Jednocześnie, należy wskazać, że w toku uzupełniania wyjaśnień RNC, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2023 roku, wykonawca KTS nie uzupełnił swoich wyjaśnień o wskazanie wydatków związanych z brakującymi pozycjami kosztowymi.

Co istotne, cena ofertowa Kapsch jest niższa od kwoty, którą Zamawiający planował przeznaczyć na realizację Zamówienia, o około 48%. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego II, wykonawca KTS nie dokonał wyjaśnienia kwestii RNC, wynikającej z jego oferty, w sposób kompleksowy i skuteczny. Mając to na względzie, Zamawiający powinien odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, jako zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia.

[Brak odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa – ZARZUT#6]

Odwołujący II wskazał, że w toku badania i oceny ofert, pismami z dnia 24 maja 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawców KTS, Grupę Lew oraz Konsorcjum do wyjaśnień RNC. Odwołujący II nie zastrzegł wyjaśnień RNC i załączonych do nich dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Na dokonanie takiego zastrzeżenia zdecydowali się pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie Zamówienia, tj. KTS oraz Konsorcjum. Jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę KTS: zastrzeżone informacje zawierają przedstawienie modelu wyceny przedmiotu Zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów jego realizacji, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny, co ma znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej KTS, gdyż ujawniają konkretne dane liczbowe oraz elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania, ujawnienie zastrzeżonych informacji naruszy interes KTS związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, bowiem wiedza co do okoliczności właściwych konkurentom ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny, ujawnienie know-how KTS nie tylko zniweczy jego przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez KTS, ale umożliwi również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty KTS w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym może prowadzić do redukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez KTS w innych postępowaniach, co wpłynie istotnie na szanse uzyskania przez KTS zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena.

Z kolei, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum, wykonawca ten wskazywał w szczególności, że: w zakresie zastrzeżonych porozumień, umów przedwstępnych i ofert od partnerów przez Konsorcjum

w związku i na potrzeby wykonania Zamówienia – stanowią one czynniki wpływające na pozycję konkurencyjną Konsorcjum, bowiem zawierają informacje organizacyjne, techniczne, handlowe, które posiadają wartość gospodarczą, przejawiającą się w wynegocjowanych warunkach współpracy z partnerami, które pozwalają Konsorcjum nie tylko na złożenie konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, ale także poszerzenie możliwości biznesowych w zakresie pozostałej prowadzonej działalności, informacje od partnerów zostały udostępnione z zastrzeżeniem zachowania tajemnicy tych informacji, bowiem Konsorcjum zawarło z każdym z partnerów porozumienie o poufności, z którego dla Konsorcjum i dla jego partnerów wynikają obowiązki dotyczące zabezpieczenia dostępu do informacji poufnych i ograniczenia w udostępnianiu informacji poufnych, informacje dotyczące kosztów zakupu urządzeń i oprogramowania niezbędnych dla realizacji Zamówienia mają znaczenie dla pozycji rynkowej Konsorcjum z uwagi na to, że pozyskanie ich przez innych uczestników rynku pozwoliłoby ocenić, jakiej wysokości koszty ponosi Konsorcjum przy kalkulacji tego zakresu ofert. Wiedza ta pozwoliłaby konkurentom nie tylko na odpowiednie dostosowanie swoich ofert cenowych do tego poziomu w innych postępowaniach, ale mogliby oni również dążyć do tego, aby pozyskać analogiczne warunki cenowe od dostawców sprzętu i oprogramowania, co z kolei doprowadzi do utraty, a przynajmniej zmniejszenia, przewagi konkurencyjnej, w zakresie kalkulacji kosztów oraz informacji o kwotach i wartościach liczbowych zawartych w przedłożonych przez Konsorcjum tabelach – sposób kalkulacji kosztów ma wartość gospodarczą związaną nie tylko z Postępowaniem, ale również z polityką kalkulacji kosztów przez Konsorcjum, jaka odnosi się do inny ofert, w związku z czym ujawnienie sposobu kalkulacji kosztów mogłoby doprowadzić do wielomilionowej straty spowodowanej utratą przyszłych potencjalnych umów sprzedażowych, ujawnienie sporządzonych przez Konsorcjum tabel i ich zawartości, założeń przyjętych do kalkulacji kosztów, szacowanych ilości przedstawionych w wartościach liczbowych da wgląd w cały proces przygotowywania przez Konsorcjum ofert w tego rodzaju postępowaniach, wszystkich uwzględnianych kosztów i ich wielkości przy wynikającym z jawnych dokumentów zakresie świadczenia wykonawcy, w zakresie informacji dotyczących rozwiązania przyjętego przez Konsorcjum dla wykonania Zamówienia, w tym nazwy własne produktów, urządzeń, rozwiązań informatycznych – ujawnienie treści ofert będących załącznikami do wyjaśnień ceny pozwoliłoby innym wykonawcom, na zapoznanie się z wybranymi przez Konsorcjum rozwiązaniami technicznym, które pozwalają na wykonanie Zamówienia w sposób pozwalający zaoferować korzystną cenę. Oferty dostawców i wyjaśnienia zawierają tym samym nie tylko informacje o dostępnych dla Konsorcjum cenach, ale też o tym, w jaki sposób Konsorcjum realizuje tego rodzaju zamówienia. Na podstawie informacji zawartych w ofertach inni wykonawcy mogą pozyskać know-how Konsorcjum co do sposobu świadczenia tego rodzaju usług i wykorzystać to w przyszłych zamówieniach, co doprowadzi do utraty przewagi konkurencyjnej wypracowanej przez Konsorcjum oraz do nieuprawnionej przewagi konkurencyjnej po stronie innych podmiotów działających na rynku.

Odwołujący II wskazał, że pismem z dnia 21 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował KTS o odtajnieniu treści wyjaśnień RNC, ale nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego Konsorcjum.W ocenie Odwołującego II, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu Zamówienia i elementy kosztotwórcze wynikające z jego realizacji, nie istniały podstawy do utrzymania przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego przez Konsorcjum. Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez KTS i Konsorcjum były niemal tożsame, jednak Zamawiający w sposób bezpodstawny różnicuje sytuacje obu wykonawców, utrzymując wyjaśnienia Konsorcjum w tajemnicy.

Zdaniem Odwołującego II, charakter Zamówienia nie wymaga złożonych kalkulacji cenowych, warunkujących konieczność dokonywania skomplikowanych szacunków z uwzględnieniem innowacyjnej metodologii. Ponadto, jak wynika z wyroku KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 808/23: „tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny, w tym stawki oferowane specjalistom. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny”.

Odwołujący II wskazał, że pogląd o niemożności ujawnienia informacji wyłącznie z uwagi na zawarcie przez wykonawcę porozumień o poufności z partnerami handlowymi nie znajduje potwierdzenia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 783/23, „sam fakt zawarcia umowy o zachowanie w poufności informacji przekazywanych pomiędzy stronami nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania, iż konkretna informacja nieujawniona w postępowaniu przetargowym ma obiektywną wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza informacji nie może być utożsamiana z jej poufnym charakterem wykreowanym przez samego wykonawcę”. Konsorcjum natomiast w żaden sposób nie wykazało rzeczonej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Odwołujący II wskazał, że za jedną z głównych zasad zamówień publicznych uznaje się zasadę jawności postępowania. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość, że dla celów transparentności postępowania przetargowego, złożone przez nich dokumenty mogą zostać ujawnione, a brak ujawnienia dotyczy wyłącznie szczególnych przypadków związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy oraz konkretnych informacji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK oraz ugruntowaną linią orzeczniczą KIO i sądów administracyjnych,

w celu zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest łączne spełnienie dwóch przesłanek: materialnej i formalnej. Przesłanka materialna polega na dysponowaniu przez przedsiębiorcę informacjami przedsiębiorstwa (m.in. technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi) posiadającymi wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Z kolei o zaistnieniu przesłanki formalnej świadczy wola utajnienia danych informacji, przejawiająca się czynnościami, które przedsiębiorca przedsięwziął, by zapewnić poufność określonych danych. Jednocześnie, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zmawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli)" - tak w wyroki KIO 623/23.Ponadto, jak wskazane zostało w wyroku KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 808/23: „wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość reguł, jakimi rządzą się tego rodzaju postępowania, w tym zasady jawności. Składając ofertę w takim postępowaniu wykonawca musi liczyć się z tym, że jego oferta, zawarta umowa, a także inne informacje podane w toku postępowania zostaną ujawnione. Wyjątki od tej zasady powinny być nieliczne i rzetelnie wykazane".

Odwołujący II podkreślił, że Zamawiający, utrzymując zastrzeżenie wyjaśnień RNC złożonych przez Konsorcjum, działał wbrew aktualnie obowiązującemu orzecznictwu Krajowej Izby Odwoławczej, ukształtowanemu na podstawie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ogłoszonego 17 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. C-54/21 w odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą. W przywołanym wyżej wyroku TSUE rygorystycznie odniosło się do kwestii zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, podkreślając zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne. Co ważne, w przedmiotowym wyroku podniesiono, że praktyka polegająca na uwzględnianiu przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia co do wszystkich informacji, których ujawnienia konkurującym z nim oferentom taki wykonawca sobie nie życzy, może naruszać nie tylko równowagę między zasadą przejrzystości a ochroną poufności, ale także wymogi skutecznej ochrony sądowej, jak również ogólną zasadę dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Tym samym, zaznaczono, że „instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie". Odwołujący II powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt KIO 679/23.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego II wyjaśnienia RNC zastrzeżone przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zawierają informacji, które mogą zagrozić pozycji konkurencyjnej tego wykonawcy i które spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, a w konsekwencji – wymagają zastrzeżenia. Należy podkreślić, że zaniechanie udostępnienia dokumentów, które nie spełniają przesłanek umożliwiających ich skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający wobec jednego z wykonawców odstępuje od stosowania przepisów PZP. W obecnym stanie rzeczy, wyjaśnienia RNC dwóch wykonawców są całkowicie jawne, natomiast wyjaśnienia trzeciego wykonawcy zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, co w sposób oczywisty stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie Usług bezpośredniej obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS)".

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 17 lutego 2023 roku poprzez przekazanie ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 22 lutego 2023 roku pod numerem 2023/S 038-111184. Ww. ogłoszenie było siedmiokrotnie modyfikowane:

1. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia/sprostowaniu ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 28.02.2023 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 045-128908 z dnia 03.03.2023 r.
2. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia/sprostowaniu ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 15.03.2023 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 056-166320 z dnia 20.03.2023 r
3. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia/sprostowaniu ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej

w dniu 05.04.2023 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 070-208202 z dnia 07.04.2023 r

4.ogłoszenie o zmianie ogłoszenia/sprostowaniu ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 07.04.2023 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S

5.072-220484 z dnia 12.04.2023 r

6.ogłoszenie o zmianie ogłoszenia/sprostowaniu ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 18.04.2023 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 079-235592 z dnia 21.04.2023

7.ogłoszenie o zmianie ogłoszenia/sprostowaniu ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 27.04.2023 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 085-262820 z dnia 02.05.2023

8.ogłoszenie o zmianie ogłoszenia/sprostowaniu ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 05.05.2023 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 090-277214 z dnia 10.05.2023

Izba ustaliła, ze pierwotnie wartość zamówienia wynosiła 26 832 879,60 euro, jednak wskutek zmiany SWZ z 12 kwietnia 2023 r. spowodowanej rezygnacją przez Zamawiającego z prawa opcji, jego wartość ograniczono do 22 832 879,60 euro.

Izba ustaliła, że zgodnie z ust. 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ"), przedmiot zamówienia obejmuje dwa etapy. Etap 1 polega na przygotowaniu i wdrożeniu do świadczenia usług. Zgodnie z ust. 2 pkt 2.1 OPZ, w ramach Etapu 1 Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia do akceptacji Zamawiającemu propozycji lokalizacji PD. Izba ustaliła, że w § 3 wzoru umowy, zgodnie z którym w terminie 7 dni od dnia wejścia w życie Umowy, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu listę Punktów Dystrybucji, zawierającą propozycje lokalizacji dla każdego PD.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, m.in. dot. zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wskazał, że Wykonawca spełni warunki, gdy wykaże się wykonaniem, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej:

7.1.4.1. jednej usługi (umowy) polegającej na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta, w co najmniej 50 punktach obsługi, każda pod innym adresem, o wartości łącznej nie mniejszej niż 20 000 000 zł brutto (słownie: dwadzieścia milionów złotych),

7.1.4.2. jednej usługi (umowy)1 w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 50 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy.

Przy czym w przypadku określonym w pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno – doświadczenie wykonawców się nie sumuje, przy czym Zamawiający dopuszcza wykazanie się tą samą umową na potwierdzenie warunków określonych w pkt 7.1.4.1. i pkt 7.1.4.2.

Izba ustaliła, że w dniu 17 marca 2023 r. Zamawiający dokonał zmian w SWZ i nada następujące brzmienie w/w postanowieniom:

Wykonawca spełni warunki, gdy wykaże się wykonaniem, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej:

7.1.4.1. jednej usługi (umowy) 1 polegającej na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta, w co najmniej 25 punktach obsługi, każdy pod innym adresem, o wartości łącznej nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych),

7.1.4.2. jednej usługi (umowy) w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 25 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy.

Przy czym w przypadku określonym w pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno – doświadczenie wykonawców nie sumuje się w zakresie pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Przy czym Zamawiający dopuszcza wykazanie się tą samą umową na potwierdzenie warunków określonych w pkt 7.1.4.1. i pkt 7.1.4.2.

W celu uniknięcia wątpliwości usługa oznacza umowę.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII SWZ, Zamawiający również wskazał:

7.8.Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

7.9.Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt 7.8. potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

7.9.1.zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

7.9.2. sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

7.9.3. czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu

do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VIII SWZ, Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający będzie żądać na wezwanie podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczeń, o których mowa w pkt 8.1.

8.12. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający będzie żądać na wezwanie podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

8.13. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający będzie żądać na wezwanie podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – wzór Załącznik B do SWZ.

8.14. Okresy wyrażone w miesiącach lub latach, o których mowa w pkt 8.13., liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

8.15. Jeżeli Wykonawca powołuje sią na doświadczenie w realizacji usług, wykaz, o którym mowa w pkt 8.13. dotyczy usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

8.17. W zakresie nieuregulowanym powyżej, w tym w szczególności formę oświadczeń i dokumentów oraz zasady składania oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, określają przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020, poz. 2415).

Izba ustaliła, że w Rozdziale XV Zamawiający opis zasady obliczenia ceny. Zamawiający wskazał m.in.

15.1. Cena całkowita oferty brutto, o której mowa w pkt 15.2. musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności stawki opłaty transakcyjnej, opłaty i podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy.

15.2. Cenę całkowitą oferty brutto (dla zamówienia podstawowego i zamówienia w prawie opcji) należy obliczyć jako sumę nw. składowych:

15.2.1. Iloczynu ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 PD (cena, o której mowa w §7 ust. 7.3. PPU)*36 miesięcy*100 Punktów Dystrybucji - dla zamówienia podstawowego;

15.2.2. Iloczynu ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 PD (cena, o której mowa w §7 ust. 7.3. PPU)*30 miesięcy *30 Punktów Dystrybucji - dla zamówienia w prawie opcji.

Izba ustaliła, że Załącznik nr B do SWZ stanowił Wykaz usług. Zamawiający zamieścił w Wykazie m.in. następujące informacje:

W przypadku umów nadal realizowanych (dotyczy wyłącznie świadczeń powtarzających się lub ciągłych) Wykonawca uwzględnia ich wartość tylko w zakresie już zrealizowanym. Jeżeli umowa obejmowała/obejmuje zakres szerszy niż wymagany przez Zamawiającego, Wykonawca uwzględnia tylko wartość brutto dla usługi wskazanej w warunku.

Z wypełnionego przez Wykonawcę powyższego załącznika musi wyraźnie i jednoznacznie wynikać spełnianie warunku, określonego w treści Rozdz. 7.1.4 SWZ.

Do wykazu należy dołączyć dowody (np. referencje) określające, czy usługi wymienione w ww.
wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożono następujące oferty.

| Nr | Nazwa (firma) i adres Wykonawcy | Nazwa kryterium | Wartość |
|---|---|---|---|
| | | | |

| | | | |
|---|---|---|---|
| **1** | KAPSCH TELEMATIC SERVICES Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa | Cena | 62 873 526,24 zł |
| **2** | GRUPA LEW S.A., ul. Brzeźnicka 46B, 42-215 Częstochowa | Cena | 78.498.000,00 zł |
| **3** | Konsorcjum:<br>INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-211 Warszawa<br>Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce | Cena | 69 965 424,00 zł |

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Kapsch do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia dowodów poświadczających zdolność techniczną do realizacji zamówienia w postaci obowiązku wykazania się przez wykonawcę biorącego udział w Postępowaniu jedną usługą (umową), w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 25 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy (pkt 7.1.4.2. SWZ).

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Kapsch na potwierdzenie spełnienia Warunku złożył wykaz usług. Izba ustaliła, że wykonawca Kaspch w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.2 SWZ powołał się na umowę na zaprojektowanie, dostawę i obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłaty Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych zawartą ze Skarbem Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (dalej „Umowa Referencyjna", „GDDKiA"). Izba ustaliła, że Umowa Referencyjna została zawarta w dniu 2 listopada 2010 r. i obowiązywała do dnia 2 listopada 2018 r. Izba ustaliła, że stroną Umowy Referencyjnej było konsorcjum wykonawców: Kapsch Traffic Com AG, Kapsch Telematic Services sp. z o.o., Texel sp. z o.o.

Izba ustaliła, że w zakresie transmisji w/w konsorcjum angażowało podwykonawców, m.in. Orange Polska S.A., Polkomtel Sp. z o.o. i IT Partners Telco Sp. z o.o.). Okoliczność tą Izba ustaliła na podstawie złożonych umów:

- umowa podwykonawcza nr ITPart1v1c/PV/MB zawarta w dniu 03.01.2011 r. pomiędzy wykonawcą Kapsch, a IT Partners Telco Sp. z o.o. na dostawę sieci satelitarnej dla Infrastruktury przydrożnej oraz MOK;
- umowa podwykonawcza nr TPSA1a1p/PV/MB/GW zawarta w dniu 25.01.2011 r. pomiędzy wykonawcę Kapsch a Orange Polska S.A. (poprzednio Telekomunikacja Polska S.A.) na dostawę sieci WAN dla MOK;
- umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych nr 860370987727 zawarta w dniu 04.05.2017 pomiędzy wykonawcą Kapsch a Orange Polska S.A. na dostawę transmisji danych do lokalizacji Systemu;
- umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych nr 860370993230 zawarta w dniu 09.05.2017 pomiędzy wykonawcą Kapsch, a Orange Polska S.A. na dostawę transmisji danych do lokalizacji Systemu;
- umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych nr 17A0010480 zawarta w dniu 16.05.2017 pomiędzy wykonawcą Kapsch, a Polkomtel sp. z o.o. na dostawę transmisji danych do lokalizacji Systemu;
- umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych nr 17A0010482 zawarta w dniu 16.05.2017 pomiędzy wykonawcą Kapsch, a Polkomtel sp. z o.o. na dostawę transmisji danych do lokalizacji Systemu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 18 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Kapsch do wyjaśnień w zakresie dowodów określających, czy zamówienie realizowane na rzecz GDDKiA zostało wykonane należycie. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do wskazania, pośród których złożonych przez wykonawcę Kapsch dokumentów znajduje się potwierdzenie należytego wykonania Umowy Referencyjnej.

Izba ustaliła, że wykonawca Kapsch udzielił wyjaśnień pismem z dnia 21 lipca 2023 r. Wykonawca Kapsch wskazał, że w związku z nieskutecznym próbami uzyskania referencji od GDDKiA, złożył on dokumenty świadectw, potwierdzające osiągnięcie przez wykonawcę Kapsch określonych umownie „kamieni milowych", które z kolei wyznaczały kolejne etapy realizacji umowy. Wykonawca Kapsch wskazał w wyjaśnieniach „kamienie milowe" dotyczyły również (1) wdrożenia łączności pomiędzy lokalizacjami Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych, a także (2) wiązały się z uprawnieniem wykonawcy Kapsch do otrzymywania regularnego wynagrodzenia za świadczenie usługi obejmującej utrzymanie łącz internetowych we wdrożonych lokalizacjach.

Izba ustaliła, że w dniu 25 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Kaspch do złożenia wykazu usług, wskazując, że w dotychczas złożonych podmiotowych środkach dowodowych oraz wyjaśnieniach wykonawca Kaspch nie załączył dokumentów jednoznacznie potwierdzających należyte wykonanie usługi dla GDDKiA. W piśmie Zamawiający wskazał, że „Nie załączono dokumentów jednoznacznie potwierdzających należyte wykonanie usługi wykazanej w pozycji 2. Wykazu usług z dnia 7 lipca 2023 r. Dokumenty przedstawione przez Wykonawcę potwierdzają osiągnięcie kamieni milowych polegających na samym rozpoczęciu świadczenia usług przewidzianych w umowie z dnia 2 listopada 2010 roku, ale nie

potwierdzają, iż usługa zapewnienia łącza internetowego była świadczona należycie przez minimalny okres i w minimalnej ilości lokalizacji wymaganej w SWZ. Ponadto, w treści wyjaśnień z dnia 21 lipca 2023 r. wskazano, że usługa dotyczyła: „zaprojektowania, dostawy oraz obsługi Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat", a który to tytuł nie wskazuje spełniania warunku udziału postępowania polegającego na wykonaniu usługi w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego." Ponadto Zamawiający stwierdził, że „Świadectwa wystawione przez zamawiającego – GDDKiA, które zdaniem Wykonawcy wyrażonym w piśmie z 21 lipca 2023 r. potwierdzają należyte wykonanie umowy nie zostały wystawione w okresie referencyjnym, tj. w ciągu 5 lat przed terminem składania ofert wyznaczonym na 22 maja 2023 r."

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. wykonawca Kaspch wskazał, że: umowa zawarta z GDDKiA, była umową rezultatu polegającego na wdrożeniu systemu oraz na świadczeniu usług, przy czym rezultat, który wykonawca Kaspch był zobowiązany był osiągnąć i utrzymać przez okres obowiązywania umowy, stanowiło efektywne, niezakłócone i bezpieczne funkcjonowanie sytemu w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego, funkcjonowanie systemu zostało oparte na rozproszonej infrastrukturze przydrożnej (bramownicach), na której zamontowane były urządzenia peryferyjne. Informacje gromadzone przez urządzenia na bramownicach były przekazywane do systemu centralnego za pośrednictwem komunikacji internetowej, w związku z tym KTS był zobowiązany do dostarczania i utrzymania łącza internetowego w szczególności do każdej z bramownic, odpowiedzialność KTS za wszelkie łącza komunikacyjne powiązane z infrastrukturą przydrożną, w zakres czego wchodziło nabycie praw do usług oraz regulowanie opłat względem zewnętrznych dostawców usług komunikacyjnych, potwierdzają postanowienia załącznika nr 2 do umowy zawartej z GDDKiA, po wdrożeniu i odebraniu systemu, KTS przystąpił do świadczenia usług obejmujących w szczególności usługi ESP, co obejmowało m.in. zapewnienie łączności internetowej między bramownicami, mobilnymi jednostkami kontrolnymi (MJK) oraz miejscami obsługi klienta (MOK) a systemem centralnym, na potwierdzenie czego przedłożył on Zamawiającemu kopie umów podwykonawczych o świadczenie usług telekomunikacyjnych wraz z fakturami, w związku z tym, bez ciągłego dostarczania łącza internetowego do wszystkich bramownic, MJK i MOK nie byłoby możliwe osiągnięcie rezultatu określonego w umowie zawartej z GDDKiA, polegającego na zapewnieniu możliwości naliczania opłaty elektronicznej, a w konsekwencji jej poboru oraz kontroli jej uiszczenia przez zamawiającego.

Izba ustaliła również, że wykonawca Kapsch złożył wraz w wyjaśnieniami raporty miesięczne za okres od maja 2017 r. do listopada 2018 r. wraz z kopiami dokumentów potwierdzających akceptację tych raportów przez zamawiającego - tj. za okres wynoszący 12 miesięcy, zawierające uzyskane przez wykonawcę wyniki Poziomu Usług (ang. Key Performance Result -„KPR") w danym okresie raportowania oraz wartości Wskaźników Poziomu Usług (ang. Key Performance Indicators -„KPI") wyznaczonych w Tabeli 1 „Wymagania Poziomu Usług (KPR) i ich wartości docelowe" Części 4 Monitorowanie Poziomu Usług Załącznika nr 11 do Umowy.

Izba ustaliła, że wszystkie pisma Zamawiającego akceptujące Raporty wynagrodzenia w końcowej części (ostatnie tiret na stronie 2) posiadają adnotację o następującej treści: „Dodatkowo informuję, iż Zamawiający zastrzega zgodnie z zapisami Załącznika 10 do Umowy, Załącznik A, pkt 1, ppkt. a), że w okresie 12 miesięcy od doręczenia Zamawiającemu Raportu Wynagrodzenia Wykonawcy, Zamawiający ma prawo zgłosić zastrzeżenie do Raportu Wynagrodzenia Wykonawcy i zażądać dodatkowych informacji dotyczących wszelkich informacji i danych, na podstawie, których Wykonawca wyliczył łączne wynagrodzenie regularne za danych okres rozliczeniowy. Jeżeli, na podstawie dodatkowych informacji Wykonawcy okaże się, że wysokość wynagrodzenia przysługującego Wykonawczy jest niższa niż pierwotnie wskazana w raporcie za danych okres rozliczeniowy, Wykonawca zobowiązany jest zwrócić Zamawiającemu równicę pomiędzy prawidłowo wyliczonym wynagrodzeniem, a wynagrodzeniem zapłaconym Wykonawcy na podstawie błędnego raportu, wraz z ustawowymi odsetkami".

Ponadto, Izba ustaliła, że pismem z dnia 24 maja 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Kapsch do wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta złożona przez niego w Postępowaniu zawiera rażąco niską cenę (dalej jako: „RNC"), tj. wezwał go do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia:

- ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 Punkcie Dystrybucji (cena, o której mowa w §7 ust. 7.3. projektowanych postanowień umownych) (dalej jako: „PPU") oraz
- ceny brutto za miesiąc świadczenia usług za 1 dodatkowe kompletne stanowisko (cena, o której mowa w §7 ust. 7.3a PPU).

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, wykonawca Kapsch złożył wyjaśnienia i sporządził zestawienie głównych pozycji kosztowych, dotyczących realizacji zamówienia, w których ujął następujące pozycje:

- dostawę i konfigurację sprzętu do punktu dystrybucji (dalej jako: „PD") i dodatkowych stanowisk oraz połączenie VPN,
- sprzęt zapasowy,
- utrzymanie sprzętu w PD i na dodatkowych stanowiskach,
- dostarczenie łączności oraz utrzymanie łączności w PD,
- obsługę klienta w PD,

- materiały eksploatacyjne, marketingowe, magazyn oraz przesyłki kurierskie,
- koszty serwerów, systemu do monitoringu, systemu do raportowania oraz
- systemu security,
- koszty pracy KTS, tj. wdrożenie oraz operacje, w tym obsługa 1 linii wsparcia, przedstawiciele regionalni, obsługa techniczna, obsługa kontraktu, auta, koszty podróży służbowych,
- koszty ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- ryzyka wdrożenia, ryzyka zmiany cen w trakcie wdrożenia, marżę.

Izba ustaliła, że powyższe pozycje kosztowe zostały rozwinięte w dalszej części wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę Kapsch.

W zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Kapsch o odtajnieniu treści wyjaśnień RNC.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 24 maja 2023 r. wezwał wykonawcę Integrated do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia pismem z dnia 12 czerwca 2023 r., zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień i załączników do wyjaśnień. Zamawiający utrzymał zasadność zastrzeżenia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że po ponownej ocenie zasadności zastrzeżenia, uznał, że ochronie podlegają tylko 4 oferty otrzymane od dostawców.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postepowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Kapsch.

***Izba zważyła co następuje:***

Odwołanie o sygn. akt: KIO 2416/23

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze podlegało częściowemu umorzeniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy Kapsch do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla p. G. W. i F. G.. Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Kapsch nie złożył sprzeciwu wobec uwzględnienia w/w zarzutu. Ponadto, na rozprawie z udziałem stron, Odwołujący 1 złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy Kapsch dotyczącego formy zaświadczenia ZUS.

W pozostałym zakresie, zarzuty podniesione przez Odwołującego 1 Izba uznała za niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

*Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w przypadku ustalenia, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do interpretacji warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.2 SWZ. Zdaniem Odwołującego 1, wykonawca Kaspch nie wykazał spełnienia w/w warunku z uwagi na to, że: (i) nie wykonał usługi (umowy), w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego przez okres 12 miesięcy w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a jedynie przez okres około 6 miesięcy w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert; (ii) nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, a zatem nie mógł świadczyć usługi zapewnienia łącza internetowego; (iii) usługa referencja, na jaką powołał się wykonawca Kaspch nie był wykonywana w wymaganym przez Zamawiającego przedziale czasowym; (iv) wykonawca Kapsch nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie referencyjnej usługi. Argumentacja Odwołującego 1 jest niezasadna.

Izba wskazuje, że określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp tj. zasady przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia czego wymaga zamawiający wystarczająca jest znajomość reguł sensu języka. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. Zaznaczyć przy tym należy, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy lub praktyki społecznej, to należy przyjąć znaczenie, jakie termin ten ma w tej właśnie dziedzinie (tzw. domniemanie znaczenia specjalnego). W przypadku jednak sporu pomiędzy wykonawcami i zamawiającym dotyczącego sposobu rozumienia wymagań określonych przez zamawiającego, ustalenie znaczenia zakresu wymagań zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narządzi służących odkodowaniu treści zwartej w SWZ. Kontekst systemy oznacza zakaz przypisywania postanowieniom SWZ znaczenia, które prowadziłoby do

sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych, określonymi m.in. w art. 16 ustawy Pzp, w tym w szczególności do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasad wypracowanych w orzecznictwie Izby, w tym zasady interpretacji niejasnych i niejednoznacznych postanowień SWZ na korzyść wykonawców. Kontekst zaś funkcjonalny oznacza ustalenie funkcji jaką dane postanowienie ma pełnić w procesie udzielania zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje po pierwsze, że Odwołujący 1 błędnie utożsamia usługę zapewnienia łącza internetowego, z usługą telekomunikacyjną polegającą na świadczeniu usługi łącza internetowego, jako wykonywanie działalności regulowanej, której świadczenie wymaga wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, stosowanie do art. 10 ustawy prawo telekomunikacyjne. Zdaniem Izby już na podstawie literalnej wykładni spornych postanowień SWZ zasadne jest przyjęcie, że Zamawiający nie wymagał doświadczenia w świadczeniu usługi dostępu łącza elektronicznego, a wyłącznie zapewnienia takiego łącza, bowiem takim właśnie słowem posłużył się w SWZ. Gdyby intencją Zamawiającego była rzeczywiście konieczność wykazania się doświadczeniem w świadczeniu usług łącza internetowego, to niewątpliwie tego właśnie słowa Zamawiający użyłby w SWZ tj. „świadczenia usługi", nie zaś „zapewnienie". Oba pojęcia mają odmienne znaczenie w języku polskim. Sięgając chociażby do słownika PWN, pojęcie „świadczenia" oznaczona m.in. wykonanie określonej czynności. Z kolei „zapewnienie" to sprawienie, by coś się stało, miało miejsce, a zatem pojęcie to należy rozumieć jako podjęcia przez wykonawcę odpowiednich kroków, aby usługa łącza internetowego była dostępna. Irrelewantne dla oceny spełnienia spornego warunku udziału w Postępowaniu jest sposób zapewnienia takiej usługi. Wykonawca może oczywiście samodzielnie ją świadczyć. Nie ma jednak żadnych podstawy, aby z zakresu tego pojęcia wyłączyć zapewnienie dostępu do takiej usługi poprzez nawiązanie odpowiednich relacji kontraktowych z dostawcami telekomunikacyjnymi. Zamawiający nie ograniczył w żaden sposób sposobu zapewnienia łącza. Z pewnością nie wskazał, że konieczne jest wykazanie się doświadczeniem wyłącznie poprzez samodzielne świadczenie usług dostępu do łącza lub wyłącznie tylko przez podmiot wpisany do rejestru działalności regulowanej. Jak Izba wskazała powyżej, postanowienia SWZ podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Skoro Zamawiający posłużył się słowem „zapewnienie" czegoś, to nie może być to utożsamione ze „świadczeniem" usługi. Słusznie w tym zakresie powołał się wykonawca Kapsch na postępowanie prowadzone przez Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego („GITD"), gdzie w sekcji III.1.3. Ogłoszenia o zamówieniu wskazano, że wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże wykonanie co najmniej dwóch zamówień rodzajowo podobnych do przedmiotu zamówienia polegających na świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

W konsekwencji, zdaniem Izby, nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego 1 o niemożności wykazania spełnienia spornego warunku udziału w Postępowaniu przez wykonawcę Kapsch z powodu braku jego wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zdaniem Izby, dla zapewnienia usługi łącza telekomunikacyjnego wykonawca Kapsch nie potrzebował rejestracji w odpowiednim rejestrze, bowiem nie jest to usługa, którą należy zakwalifikować jako działalnością regulowaną, zgodnie z wymaganiami wskazanymi w ustawie prawo telekomunikacyjne.

Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający prawidłowo ustalił, że wykonawca Kapsch w ramach Umowy Referencyjnej nabył doświadczenie w zapewnieniu łącza internetowego na potrzeby realizacji zadań wykonawcy wynikających z umowy. Nie było okolicznością sporną w sprawie, że system poboru opłat realizowany w ramach Umowy Referencyjnej mógł skutecznie funkcjonować dzięki zapewnieniu uzyskania łącza internetowego. Nie było również sporne w sprawie, że ramach Umowy Referencyjnej został zbudowany system poboru opłat oparty na rozproszonej infrastrukturze przydrożnej (bramownicach), na której zamontowane były urządzenia peryferyjne. Informacje gromadzone przez urządzenia na bramownicach były przekazywane do systemu centralnego za pośrednictwem komunikacji internetowej. Powyższe oznacza, że wykonawca - konsorcjum był zobowiązany do dostarczania i utrzymania łącza internetowego, w szczególności do każdej z bramownic. Z umowy konsorcjum wynika, że to wykonawca Kapsch po podpisaniu umowy głównej ze Skarbem Państwa był podmiotem odpowiedzialnym za realizację prac związanych z umową główną (art. 3.3 i 3.4 umowy konsorcjum). Złożone przez wykonawcę Kapsch umowy z operatorami telekomunikacyjnymi tj. IT Partners Telco sp. z o.o., Orange Polska S.A i Polkomtel sp. z o.o. potwierdziły, że to właśnie wykonawca Kapsch był odpowiedzialny za zapewnienie dostępu do takiego łącza internetowego. Stroną każdej z umów podwykonawczych był każdorazowo wykonawca Kapsch i stanowi to dowód na to, że w ramach konsorcjum realizującego Umowę Referencyjną, wykonawca Kapsch był odpowiedzialny za zapewnienie obszaru łączności. Zapewnienie łączą internetowego poprzez nawiązania odpowiednich relacji kontraktowych z operatorami świadczącymi usługi dostępu do internetu jest, zdaniem Izby, wystarczającym i akceptowalnym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającemu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Jak Izba zaznaczyła powyżej, w SWZ Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował, nie narzucił wymaganego sposobu zapewnienia takiej usługi. Zdaniem Izby, z perspektywy spornego warunku udziału w Postepowaniu nie miało znaczenia, kto fizycznie realizuje element umowy (usługi) w postaci łączności internetowej. Ważne, aby umowa ten element zawierała, co wykonawca Kapsch wykazał. Dodatkowo, jak wynika ze złożonych do akt sprawy dokumentów, faktury w zakresie szeroko rozumianych usług telekomunikacyjnych były wystawiane na rzecz wykonawcy Kapsch, co również potwierdza, że to właśnie wykonawca Kapsch był odpowiedzialny

za zapewnienie usługi telekomunikacyjnej. Odwołujący 1 nie przedstawił dowodów przeciwnych.
Po drugie, odnosząc się do wymaganego czasookresu wykonywania usługi, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za zasadne. Niewątpliwie opisując zakres wymaganego doświadczenia, Zamawiający posłużył się słowem „wykonaniem" (tryb dokonany), a nie „wykonywaniem". W konsekwencji, nie można odmówić racji wykonawcy Kapsch, że dla wykazania spełnienia spornego warunku udziału w Postępowaniu wystarczające było wykazanie, że wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał (tryb dokonany) usługę zapewnienia łącza internetowego. Umowa Referencyjna była realizowana od dnia 2 listopada 2010 r. do dnia 2 listopad 2018 r., a zatem mieściła się w wymaganym okresie referencyjnym. Dalej Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego 1, ze spornego warunku udziału w Postępowaniu nie wynika jednoznacznie, że usługa referencyjna miała być świadczone przez okres 12 miesięcy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Izba zaznacza, że okres 5 lat odnosi się do wykonania usługi, a więc do czasookresu, w którym usługa powinna być wykonana, zrealizowana, zakończona. Z pkt 7.1.4.2 SWZ nie wynika jednoznacznie, że okres 12 miesięcy świadczenia usługi miał być w całości zawarty w okresie 5 lat. Izba dokonując wykładni postanowień SWZ uznała, że możliwe były do przyjęcia dwie odmienne interpretacje postanowień SWZ i należy przyjąć interpretację korzystną dla wykonawcy Kaspch. Jak bowiem wielokrotnie wskazano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności postanowień SWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, które nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych postanowień SWZ wprowadzonych przez Zamawiającego. Zdaniem Izby,skoro Zamawiający posłużył się formą dokonaną czasownika „wykonanie", i w tym zakresie wprowadził ograniczenia czasowo 5 lat, to zasadne było przyjęcie przez wykonawcę Kaspch założenia, iż termin 5 lat należy odnieść wyłącznie do ustalenia terminu zakończenia wykonywania danej usługi, nie zaś do okresu 12 miesięcy, do którego referuje pkt 7.1.4.2 SWZ. Gdyby bowiem Zamawiający wymagał, aby okres 12 miesięcy zawierał się w okresie 5 lat, to posłużyły się inną niż formą czasownika, lub jednoznacznie wskazał, że 12 - miesięczny okres zapewnienia dostępu do łączy internetowej musi mieścić się w okresie 5 lat przed terminem składania ofert. Takich jednak jednoznacznych zapisów brak jest SWZ. Zdaniem Izby obaj wykonawcy tj. Odwołujący 1 i wykonawca Kapsch przyjęli odmienne założenia dokonując wykładni spornych postanowień SWZ. Odwołujący 1 skoncentrował się na sposobie redakcyjnym całego punktu, wykonawca Kaspch na posłużenie się przez Zamawiającego formą dokonaną czasownika. Założenie wyjściowe, w obu przypadkach logiczne i zasadne, doprowadziły do odmiennych wniosków w zakresie sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. W takich okolicznościach, nie ma podstaw, aby obarczać wykonawcę Kapsch niejednoznacznością postanowień SWZ. Stąd też, zdaniem Izby, przyjęta przez wykonawcę Kapsch, jak również potwierdzona przez Zamawiającego interpretacja spornego warunku udziału w Postępowaniu, jest zasadna i znajduje oparciu w treści SWZ. Nie ma podstaw, aby narzucić wykonawcy Kapsch interpretację zaproponowaną przez Odwołującego 1. Sporne sformułowanie „nie wcześniej niż 5 lat" może oznacza, że zakończenie realizacji 12 miesięcznego okresu świadczenia usługi „zapewnienia łącza internetowego" nie mogło nastąpić wcześniej niż w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, ale mogło być również interpretowane w sposób dokonany przez Odwołującego 1, tj. świadczenie usługi „zapewnienia łącza internetowego" nieprzerwanie w ciągu 12 miesięcy musiało w całości przypadać na okres 5 lat przed upływem terminu do złożenia ofert. W takiej sytuacji, Zamawiający jest zobowiązany zastosować interpretację korzystną dla wykonawcy, co uczynił w tym Postępowaniu w stosunku do wykonawcy Kapsch. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.
Po trzecie odnosząc się do zarzutu braku złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie przez wykonawcę Kapsch Umowy Referencyjnej, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe i nie stwierdziła w tym zakresie, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby, ocena prawidłowości realizacji Umowy Referencyjnej nie może być oderwana od okoliczności faktycznych związanych ze zmianą uwarunkowań prawnych dotyczących przekazania kompetencji w zakresie krajowego systemu poboru opłat drogowych w Polsce.
Okolicznością znaną Izbie z urzędu jest to, że do dnia 2 listopada 2018 r. centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach dróg krajowych do zadań, do którego należał pobór opłaty elektronicznej był Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostradach, a następnie Główny Inspektor Transportu Drogowego. Zmiana ta została wprowadzona na mocy ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw, która została opublikowana w dniu 3 stycznia 2018 r. Na podstawie art. 13hb ust. 1 ustawy o drogach publicznych, w brzmieniu wprowadzonym przez art. 1 pkt 1 ustawy nowelizującej, podmiotem zobowiązanym do poboru opłaty drogowej został Główny Inspektor Transportu Drogowego. Ponadto zgodnie z art. 7 w/w ustawy, Główny Inspektor Transportu Drogowego wstąpił we wszystkie stosunki prawne, w tym umowy i porozumienia, których podmiotem był Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w związku z wykonywaniem zadań, o których mowa w art. 18 ust. 2 pkt 8–9 ustawy. Umowy i porozumienia zawarte przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad zachowały ważność.
Ponadto, w dniu 1 lipca 2020 r. weszła w życie ustawa z dnia 6 maja 2020 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1087 z 2020 r.). Decyzją ustawodawcy zmianie uległa właściwość organów administracji publicznej w zakresie poboru opłat drogowych tj. opłaty za przejazd autostradą i opłaty elektronicznej. Dotychczasowe zadania Głównego Inspektora Transportu Drogowego przejął Szef Krajowej Administracji Skarbowej, dalej

„Szef KAS". Szef KAS został zobowiązany do wdrożenia Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS i realizacji zadania poboru opłaty elektronicznej z jego wykorzystaniem. Zgodnie z art. 11 ust. 1 Ustawy z dniem 1 lipca 2020 r. minister właściwy do spraw finansów publicznych wstąpił we wszystkie stosunki prawne, w tym umowy i porozumienia, których podmiotem był Główny Inspektor Transportu Drogowego, w związku z wykonywaniem zadań, o których mowa w art. 13hb ust. 1 ustawy zmienianej w art. 1, i w art. 37a ustawy zmienianej w art. 2, bez względu na charakter prawny tych stosunków. Po zmianie 37a ust. 1a pkt 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym Szef KAS przejął zadanie Głównego Inspektora Transportu Drogowego w zakresie opłaty za przejazd autostradą.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie jest to, że Umowa Referencyjna była zawarta ze Skarbem Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. Umowa obowiązywał do dnia 2 listopada 2018 r., a więc w momencie jej zakończenia podmiot będący jej stroną i działający jako statio fisci Skarbu Państwa utracił kompetencje w zakresie krajowego systemu poboru opłat, bowiem zostały one przeniesione na rzecz Generalnego Inspektora Transportu Drogowego. Następnie kompetencje te zostały przypisane Zamawiającemu na mocy ustawy z 2020 r. Tym samym, obecnie to Zamawiający jest dysponentem krajowego systemu poboru opłat i jak również sukcesorem prawnych umów i porozumień zawartych przez poprzednie organy działające w imieniu Skarbu Państwa.

Zdaniem Izby, w okolicznościach przedstawionych powyżej, związanych ze zmianą uwarunkowań prawnych, nie jest niczym nadzwyczajnym, iż wykonawca Kaspch nie uzyskał referencji do Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w związku z realizacją Umowy Referencyjnej. W momencie zakończenia wykonywania Umowy Referencyjnej podmiot ten nie posiadał już kompetencji w zakresie objętym przedmiotem umowy. Zasadne jest przyjęcie, że cała dokumentacja związana z realizacją Umowy Referencyjnej została przekazana do nowego podmiotu określonego w przepisach ustawy. Ostatecznie, dokumenty związane z Umową Referencyjną winny być w posiadaniu Zamawiającego jako organu obecnie odpowiedzialnego za krajowy system poboru opłat.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że dokumenty złożone przez wykonawcę Kaspch w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego były wystarczające do uznania prawidłowego wykonania usługi zapewnienia łączą internetowego w ramach Umowy Referencyjnej. Raporty wynagrodzenia jakie wykonawca Kapsch złożył za okres od maja 2017 r. do listopada 2018 r. wraz z kopiami dokumentów potwierdzającymi akceptację tych raportów zostały poprawnie zakwalifikowane przez Zamawiającego jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie Umowy Referencyjnej. Raporty przedstawiały informacje dotyczące wynagrodzenia za usług świadczone w ramach Umowy Referencyjnej za dany okres rozliczeniowy. Raporty wynagrodzenia były sporządzane przez wykonawcę i przekładane ówczesnemu zamawiającemu do zatwierdzenia. Każdy raport wynagrodzenia zawiera tabele z tzw. KPR czyli miernikami poziomu świadczenia usług przez Wykonawcę (tabela pt. redukcja wynagrodzenia). W tabeli tej dla każdego KPR podane są informacje dotyczące: wartości docelowej, wartości zmierzonej, interwału czasowego, liczby punktów karnych za każdy interwał oraz liczby punktów karnych naliczonych (ostatnia kolumna). Jak wyjaśnił Zamawiający, zgodnie z mechanizmem przewidzianym w Umowie Referencyjnej, jeżeli dla danego KPR wykonawca przekroczył dopuszczalne przez umowę niedotrzymania KPR to dopiero wtedy wykonawcy były naliczane punkty karne. Stądteż w tabeli w kolumnie „liczba punktów karnych za każdy interwał" pojawia się informacja o liczbie punktów karnych, ale mając na uwadze, iż nie została przekroczona dopuszczalna umową tolerancja w zakresie niedotrzymania danego KPR to nie były naliczane punkty karne. Jedynym z KPR była „dostępność łącza w czasie rzeczywistym". W żadnym okresie objętym raportami wynagrodzenia wykonawcy nie zostały naliczone punkty karne za dostępność łącza w czasie rzeczywistym, gdyż wykonawca nie przekroczył ustalonej umową normy.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że zgodnie z § 25 punkt 25.5 Umowy Referencyjnej każdy raport podlega zatwierdzeniu przez ówczesnego Zamawiającego tzn. GDDKiA. Wraz z raportami wynagrodzenia Kapsch przedstawił ich zatwierdzenia przez GDDKiA. Zatem GDDKiA potwierdziła iż w żadnym z okresów objętych raportami wynagrodzenia nie było naliczonych punktów karnych „za dostępność łącza w czasie rzeczywistym" i tym samym Kapsch wykazał iż usługa zapewnienia łącza internetowej w ramach umowy była wykonana należycie przez co najmniej 12 miesięcy. Okoliczności przeciwnych Odwołujący 1 nie wykazał.

Izba zaznacza, że argumentacja Odwołującego 1 sprowadzała się *de facto* do zanegowania możliwości oceny poprawności realizacji Umowy Referencyjnej w oparciu o przedłożone przez wykonawcę Kapsch raporty. W tym zakresie, Izba wskazuje, że ustawodawca umożliwił wykazanie poprawności realizacji umów również za pomocą dokumentów sporządzonych przez wykonawcę, w sytuacji, w której nie ma on możliwości uzyskania referencji. Z taką okolicznością mamy do czynienia w przedmiotowym Postępowaniu. Zdaniem Izby zatwierdzenie raportu oznacza potwierdzenie przez ówczesnego zamawiającego stanu faktycznego co do spełnienia wymagań zamawiającego określonych w Umowie Referencyjnej w zakresie KPR.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego 1 dotyczącego uwag GDDKiA w zakresie Raportu Wynagrodzenia wykonawcy KSPO za okres sprawozdawczy: 2018-09 nr dok. 40700200394 wersja 02) zawarte w piśmie GDDKiA o nr.: DPP.WEP.611.523.2018.5.ako. z punktu widzenia procedury weryfikacyjnej określonej w Umowie Referencyjnej osiągnęły

poziom 2a. Z postanowień Umowy Referencyjnej wynikało, że wykonawca nie był związany uwagami zamawiającego o takim poziomie. Zgodnie bowiem z punktem 1.3 załącznika nr 12 do Umowy pt. Procedura Weryfikacyjna (punkt 1.3) Wykonawca zobowiązany jest rozważyć uwagi Zamawiającego, ale nie jest zobowiązany do ich przyjęcia. Argument podniesiony zatem przez Odwołującego 1 nie jest żadnym dowodem na wykazanie nienależytego wykonania Umowy Referencyjnej.

Za zasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że adnotacja na pismach Zamawiającego akceptujących raporty wynagrodzenia w końcowej części (ostatnie tiret na stronie 2) wynikała z faktu, iż systemu składał w wielu elementów rozproszonych po całym kraju. GDDKiA poprzez akceptację raportu nie chciała zamykać sobie możliwości wniesienia uwag dotyczących okoliczności, o których mogła powziąć wiedzę dopiero po akceptacji raportu. Odwołujący 1 nie przedstawił żadnego dowodu, że ówczesny zamawiający zgłaszał jakiekolwiek zastrzeżenia co do sposobu i prawidłowości realizacji umowy po zatwierdzeniu raportów. Okoliczności takie mógł Odwołujący 1 wykazać, chociażby poprzez zwrócenie się do Zamawiającego – jako następcy prawnego i sukcesora praw i obowiązków wynikających z Umowy Referencyjnej – o przedstawienie informacji z tym zakresie.

Ponadto, jak wynika ze złożonego przez wykonawcę Kapsch dokumentu z dnia 5 grudnia 2018 r. wykonawca otrzymał zwrot zabezpieczenia należytego wykonania Umowy Referencyjnej. Zdaniem Izby, jest to również okoliczność potwierdzające prawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę Kaspch.

Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego 1, dokumenty jakie zostały przedłożone przez wykonawcę Kapsch, a w szczególności raporty miesięczne oraz raporty wynagrodzenia za okres od maja 2017 r. do listopada 2018 r. oraz ich zatwierdzenia przez ówczesnego zamawiającego potwierdzają należyte wykonanie Umowy Referencyjnej w zakresie zapewnienia łącza internetowego, zaś zwrot zabezpieczenia stanowi pośredni dowód na wykazanie prawidłowości realizacji umowy. Nie można sprowadzać procesu weryfikacji doświadczenia wykonawcy do czysto formalnego przedłożenia bądź braku przedłożenia określonych dokumentów. Niejednokrotnie niemożliwość ich przedstawienia wynika z obiektywnych okoliczności, niezależnych od wykonawcy. Jak obrazuje przykład wykonawcy Kapsch rozwiązanie legislacyjne wprowadzone przez ustawodawcę na przestrzeni lat związane z procesem przypisywania różnym podmiotom kompetencji w zakresie stworzenia, wdrażania i zarządzania systemem opłat drogowych sprawiły, że wykonawca *de facto* powinien otrzymać referencję od obecnego Zamawiającego, bowiem stał się on następcą prawnym Generalnego Inspektora Transportu Drogowego, a ten zaś wcześniej następcą prawnym GDDKiA. W sytuacji, w której obecny Zamawiający nie był stroną Umowy Referencyjnej, nie nadzorował jej realizacji, ani jej rozliczenia, trudno racjonalnie oczekiwać, aby wystawi on referencje co do prawidłowości realizacji umowy, z którą de facto nie miał nic wspólnego. Należy jednakże przyjąć, że jako jednostka Skarbu Państwa aktualnie odpowiedzialna za system poboru opłat ma w swej w dyspozycji dokumenty źródłowe i na ich podstawie zweryfikował poprawność twierdzeń wykonawcy Kapsch. Oświadczenia złożone przez Zamawiającego w ramach Postępowania, w tym odpowiedzi na odwołania świadczą, że dokonał weryfikacji takiej dokumentacji. Ponadto Izba zaznacza, że to na Odwołującym 1 ciążył ciężar wykazania okoliczności faktycznych, na jakie się powołał. Odwołujący 1 nie przeprowadził żadnej analizy uwarunkowań związanych z realizacją Umowy Referencyjnej, nie wystąpił do żadnych podmiotów, w trybie dostępu do informacji publicznych, o informacje związane z realizacji Umowy Referencyjnej. Odwołujący 1 poza zanegowaniem dokumentów złożonych przez wykonawcę Kapsch nie uczynił nic, aby wykazać zasadność swoich twierdzeń.

Zmienność regulacji prawnych jest okolicznością niezależną od wykonawcy Kapsch i na którą nie ma wpływu. Nie ma żadnych racjonalnych przesłanek, aby wykonawca ponosił negatywne konsekwencje zmian prawnych w zakresie podmiotów odpowiedzialnych za system poboru opłat, jakie ustawodawca wprowadzał na przestrzeni lat. Uznanie zaś, że brak przedłożenia referencji stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy Kapsach stanowiłoby wyraz właśnie obarczenia wykonawcy takimi negatywnymi konsekwencjami zmian legislacyjnych. W konsekwencji, Izba uznała stanowisko Odwołującego 1 za niezasadne. Odwołujący 1 nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie, iż wykonawca Kapsch w sposób nieprawidłowy wykonał usługę zapewnienia łączy internetowych w ramach Umowy Referencyjnej. W swoim stanowisku poza zanegowaniem możliwości powołania się przez wykonawcę Kapsch na raporty miesięczne oraz raporty w wynagrodzeń Odwołujący 1 *de facto* nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej zmierzającej do wykazania nienależytego wykonania usługi przez wykonawcę Kapsch.

Izba uznała za bezprzedmiotowy zarzut zaniechanie wezwania wykonawcy Kapsch do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na zrealizowaniu usługi obejmującej zapewnienie łącza internetowego. Izba uznała bowiem, że wykonawca Kapsch w sposób prawidłowy wykazał spełnienie spornego warunku udziału w Postępowaniu.

*Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.*

Izba uznała zarzut za niezasadny. Należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu

zamówienia. Izba podkreśla, że podstawą szacowania kosztów realizacji zamówienia jest opis przedmiotu zamówienia zawarty w SWZ oraz wskazane przez zamawiającego wymagania co do sposobu jego realizacji. Każdy z wykonawców dokonując analizy wymagań zamawiającego, indywidualnie szacuje koszty wykonania usług, uwzględniając przy tym obligatoryjne elementy zwarte w SWZ. Istotą zaś postępowania wyjaśniającego prowadzonego na podstawie art. 224 ustawy Pzp jest ustalenie czy przyjęta przez wykonawcę wycena elementów składających się na zamówienia jest rynkowa i realna. Wyjaśnienia te maja służyć weryfikacji sposobu wyceny kontraktu i ryzyk związanych z jego realizacją. Należy podkreślić, że każda wycena zamówienia jest hipotetyczną analizą kosztów realizacji prac, dokonaną w oparciu o indywidualne doświadczenie i uwarunkowania wykonawcy. Zadaniem wykonawcy jest wykazanie, że przyjęte założenia co do wyceny są rynkowe i możliwe do uzyskania.

Zdaniem Izby, wykonawca Kapsch wyjaśnił przyjęty sposób wyceny kosztów realizacji zamówienia. Wykonawca wykazał rynkowy i realny poziom wyceny kosztów, zaś okoliczności na jakie się powoływał w treści złożonych wyjaśnieni zostały potwierdzone odpowiednimi dokumentami. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonych przez wykonawcę Kapsch dokumentów.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego 1, Izba wskazuje po pierwsze, że nie podziela stanowiska Odwołującego 1 w zakresie braku złożenia przez wykonawcę Kapsch pełnej odpowiedział na wezwanie Zamawiającego z uwagi na niepodanie ceny pojedynczego punktu dystrybucji. Bezsporne w sprawie jest to, że wykonawca Kapsch był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 punkcie dystrybucji oraz ceny brutto za miesiąc świadczenia usług za 1 dodatkowe kompletne stanowisko. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Kapsch wskazał, że cena za miesiąc świadczenia usługi w 1 punkcie dystrybucji, tj. cena, o której mowa w § 7 ust. 7.3 PPU, wyniosła: 17 393,43 zł (netto: 14 141,00 zł), a cena brutto za miesiąc świadczenia usług za 1 dodatkowe kompletne stanowisko – cena, o której mowa w § 7 ust. 7.3a PPU, wyniosła: 1 785,96 zł (netto: 1 452,00 zł). Jednocześnie wykonawca Kapsch podał wyliczenia zarówno w ujęciu jednostkowym, jak i globalnym. Wykonawca Kapsch w piśmie z dnia 12 czerwca 2023 r. wskazał jednoznacznie, w pkt 1.1 i 1.2, że cena brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 punkcie dystrybucji, tj. cena, o której mowa w § 7 ust. 7.3 PPU, wyniosła: 17 393,43 zł (netto: 14 141,00 zł). Kwota brutto wskazana w zdaniu poprzedzającym wynika z ilorazu Ceny oferty brutto - Kolumna 4 formularza ofertowego, przez Ilość miesięcy świadczenia usług (36) oraz Liczbę Punktów Dystrybucji (100). Odmienna od zakładanej przez Odwołującego 1 metodologia/sposób przedstawienia wyliczenia ceny nie stanowi podstawy do uznania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch, zwłaszcza w kontekście postanowień SWZ, które nie określały ani nie narzucały żadnego jednego, akceptowalnego sposobu wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, czy ich rozbicia na poszczególne elementy kosztotwórcze. Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący 1 nie wykazał żadnego związku pomiędzy zaoferowaniem wyższej ceny za miesiąc świadczenia usług w 1 punkcie dystrybucji, niż ceny za miesiąc świadczenia usług za 1 dodatkowe kompletne stanowisko w relacji do zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wyłącznie na podstawie opisu zakresu wymagań dotyczących punktu dystrybucji zawartych w SWZ oraz zakresu wymagań dotyczących dodatkowego kompletnego stanowiska zasadne jest przyjęcie różnic cenowych w kosztach realizacji tych elementów zamówienia.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego 1, że z treści wyjaśnień ceny złożonych wraz z dowodami wynika, że wykonawca Kapsch nie uwzględnił w cenie oferty kosztu przełączników/routerów, Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego 1 mają charakter ogólny, nie odnoszą się do szczegółowej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcy Kapsch. Argumenty Odwołującego 1 oparte są o wybiórczą analizę oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę Kapsch. Odwołujący 1 chciałaby w istocie, aby Izba uznała, że wykonawca Kapsch złożył niewystraczające wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny z uwagi na okoliczność, iż w ofercie S&T Poland nas str. 10 lp. 9 jest puste pole „nd" w zakresie przełączników. Nie można zaaprobować takiego stanowiska. Po pierwsze, Odwołujący 1 zaniechał przeprowadzenia jakiegokolwiek dowodu na wykazanie znaczenia tej pozycji kosztowej na koszty realizacji zamówienia. Odwołujący 1 nie wykazał, iż pozycja ta stanowi istotną część składową ceny z uwagi na jej wartość czy też charakter w kontekście przedmiotu zamówienia. *De facto* z uzasadnienia zarzutu Odwołujący 1 nic nie wynika, poza okolicznością, iż w ofercie S&T Polska znajduje się informacja „nd" w zakresie przełączników/ruterów. Natomiast wpływ takiej okoliczności na cenę zaoferowaną przez wykonawcę Kapsch nie został zawarty w argumentacji Odwołującego 1. Po drugie, Izba przychyla się do stanowiska wykonawcy Kapsch, że koszt przełączników oraz routera w zakresie wymaganych punktów dystrybucji stanowi bardzo znikomą część ceny całkowitej całego zamówienia. Jak wskazał wykonawca, przykładowa cena przełącznika odpowiadającego warunkom zamówienia równa jest 220 zł, natomiast przykładowa cena routera odpowiadającego warunkom zamówienia równa jest 2030 zł netto. W relacji do ceny zaoferowanej przez wykonawcę Kapsch łączna wartość przełącznika i routera w zakresie wymaganych punktów dystrybucji stanowi jedynie około 0,6% łącznej ceny ofertowej. Nie jest to zatem istotna część składowa ceny, która mogłaby przesądzać o rażąco niskiej cenie. Okoliczności przeciwnych Odwołujący 1 nie wykazał. Po trzecie, Odwołujący 1 w żaden sposób nie wykazał niepoprawności twierdzeń wykonawcy Kapsch, że koszty związane z nabyciem routerów/przełączników zostały uwzględnione na stronie 10 ofert S&T lit. C pkt 1 pn. „Zestawy sprzętu używanego zgodnie ze specyfikacją w Ofercie" oraz

zostały wskazane w załączniku nr 8 do oferty S&T. Odwołujący 1 ani nie odniósł się do wartości tej pozycji, ani nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w zakresie wykazania, że jej wartość jest zbyt niska, aby uwzględniała swoim zakresem koszty dostarczenia routerów/przełączników. Odnosząc się do dowodu złożone wraz pismem procesowym wykonawcy Kapsch z dnia 28 sierpnia 2023 r., Izba zauważa, że korespondencja tak jest datowana po terminie składania ofert i nie była znana Zamawiającemu w momencie oceny prawidłowości wyceny kosztów realizacji zamówienia. Niemniej jednak, treść złożonego dokumentu potwierdza w pełni prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego.
Odnosząc się do argumentu Odwołującego 1, iż oferta wykonawcy Kapsch nie uwzględnia wszystkich kosztów, gdyż została oparta o oferty podwykonawców i dostawców nie uwzględniające zmian warunków zamówienia, również, zdaniem Izby, argument ten jest gołosłowny i nie stanowi okoliczności potwierdzającej naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. W istocie analiza argumentacji Odwołującego 1 przestawionej w tym zakresie sprowadza się do twierdzenia, że oferty podwykonawców i dostawców przedłożone przez wykonawcę Kapsch i datowana na marzec 2023 r. nie ulegały zmianie, pomimo zmian jakie zostały wprowadzone w SWZ przez Zamawiającego. Izba zauważa po pierwsze, że wykonawca Kapsch w piśmie z dnia 26 czerwca 2023 r. potwierdził, że oferty pozostają aktualne. Po drugie, Odwołujący 1 poza ogólnym twierdzeniem nie przedstawił żadnej szczegółowej argumentacji czy analizy wpływu zmian wprowadzonych w SWZ na koszty realizacji zamówienia, a tym samym nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że istnieje ryzyko, że zmiany wprowadzone w SWZ wpłynął na zwiększenie kosztów realizacji zamówienia. Po trzecie, generalne stwierdzenie Odwołującego 1, że zmiany SWZ wiążą się niejako automatycznie z koniecznością zmian ofert podwykonawców, dostawców jest twierdzeniem ogólnym i nic nie wnoszącym do sprawy. Równie dobrze można postawić argument, że zmiany wprowadzone w SWZ wpłynęły na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący 1 nie odniósł się szczegółowo do wprowadzonych zmian, ani nie przedstawił w tym zakresie żadnej analizy wpływu takich poszczególnych zmian na koszty realizacji zamówienia. Ogólne twierdzenie o zmianie wymagań w zakresie punktów dystrybucji nie jest wystarczającym argumentem do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący 1 nie wykazał wpływu takich zmian na koszty realizacji zamówienia. Po czwarte, Odwołujący 1 w żaden sposób nie wyjaśnił jak rezygnacja z prawa opcji wpływa na koszty realizacji zamówienia. Po piąte, przywołanie w treści odwołania szeregu odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego z zakresu bezpieczeństwa systemu również nic nie wnosi do sprawy, bowiem Odwołujący 1 ani szczegółów nie odniósł się do tej kwestii w odwołaniu, ani nie wykazał wpływu takich zmian na koszty realizacji zamówienia. Przywołanie numeru odpowiedzi na pytania wykonawców w uzasadnieniu zarzutu nie stanowi prawidłowego i wystarczającego jego uzasadnieniem. Treść pytania i odpowiedzi winna być osadzona w realiach konkretnie oferty złożonej przez wykonawcę Kapsch, a tego Odwołujący 1 zaniechał przedstawić w odwołaniu. Zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego 1 są gołosłowne, gdyż Odwołujący 1 nie wykazał, które zmiany i w jakim zakresie skutkowały dezaktualizacją ofert podwykonawców i dostawców złożonych przez wykonawcę Kapsch, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że doszło w tym zakresie do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.
Odnosząc się do zarzutu braku uwzględnia kosztów transmisji danych poza stacjami paliw, Izba uznała argumentację Odwołującego 1 za niezasadną. Odwołujący 1 wskazał, że wykonawca Kapsch oparł swoją kalkulację ceny oferty na ofercie operatora Polkomtel, jednakże oferta tego operatora obejmuje jedynie 105 stacji paliw, nie obejmuje 1 lokalizacji przy przejściu granicznym, ani 4 stanowisk w Ministerstwie Finansów i siedzibie spółki Aplikacje Krytyczne. Zdaniem Izby, w istocie argument Odwołującego 1 sprowadza się do żądania uznania zasadności naruszenia przepisów ustawy Pzp w oparciu o przyjęte nazewnictwo w treści oferty Polkomtel, nie zaś o jej zawartość merytoryczną. Należy bowiem wskazać, że Zamawiający wymagał, aby przyszyły wykonawca zapewnił łącze w 104 lokalizacjach na teranie całego kraju, w tym taki sam rodzaj łącza dla czterech dodatkowych stanowisk w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego, jak dla 100 punktów dystrybucji. Zatem oferta przygotowana przez Polkomtel spełnia wymagania SWZ, obejmuje swoim zakresem 105 lokalizacji. Fakt, że w jej treści Polkomtel referuje do 105 stacji paliw, bez wyszczególnienia i przyjęcia nazewnictwa w SWZ i podziału na stacje paliw i punkty dodatkowe nie może decydować ani o niezgodności oferty wykonawcy Kapsch z SWZ, ani o braku wyceny przez wykonawcę Kapsch kosztów związanych z dodatkowymi stanowiskami. Po pierwsze, Odwołujący 1 w żaden sposób nie wykazał, że zapewnienie łączy internetowych w dodatkowych lokalizacjach ma spełnić inne wymagania techniczne, niż łączy na stacjach paliw/punktach dystrybucji. Po drugie, Odwołujący 2 nie wykazał, że koszty zapewnienia łączy w punktach dodatkowych są z jakiś przyczyn wyższe od kosztów związanych z zapewnieniem łączy na stacjach paliw/punktach dystrybucji. Ze SWZ wynika, że wykonawca ma zapewnić taki sam rodzaj łącza do punktów dystrybucji, jak i dodatkowych lokalizacji. Po trzecie, nie ma żadnych racjonalnych przesłanek do uznania, że wykonawca Kapsch uwzględnił w kosztach realizacji zamówienia 105 stacji paliw, w sytuacji, gdy z postanowień SWZ wynika, że wycenie podlegało 100. Po czwarte, z treści oferty Polkomtel w sposób oczywisty wynika, że oferta obejmuje 105 lokalizacji, które nie są jeszcze znane. Zatem mogą być to zarówno punkty dystrybucji, jak i dodatkowe stanowiska. Zdaniem Izby, przyjęte nazewnictwo w ofercie Polkomtel co do określenia lokalizacji łączy internetowych ma wtórny charakter. Oferta obejmuje swoim zakresem 105 punktów, a więc liczbę odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego i taki koszty wykonawca Kapsch uwzględnił w swojej ofercie. Odwołujący 1 w tym zakresie, nie wykazał w żaden sposób, że koszty związane z zapewnieniem transmisji danych do dodatkowych punktów są inne niż koszty związane z

zapewnieniem transmisji danych do stacji paliw. Argumentacja Odwołującego 1 po raz kolejny opiera się wyłącznie na literalnej analizę nazewnictwa przyjętego przez dostawę na potrzeby przygotowania oferty, bez merytorycznego odniesienia się do wartości liczbowych przyjętych w ofercie. Zdaniem Izby, niezależnie od przyjętego nazewnictwa, z postanowień SWZ wynika, że wykonawca ma zapewnić usługę transmisji danych do 104 punktów. Z oferty Polkomtel wynika, że obejmuje ona swoim zakresem 105 punktów. Odwołujący 1 nie wykazał, że koszty są zaniżone, nierynkowe czy w jakikolwiek inny sposób nieprawidłowo wyliczone. Nie wykazał również, że ze względu na specyfikę dodatkowych punktów, poza 100 punktami dystrybucji, koszty związane z zapewnieniem transmisji danych są inne niż koszty zapewnienia takiej transmisji danych do stacji paliw.

Odnosząc się do zarzut błędnego, zaniżonego średniego kosztu świadczenia usług w ramach punktu dystrybucji na stacjach paliw, Izba uznała stanowisko Odwołującego 1 za nieprawidłowe, bowiem zostało one oparte na błędnych złożeniach wyjściowych, jakie Odwołujący 1 przyjął do analizy. Po pierwsze, ostateczny usytuowanie punktów dystrybucji zostanie określone przez wykonawcę po podpisaniu umowy. Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą wiążącego wykonawcę planu rozmieszczenia punktów dystrybucji. Stąd też wszelkie rozważania Odwołującego 1, jak i złożone dowody dotyczące dostępnych wykonawcy Kapsch stacji paliw nie mają jakiegokolwiek znacznie dla sprawy. Informacje złożone przez wykonawcę Kapsch, w tym oferty ze stacji paliw służyły wyłącznie zobrazowaniu średnich cen rynkowych związanych z obsługą punktów dystrybucji na stacjach paliw, nie zaś faktycznym wyborem lokalizacji takich punktów. Wyjaśnienia wykonawcy miały służyć ocenie, czy przyjęta wycena kosztów związanych z obsługą punktów dystrybucji ma charakter rynkowy. Poprzez złożenie przykładowych ofert, wykonawca Kapsch wykazał, że jego wycena jest rynkowa i nie może być uznana za rażąco niską. Kluczowym dla Zamawiającego na etapie badania oferty w kontekście rażąco niskiej ceny jest ustalenia w jaki sposób wykonawca określił przewidywany poziom kosztów realizacji zamówienia. W analizowanym stanie faktyczny, wykonawca Kapsch w sposób prawidłowy wyjaśnił w jaki sposób taki koszt obliczył, powołując się na uśredniony koszt obsługi punktu dystrybucji oparty na ofertach otrzymanych od potencjalnych podwykonawców. Po drugie, z postanowień SWZ w żaden sposób nie wynika, że wykonawca Kapsch musi skorzystać z tych konkretnych podwykonawców od których otrzymał oferty na potrzeby kalkulacji kosztów realizacji zamówienia w momencie faktycznego rozpoczęcia realizacji zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący 1 w sposób nieprawidłowy interpretuje postanowienia SWZ, przyjmując błędne założenia co do znaczenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w kontekście punktów dystrybucji. Niewątpliwie wykonawca Kapsch był zobowiązany do wyjaśnienia w jaki sposób obliczył koszty związane z obsługą punktów dystrybucji. Wykonawca wyjaśnił, że otrzymał oferty w trzech potencjalnych podwykonawców na podstawie, których wyliczył średni koszt obsługi punkt dystrybucji. Jest oczywistym dla Izby, że na etapie składania oferty, w świetle postanowień SWZ, nie było zadaniem wykonawcy przedstawienie 100 wiążących lokalizacji punktów dystrybucji i wyliczenie dla każdego takiego punktu kosztu jego obsługi. Zadaniem wykonawcy było oszacowanie kosztów realizacji tej części zamówienia tj. kosztów obsługi punktów dystrybucji. Wykonawca Kapsch przyjął określoną metodologię szacowania tych kosztów, którą uznać należy za poprawną, bowiem koszty założone przez wykonawcę opierają na uśrednionej wartości oferty otrzymanych od potencjalnych podwykonawców. Taka metodologia wyliczenia kosztów jest racjonalna, bowiem wykonawca zbadał rynek poprzez skierowanie zapytań do podwykonawców, otrzymał oferty na podstawie których wykazał realność przyjętych przez siebie założeń. Odwołujący 1 zaś próbuje wykazać naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez przyjęcie złożenia, które nie zostało zawarte w SWZ tj. założenia, wykonawca Kaspch musi skorzystać z usług podmiotów, od których otrzymał oferty cenowe. Lokalizacje punktów dystrybucji mogą ulec zmianie i jednocześnie zmianie mogą ulec podwykonawcy, z którymi wykonawca Kapsch nawiąże współpracę, zatem błędnym założeniem Odwołującego 1 było przyjęcie, że na 100 punktów dystrybucji równo po 33,33 sieci punktów dystrybucji przypadnie sieci BP, Circle K i Moya. Po trzecie, Odwołujący 1 nie wykazał, że średnia cena obsługi punktu dystrybucyjnego przyjęta przez wykonawcę Kapsch jest ceną nierealną czy nierynkową.

Należy raz jeszcze podkreślić, że ostateczna lista punktów dystrybucji będzie uzgadniana z Zamawiającym na etapie realizacji zamówienia. Na etapie składania oferty i wyjaśnień Zamawiającemu co do sposobu wyliczenia kosztów realizacji zamówienia kluczowe z punktu widzenia naruszenia art. 224 ustawy Pzp było ustalenie czy Zamawiający na podstawie informacji przedstawionych przez wykonawcę Kapsch może stwierdzić, że wycena kosztów obsługi punktów dystrybucyjnych została ustalona w oparciu o rynkowe założenia. Zdaniem Izby, wykonawca Kapsch wykazał przyjęte przez siebie założenia, ich rynkowy charakter, zaś Odwołujący 1 w sposób nieuprawiony dążył do wykazania błędności takich założeń poprzez przyjęcia nieuprawnionej interpretacji SWZ. Jednocześnie Izba zaznacza, że ogólne stwierdzenie Odwołującego 1 o braku uwzględnienia wskaźników inflacyjnych w ofertach podwykonawców nie może stanowić podstawy do uznania zasadności zarzutu. Odwołujący 1 pomija całkowicie okoliczność, że strony przewidziały w umowie waloryzacje kontraktową, zaś sam wykonawca Kapsch w pkt 1.6 wyjaśnień odniósł się do tego ryzyka. Odwołujący 1 po raz kolejny formułuje zarzut, bez odniesienia się to treści wyjaśnień wykonawcy Kapsch, bez zakwestionowania danych liczbowych zawartych w tych wyjaśnieniach.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego 1 o braku uwzględnia wszystkich kosztów pracy, gdyż wykonawca Kapsch

zakłada sfinansowanie części kosztów pracy z innych umów, Izba uznała argumenty Odwołującego 1 za niezasadne i oparte na błędnej interpretacji oświadczeń wykonawcy Kapsch zawartych w piśmie z dnia 12 czerwca 2023 r. Izba wskazuje, że w piśmie tym wykonawca Kapsch wskazał: „Dodatkowo, w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, należy wskazać, że Wykonawca realizuje obecnie dla Zamawiającego równolegle dwie umowy. Pozwala to niewątpliwie na ograniczenie kosztów zatrudnienia poprzez efektywne zarządzanie zespołami oraz powierzanie lokalnym zespołom różnych prac i zakresów z poszczególnych umów. Działania te pozwalają na zachowanie wysokiej jakości wykonywanych usług z jednoczesnym zoptymalizowaniem kosztów m.in. floty, przemierzanych kilometrów czy liczby zatrudnianych pracowników terenowych i administracyjnych" (Pkt 1.23 wyjaśnień). Zdaniem Izby Odwołujący 1 w sposób nieuprawniony w powyższych zapisów wywodzi, iż wykonawca Kapsch dokonuje przerzucania kosztów w ramach tzw. subsydiowania skrośnego pomiędzy umowami. Po pierwsze, Odwołujący 1 nie odniósł się w żaden sposób do kosztów pracy, jakie wykonawca Kapsch wskazał w ofercie, jak również nie odniósł się do wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie tj. do konkretnych wyliczeń liczbowych. Już tylko na tej podstawie argumentacja Odwołującego 1 nie może być uwzględniona, bowiem Odwołujący 1 nie wskazał jakie potencjalnie koszty, w jakiej wysokości zostały rzekomo przerzucona do innych zamówień. Po drugie, z postanowień SWZ nie wynika, że Zamawiający wymaga wyłączności pracowników wykonawcy Kapsch na potrzeby realizacji zamówienia. Po trzecie, okolicznością powszechnie znaną jest to, że przedsiębiorcy w ramach zarządzania kosztami pracy, organizują czas pracy pracowników w taki sposób, aby wykorzystać go najbardziej efektywnie. To z pewnością obejmuje wykonywanie obowiązków związanych z kilkoma umowami. Żaden przepis prawa, żadne postanowienie SWZ nie wiąże pracownika z konkretną umową.Izba w pełni zgada się ze stanowiskiem Zamawiającego, który zinterpretował wyjaśnienia opisane w pkt. 1.23 dot. dwóch równoległych umów jako potwierdzenie możliwości efektywnego skonstruowania zespołu projektowego, ze względu na doświadczenie i zatrudnienie pracowników, którzy są wykorzystywani do realizacji obecnie prowadzonych umów, które są podobne do obecnego postępowania w zakresie świadczonych usług. Wykonawca Kapsch jako dotychczasowy wykonawca posiada już zespołu pracowników i środków niezbędnych do realizacji umowy, ponieważ taki zespół i takie środki wykorzystuje w realizacji obecnych umów. Ta okoliczność jest niewątpliwe indywidulanym uwarunkowaniem wykonawcy, który pozwala mu na bardziej efektywne zarządzenie kosztami realizacji zamówienia. Argumentacja zaś Odwołującego 1 jest oparta jednym zdaniu wykonawcy wyrwanym z kontekstu całości wyjaśnień, uwarunkowań wykonawcy Kapsach i postanowień SWZ i nie zasługuje na aprobatę.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego zabezpieczenia stacji roboczych przed wyciekiem danych, Izba uznała zarzut za niezasadny. Po pierwsze, Izba wskazuje, że w istocie to Odwołujący 1 w uzasadnieniu zarzutu narzucił wykonawcy Kapsch system bezpieczeństwa, który wykonawca winien był uwzględnić w wycenie kosztów realizacji zamówienia. Już tylko na tej podstawie zarzut należy uznać za niezasadny. Dowód w postaci wyliczenia kosztów zakupu systemu jest bez znaczenia dla sprawy. Dotyczy on bowiem konkretnego systemu, którego wykonawca Kapsch wcale nie musi zastosować. Wykonawca Kapsch nie był zobowiązany do podania nazwy systemu bezpieczeństwa. Zamawiający w celu doprecyzowania opisanego zakresu dokonał zmiany odpowiedzi na pytania, które zostały opublikowane 29 kwietnia 2023 roku, które wprost wskazują, że „Zamawiający nie narzuca konkretnego rozwiązania dla Wykonawcy, co należy interpretować jako dopuszczenie oprogramowania antywirusowego wbudowanego w system operacyjny stacji roboczej. Zamawiający informuje jednocześnie, że zgodnie z pkt 2.17 Załącznika nr 2 do OPZ, to Wykonawca jest w pełni odpowiedzialny z bezpieczeństwo stacji roboczych.". Po drugie, Izba wskazuje, że w pkt 1.6 pozycja nr 7 tabeli wykonawca Kapsch wskazał, że na systemy monitowania wraz z systemem security przeznacza 801 792,50 zł netto. Wykonawca wyjaśnił, że na Licencje - Narzędzie do automatycznego wykrywania incydentów przeznacza 273 892,50 zł netto. Kwota ta nie została w żaden sposób zakwestionowana przez Odwołującego 1. Po trzecie, jak wyjaśnił wykonawca Kapsch, przedstawiona na etapie wyjaśniania oferta S&T jest ofertą wariantową w pozycji 1 pkt C. Wykonawca Kapsch wyjaśnił, że zgodnie z tą ofertą zostanie podjęta ostateczna decyzja, czy zostanie zaimplementowane rozwiązanie oparte o Defendera czy o Apex One. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1, wykonawca Kapsch nie oferuje rozwiązania opartego wyłącznie na Windows Defender. Finalne rozwiązanie będzie wdrożone na etapie wykonania umowy, co jest dopuszczalne w świetle postanowień SWZ, bowiem Zamawiający nie wymagał wskazania konkretnego systemu. Wykonawca Kapsch podał koszt realizacji tej części zamówienia i należy podkreślić raz jeszcze, koszt ten nie został przez Odwołującego 1 zakwestionowany.

*Zarzut zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kapsch ze względu na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.*

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca oferty wykonawcy, która zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań

określonych w SWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. W omawianym stanie faktycznym Odwołujący 1 nie wykazał okoliczności faktycznych, które uzasadniałby zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Odnosząc się do poszczególnych argumentów podniesionych przez Odwołującego 1, Izba wskazuje, co następuje:

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w piśmie z dnia 12 czerwca 2023 r. wykonawca Kapsch wskazał, że cena jaką zaoferował za realizację zamówienia nie uwzględnia prawa opcji. Argumentacja Odwołującego 1 ponownie jest oparta w jednym zdaniu wykonawcy Kaspch wyrwanym z całego kontekstu wypowiedzi wykonawcy zawartej w przedmiotowym piśmie i jako taka nie zasługuje na aprobatę. Poza przywołanym jednym zdaniem, Odwołujący 1 nie odniósł się do żadnych danych i wyliczeń wykonawcy, z których można byłoby wywieść, iż wykonawca Kapsch uwzględnił prawo opcji i zysk z niego wynikający.

Po drugie, Izba uznała za niezasadny argument Odwołującego 1 o braku uwzględnienia koszty zapewnienia transmisji danych do innych lokalizacji niż stacje benzynowe. Jak Izba wskazała powyżej, wykonawca Kapsch oparł kalkulację ceny oferty o ofertę operatora Polkomtel, która obejmowała 105 stacji paliw, a więc 105 lokalizacji. Przyjęcie innego nazewnictwa w ofercie Polkomtel nie stanowi podstawy do uznania, że oferta wykonawcy Kapsch zwiera błąd w obliczeniu ceny. Z postanowień SWZ wynika obowiązek zapewnienia transmisji danych do 104 lokalizacji, a oferta Polkomtel jest sporządzenia dla 105 lokalizacji, zatem obejmuje swoim zakresem wymagania wskazane w SWZ. Izba raz jeszcze podkreśla, że Odwołujący 1 w żaden sposób nie wykazał jakikolwiek różnić cenowych w zakresie dostarczenia transmisji danych do stacji paliw czy do dodatkowych lokalizacji. Nie zakwestionował w żaden sposób wartości kosztów zapewnienia transmisji danych do 105 lokalizacji wycenionych przez wykonawcę Kapsch w ofercie.

Po trzecie, niezasadne jest stanowisko Odwołującego 1 w zakresie skalkulowania ceny oferty w oparciu o oferty podwykonawców i dostawców nieuwzględniających zmian warunków zamówienia, co stanowi błąd w obliczeniu ceny. Izba odniosła się powyżej to tego stanowiska Odwołującego 1. Odwołujący 1 po raz kolejny powołuje się na zmiany SWZ, które rzekomo miały wpływać na zmiany ofertach podwykonawców/dostawców nie wykazując w żaden sposób wpływu takich zmian SWZ na koszty realizacji zamówienia. Co więcej, wykonawca Kapsch potwierdził aktualność złożonych ofert w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny.

*Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – niezgodność oferty wykonawcy Kapsch w warunkami zamówienia*

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. Odwołujący 1 nie wykazał w jakim zakresie, z jakimi postanowieniami SWZ oferta wykonawcy Kapsch jest niezgodna. Zdaniem Izby, Odwołujący 1 wykreował niezgodność oferty wykonawcy Kapsch poprzez zastosowane nieprawidłowej i rozszerzającej wykładni postanowień SWZ.

Po pierwsze, niezasadny jest argument Odwołującego 1 o niezgodności oferty wykonawcy Kapsch z warunkami zamówienia z uwagi na brak możliwości zrealizowana zamówienia przy pomocy stacji sieci BP, CircleK i Anwim. Izba odniosła się do argumentów Odwołującego 1 powyżej. Raz jeszcze należy podkreślić, że z postanowień SWZ jasno wynika, że sieć punktów dystrybucji będzie określona przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia. Nie ma podstaw do stwierdzenia żadnych niezgodności oferty wykonawcy Kapsch z warunkami zamówienia.

Po drugie, niezasadne jest również stanowisko Odwołującego odnośnie antywirusa i zabezpieczenia przed wyciekiem danych. Zamawiający nie wskazał w SWZ żadnego wymaganego oprogramowaniaantywirusowego. Jak zostało wyjaśnione powyżej, oferta S&T jest ofertą wariantową w pozycji 1 pkt C. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1, wykonawca Kapsch nie oferuje rozwiązania opartego wyłącznie na Windows Defender. Wykonawca nie był zobowiązany nawet do określenia oferowanego systemu zabezpieczenia, ale wyłącznie do wyceny kosztów jego wdrożenia. Koszty te zostały określone przez wykonawcę Kapsch, zaś Odwołujący 1 nie zakwestionował ich wartości.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego 1 za niezasadne, a w konsekwencji oddaliła odwołanie.

**Sygn. akt: KIO 2421/23**

W pierwsze kolejności Izba zauważa, że stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt: KIO 2416/23 w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kapsch z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca Kapsch nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.4.2. SWZ odnosi się do tożsamego zarzutu podniesionego przez

Odwołującego 2. Zdaniem Izby, argumenty podniesione przez Odwołującego 2 są niezadane. Izba przestawiła szczegółowe stanowisko w tej kwestii pierwszej części uzasadnienia w sprawie KIO 2416/23.

Po drugie, niezasadny jest zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kapsch z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia sporny Warunek udziału w Postępowaniu. Izba uznała bowiem, że wykonawca Kapsch wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu wskazany w pkt 7.1.4.2 SWZ.

Po trzecie, niezasadny jest zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Kapsch do wyjaśnień w zakresie projektu referencyjnego wskazanego w wykazie usług na potrzeby wykazania spełnienia Warunku, pomimo tego, że na podstawie przedłożonego wykazu usług oraz dokumentów dołączonych do wykazu, Zamawiający dochowując należytej staranności, powinien co najmniej powziąć wątpliwość co do zakresu i charakteru prac wykonanych przez Kapsch, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie stosownych wyjaśnień w tym zakresie. Izba uznała, że wykonawca Kapsch wykazał spełnienie spornego warunku, złożył odpowiednie wyjaśnienia i dokumenty. Zdaniem Izby nie zachodziły przesłanki do nakazania Zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy Kapsch do składania wyjaśnień. Szczegółowe uzasadnienie została zawarte w pierwszej części uzasadnienie wyroku w sprawie KIO 2416/23 powyżej.

Po czwarte, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kapsch, pomimo tego, że wykonawca Kapsch zaoferował cenę, koszt oraz ich istotne części składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie złożył stosownych wyjaśnień, w tym dowodów w stosunku do istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny całkowitej oraz jej istotnych elementów składowych. Izba wskazuje, że argumentacja Izby zawarte w części pierwszej uzasadnienia w sprawie KIO 2416/23 odnosi się również do zarzutu podniesionego przez Odwołującego 2. Uzupełniająco Izba wskazuje, że Odwołujący 2 w żaden sposób nie wykazał, że koszty przeprowadzenia szkoleń personelu oraz aktualizacji podręcznika operacyjnego stanowią istotną część składową ceny. Odwołujący 2 przywołuje w treści uzasadnienia zarzutu regulacje prawne dotyczące badania przez Zmawiającego prawidłowości wyceny istotnych części składowych ceny, ale w żaden sposób nie odnosi się w swojej argumentacji dlaczego kwestionowane przez niego części usług składające się na zamówienie należy uznać za istotne części składowego ceny, czy to ze względu na ich wartość czy ze względu na ich charakter i znaczenia dla realizacji zamówienia. Po drugie, Izba wskazuje, w SWZ Zamawiający nie wymagał sporządzenia żadnego szczegółowego kosztorysu ofertowego. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wykonawca Kapsch przedstawił zestawienie kluczowe pozycje kosztowych (w ujęciu rodzajowym), a nazwy pozycji nie odpowiadają (nie są tożsame) z niektórym elementami zamówienia (np. w tabeli nie ma odniesienia do kosztów przeprowadzenie szkoleń personelu czy aktualizacja podręczników operacyjnych), co jednak nie stanowi o tym, że elementy te nie zostały ujęte w ofercie Kapsch jak podnosi Odwołujący 2. Zdaniem bowiem Izby, wykonawca Kapsch nie miał obowiązku wskazywać i rozbijać kosztów tak, aby wyodrębnić koszt przeprowadzenia szkoleń personelu w zakresie usług świadczonych w punktach dystrybucji oraz aktualizacji podręcznika operacyjnego. Taki wymóg nie wynikał z postanowień SWZ, ani z wezwania Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie żądał szczegółowego formularza cenowego, a wyłącznie przedmiotowo istotne uznał za podanie wartości dotyczących ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 punkcie dystrybucji oraz ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi za 1 dodatkowe kompletne stanowisko.

Po trzecie, w swojej argumentacji Odwołujący 2 pominął całkowicie, że w pkt 8 tabeli będącej częścią pkt 1.6 wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca Kapsch zawarł następującą pozycję kosztową: „Koszty pracy KTS PL wdrożenie oraz operacje w tym obsługa 1 linii wsparcia, przedstawiciele regionalni, obsługa techniczna, obsługa kontraktu, auta, koszty podróży służbowych". Ww. pozycję kosztową wyceniono na 10 280 443,73 zł netto. Ponadto w pkt 1.11 ww. wyjaśnień wykonawca Kapsch wyjaśnił, co zawiera w sobie pozycja kosztowa, o której mowa w pkt 8 ww. tabeli: „Pozycja: Koszty pracy KTS PL wdrożenie oraz operacje w tym obsługa 1 linii wsparcia, przedstawiciele regionalni, obsługa techniczna, obsługa kontraktu, auta, koszty podróży służbowych, obejmuje wszystkie elementy związane z zaangażowaniem pracy ludzkiej, tj. również koszt pracy działów wsparcia (HR, księgowość, pomoc prawna i administracja), koszty zapewnienia biura oraz wyposażenia w narzędzia pracy (sprzęt komputerowy wraz z licencjami oprogramowania)". W zestawieniu ww. pozycji kosztowej (i jej wyjaśnieniach), wbrew twierdzeniom Odwołującego 2, wyodrębnić można zatem koszty pracy, w zakresie których wyceniono wszystkie elementy związane z zaangażowaniem pracy ludzkiej, w tym między innymi koszt przeprowadzenia szkoleń personelu w punktach dystrybucji i koszt aktualizacji podręcznika operacyjnego. Odwołujący 2 w żaden sposób nie zakwestionował wyceny kosztów pracy dokonanej przez wykonawcę Kapsch, jak również nie wykazał, iż kwota ta jest zbyt niska, aby objąć swoim zakresem również koszty pracy związane ze szkoleniami czy aktualizacji podręcznika. W istocie argumentacja Odwołującego 2 sprowadza się do twierdzenie, że skoro brak jest w treści wyjaśnień odniesienia się bezpośrednio do kosztów związanych ze szkoleniami i aktualizacją podręcznika, to uznać należy, że wyjaśnienia są niepełne, niewystarczające, a w konsekwencji oferta wykonawcy Kapsch podlega odrzuceniu. Zdaniem

Izby nieuprawnione jest formułowanie zarzut naruszenia art. 224 ust. 4 i 5 ustawy Pzp poprzez doszukiwanie się w wyjaśnieniach wykonawcy braku odniesienia się do najmniejszych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Celem składnych wyjaśnień jest wykazanie, że przyjęte przez wykonawcę założenia co do wyceny kosztów realizacji zamówienia są rynkowe, realne i dostępne wykonawcy, a tym samym wykazanie, że przyjęta poziom kosztów jest realny. Nie chodzi zatem o odniesienie się do każdego i najdrobniejszego elementu składającego się na zamówienia. Wymaganie od wykonawcy tak drobiazgowego rozbicia kosztów realizacji zamówienia musiałoby wynikać z postanowień SWZ i być uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Nałożenie na wykonawców obowiązku sporządzania zbyt drobiazgowych kosztorysów stałoby w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. W analizowanym stanie faktyczny, na co słusznie wskazał wykonawca Kapsch, koszty szkoleń i aktualizacji podręczników stanowi niewielki ułamek kosztów realizacji zamówienia. Nie mogą być uznane za istotne części składowe ceny. Mają również marginalny wpływ na ogólne koszty realizacji zamówienia. Odwołujący 2 nawet nie wykazał jakie potencjalnie, w jego ocenie, wykonawca będzie ponosił koszty w tytułu realizacji tych usług. Zarzut Odwołującego 2 sformułowany został wyłącznie w oparciu o założenie, że wykonawca Kapsch był zobowiązany wyszczególnić te koszty w złożonych wyjaśnieniach. Izba nie podziela takiego stanowiska. Wykonawca Kapsch wyszczególnił koszty rodzajowe, w tym koszty pracy. Szkolenia i aktualizacje podręczników są nieodzownie związane właśnie z tymi kosztami. Brak zakwestionowania przez Odwołującego 2 tej pozycji kosztowej czyni zarzut niezasadnym.

Zdaniem Izby niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kapsch, pomimo tego, że Kapsch złożył ofertę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem nie uwzględnia istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, tj. przeprowadzenia szkoleń personelu w zakresie usług świadczonych w punktach dystrybucji (pkt 2.3 oraz 4.10 OPZ) oraz aktualizacji podręcznika operacyjnego (pkt 3.5. oraz 10 OPZ). Zdaniem Izby Odwołujący 2 nie wykazał sprzeczności oferty wykonawcy Kapsch, na którą się powołuje. Odwołujący 2 nie wskazał, nie sprecyzował żadnego oświadczenia wykonawcy Kapsch zawartego w ofercie czy w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach, które pozostawałoby w sprzeczności w warunkami zamówienia. Odwołujący 2 zasadność zarzut oparł na złożeniu, którego poprawności nie wykazał. Odwołujący 2 bowiem bezpodstawnie przyjął, że wykonawca Kapsch był zobowiązany do przedstawienia szczegółowego kosztorysu realizacji zamówienia, z uwzględnieniem każdego elementu składającego się na zamówienie. Izba wskazała powyżej, że taki obowiązek nie wynikał z warunków zamówienia. Wykonawca Kapsch złożył rozbicie kosztów zamówienia w ujęciu rodzajowym. Pozycje te nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego 2. Z tabeli i wyjaśnień nie wynika w żaden sposób, iż oświadczenia wykonawcy Kapsch pozostaje w sprzeczności z warunkami zamówienia.

*Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „UZNK") – wyjaśnienia wykonawcy Integrated*

W ocenie Izby zarzut jest zasadny, jednakże potwierdzenie jego zasadności pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zasadność w/w zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę, że oferta wykonawca Kapsch został prawidłowo wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu, zatem stwierdzenie nieprawidłowości w ocenie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny pozostaje bez wpływu na wynika postępowania, bowiem nie doprowadzi do jego zmiany.

Izba wskazuje na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że warunkiem sine qua non do uznania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest w pierwszej kolejności zastrzeżenie przez wykonawcę takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz równoczesne wykazanie przez wykonawcę, iż spełniały się ustawowe przesłanki do ich zastrzeżenia. Niedochowanie takie trybu ochrony informacji i bez wykazania przez wykonawcę przesłanek ich zastrzeżenia, skutkuje ich ujawnieniem przez zamawiającego.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

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

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zmawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji dokumentów złożonych w postępowaniu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym wykonawca Integrated nie wykazał przesłanek koniecznych do ochrony informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, Zamawiający dokonując ponownej analizy treści uzasadnienia złożonego przez wykonawcę Integrated w sposób prawidłowy ustalił, że wymagane przesłanki do ochrony informacji nie zostały spełnione przez wykonawcę. Zamawiający w sposób szczegółowy odniósł się do poszczególnych części uzasadnienia złożonego przez wykonawcę Integrated. Izba w pełni aprobuje stanowiska Zamawiającego i przyjmuje je za własne. Uzupełniająca Izba wskazuje, że oferty cenowe otrzymane od podwykonawców, dostawców czy partnerów biznesowych na potrzeby realizacji konkretnego zamówienia mogą stanowić informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wykaże, że takie informacje posiadają jakąkolwiek obiektywną wartość gospodarczą. Innymi słowy, zadaniem wykonawcy jest wykazanie, że takie informacje mogą być wykorzystane przez inne podmioty działające na rynku, a w konsekwencji narażać wykonawcę na straty finansowe, utratę pozycji na rynku, pogorszenie swojej sytuacji na rynku. W analizowanym stanie faktycznym, wykonawca Integrated nie wykazał takich okoliczności.

Wykonawca Intergated w piśmie stanowiącym zastrzeżenie nieudostępnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób bardzo ogólny stwierdza, że ujawnienie informacji na temat kosztów pozyskania urządzeń i oprogramowania przez innych uczestników rynku byłoby dla wykonawcy bardzo negatywne i pozwoliłoby ocenić, jakiej wysokości koszty ponosi wykonawca przy kalkulacji tego zakresu ofert. Wiedza ta pozwoliłaby konkurentom nie tylko na odpowiednie dostosowanie swoich ofert cenowych do tego poziomu w innych postępowaniach, ale mogliby oni również dążyć do tego, aby pozyskać analogiczne warunki cenowe od dostawców sprzętu i oprogramowania, co z kolei doprowadzi do utraty, a przynajmniej zmniejszenia, przewagi konkurencyjnej wykonawcy, związanej z rabatami uzyskanymi na skutek wieloletniej współpracy z dostawcami urządzeń sieciowych. Zdaniem Izby na podstawie takich twierdzeń nie można zastrzeżonym informacjom przysypiać wartości gospodarczej. Po pierwsze, zastrzeżone oferty handlowe są przygotowane na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnych wymagań Zamawiającego wskazanych

w SWZ. Przedmiotowe postępowanie, co potwierdził również wykonawca Integrated podczas rozprawy, jest przeprowadzane sporadycznie, zaś wymagania określone przez Zamawiającego są określone z uwzględnieniem stanu rozwoju technologicznego i rozwoju infrastruktury informatycznej na moment jego rozpoczęcia. Jest oczywistym dla Izby, ze postęp technologiczny obserwowany we współczesnym świecie jest tak szybki, że wymagania co do urządzeń, ich parametrów ulegają systematycznemu rozwojowi i zmianie. Nieracjonalne jest przejmowanie ich stałego charakteru. Stąd też, zdaniem Izby, oferty handlowe na zakup konkretnych urządzeń, o konkretnych parametrach technicznych wskazanych w SWZ mają wartość tylko w tym konkretnym postępowaniu. Wykonawca Integrated nie wykazał, nie uprawdopodobnił w jaki sposób inny wykonawca miały hipotetycznie skorzystać z jego ofert handlowych w innych postępowaniach. Ponadto, Izba wskazuje, że w złożonych ofertach brak jest adnotacji ze strony dostawców, że przedstawione w niej warunki stanowią wynik wieloletniej współpracy handlowej. Brak jest również wskazania, że rabaty zaoferowane wykonawcy Integrated są specjalnymi rabatami dostępny tylko dla wykonawcy Integrated, a nie powszechnie stosowanym na rynku. Należy w pełni zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że istota przytoczonych twierdzeń wykonawcy Integrated sprowadza się do tego, że – specjalny charakter złożonych ofert - wynika w dużej mierze z twierdzeń samego wykonawcy Integrated, tymczasem informacje o kwestiach związanych z uzyskaniem określonych „szczególnych warunków cenowych", nie wynikają z ofert podmiotów deklarujących współpracę z wykonawcą.

Odnosząc się do argumentów wykonawcy Integrated o podpisywaniu umów o zachowanie poufności/zmieszanie w umowach klauzul poufności, Izba wskazuje, że określona informacja handlowa nie uzyskuje wartości gospodarczej wyłącznie poprzez objęcie jest klauzulą poufności. Gdyby przyjąć taką praktykę za dopuszczalną, to każda informacja dotycząca działalności danego przedsiębiorstwa mogłaby być uznana za tajemnice przedsiębiorstwa poprzez wprowadzenie odpowiedniej klauzuli umownej czy też poprzez czynność wykonawcy polegająca na oznaczeniu jej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informacja nie uzyskuje wartości gospodarczej wyłącznie poprzez zakwalifikowanie jej jako poufnej przez wykonawcę.

Dalej Izba wskazuje, że Zamawiający poprawnie uznał, że wykonawca Integrated nie wykazał, ze oferty złożone przez: PKN Orlen, Circel K, Moya, BP Polskie Konsorcjum Gospodarcze S.A. miały obiektywną wartość gospodarczą. Złożone przez wykonawcę dokumenty wprawdzie zawierają informacje w ofertach przedwstępnych dotyczące ich zastrzeżenia, jako poufne, ale jak Izba wskazał powyżej, nie ma podstaw to uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie na podstawie czynności kwalifikowanej danego podmiotu poprzez oznaczenie jej „tajemnica przedsiębiorstwa". Wykonawca ma obowiązek wykazać jej obiektywną wartość gospodarczą. Co więcej z dokumentów dołączonych w wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie stacji benzynowych PKN Orlen, Circel K, Moya, BP złożono dokument w postaci porozumienia o zachowaniu poufności, jednak podmiotem odpowiedzialnym za zachowanie ich w poufności jest wyłącznie dany podwykonawca. Tym samym należy uznać, że sami podwykonawcy nie widzieli podstawy, aby zastrzec oferty w zakresie punktów dystrybucji tajemnicą przedsiębiorstwa, tak, więc trudno tym informacjom przypisać wartość gospodarczą.

Odnosząc się informacji dotyczycących sposobu obliczenia ceny, Izba podkreśla, że w złożonych wyjaśnieniach nie ma opisu żadnej metodologii obliczenia ceny. Podanie danych liczbowych związanych z realizacją konkretnych zadań wynikających z postanowień SWZ i wyliczonych na podstawie zakresu obowiązków opisanych przez Zamawiającego dla konkretnego postępowania nie ma, zdaniem Izby, obiektywnej wartości gospodarczej. Niewątpliwe przygotowanie takiej kalkulacji wymaga zaangażowania wykonawcy, ale jest to element subiektywny w ocenie wartości gospodarczej. Zdaniem Izby wyliczenia kosztów realizacji zamówienia są wyłącznie określonymi założeniami wykonawcy co do przewidywanych kosztów realizacji zamówienia. Dane te - poza ramy konkretnego postępowania przetargowego w ramach którego zostały przygotowane – mają ograniczone i znikome zastosowanie. Trudno bowiem racjonalnie założyć, że systemie zamówień publicznych są prowadzone dwa identyczne postępowania przetargowego. Oczywiście mogą występować postępowania rodzajowe podobne. Tyle tylko, że wykonawca winien wykazać, które informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter uniwersalny, wychodzący poza ramy konkretnego postępowania, dzięki którym uzyskuje on korzystne warunki, które przedkładają się na koszty jego funkcjonowania, a w konsekwencji jego pozycję na rynku. Zdaniem Izby wykonawca Integrated takich informacji nie wyszczególnił. Nie ma w wyjaśnieniach opisu żadnych metodologii wyliczenia cen czy szczególnych zasad realizacji kontraktów publicznych.
Izba stoi na stanowisku, że poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny globalnej co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby, informacje dotyczące kosztów pracy jakie wykonawca zawarł w wyjaśnieniach są ogólne. Wykonawca Integrated posługuje się do szacowania wartości poszczególnych prac określeniem „osobodni", bez sprecyzowania znaczenia takiego pojęcia. W wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek opisu zasad zarządzania czasem pracy pracowników, unikalnego dla wykonawcy i wdrożonego w przedsiębiorstwie, którego ujawnienia mogłoby narazić wykonawcę na jakieś straty. Ogólny opis liczby i sposobu zaangażowania pracowników do realizacji konkretnego zamówienia, w konkretnym postępowaniu prowadzanym przez Zamawiającego odnosi się wyłącznie do konkretnego stanu faktycznego związanego z danym postępowaniem. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił jak obiektywnie informacje zawarte w wyjaśnieniach w zakresie szacowania godzin pracy wymaganych do realizacji zamówienia może być wykorzystanie przez innych wykonawców.
Izba zgadza się z Zamawiającym, że nie sposób przypisać obiektywnej wartości gospodarczej informacjom dotyczącym tego, że wykonawca będzie korzystał z zasobów infrastrukturalnych na bazie własnej chmury prywatnej, czy zastosuje określone systemy monitorowania Zabbix czy serwer pocztowy Postfix. Po pierwsze, są to rozwiązanie powszechnie znane na rynku. Po drugie, w treści wyjaśnień nie ma żadnych szczegółowych informacji w jaki sposób te rozwiązania są wdrożone u wykonawcy Integrated, w jaki sposób wpływają one na koszty działalności przedsiębiorstwa, jakie szczególne i konkretne rozwiązania technologiczne stosuje wykonawca Intergated dzięki którym ma przewagę nad innymi wykonawcami. Nadto, Izba wskazuje, że zastrzeżone informacje są wyłącznie deklaracjami wykonawcy co do tego jakie rozwiązanie będzie stosował, jeśli będzie realizował zamówienia. Trudno uznać deklaracje wykonawcy za informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach nie ma żadnych konkretnych danych, rozwiązań, analiz, które poza tym przedmiotowym postępowaniem, mogłyby być wykorzystanie przez innych wykonawców działających na rynku. Deklaracje wykonawcy, niezależnie jak innowacyjne i kreatywne, są wyłącznie deklaracjami i bez oparcia ich w konkretnych rozwiązaniach umownych, pozostają tylko retoryką wykonawcy, a ta z pewnością nie może być objęta ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Słusznie również wskazał Zamawiający, że samo wdrożenie i utrzymanie określonych rozwiązań informatycznych zostało określone bardzo ogólnie globalną kwotą, co zdaniem Izby nie pozwala przypisać tym informacjom wartości gospodarczej, gdyż takie ogólne informacje nie mogą być w jakikolwiek sposób wykorzystanie przez inne podmioty gospodarcze działające na rynku.

Podobnie nie sposób przypisać informacjom dotyczącym teletransmisji danych wartość gospodarczą. To, że jeden z członków konsorcjum (Integrated Solutions Sp. z o.o.) jest związany z Orange Polska S.A. jest powszechnie znaną wynika ona chociażby z KRS. Trudno w takim układzie przypisywać informacjom podanym przez wykonawcę w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczącym dysponowania rozległą siecią serwisową jakiś szczególny walor.

Zdaniem Izby, wykonawca Integrated nie wyjaśnił jak jego oświadczenia zwarte w wyjaśnieniach mogą być wykorzystane przez innego wykonawcę, jaka jest obiektywna wartość tych rzekomych unikalnych rozwiązań, sięgającą poza ramy tego konkretnego postępowania. Na pytanie Izby czy wykonawca Integrated rzeczywiście poniósł jakiejkolwiek milionowe straty z tytułu ujawnienia informacji zastrzeżonych w postępowaniach przetargowych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykonawca oświadczył, że nie posiada takiej wiedzy. W ocenie Izby, wyjaśnienia zawierają pewne projekcje wykonawcy co zakresu wymaganych nakładów pracy czy urządzeń, oparte na indywidualnych założeniach wykonawcy. Założenia te po pierwsze mogły zostać określone przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy, co już rodzi zasadne wątpliwości co do możliwości ich wykorzystania przez innych wykonawców. Po drugie, wykonawca Intergated nie wykazał, że tym założeniom można przypisać obiektywną wartość gospodarczą i w czym ona się wyraża. Wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej nie może być rozumiane jedynie jako posłużenie się ogólnymi twierdzeniami przez wykonawcę o gotowych rozwiązanych, z których mogą skorzystać konkurenci. Takich gotowych rozwiązań, które potencjalnie inni wykonawcy mogliby wykorzystać, Izba nie odnalazła w treści wyjaśnień.

Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli wykonawca Integrated chciał zastrzec wyjaśnienia jako autorskie zestawienie określonych informacji, to takich okoliczności nie wskazał i nie wykazał na czym owe autorskie rozwiązanie miałoby się wyrażać. Zdaniem Izby, nie może być też tak, że sam fakt zestawienia określonych informacji przez wykonawcą kwalifikuje wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi wykazać, iż takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Jeśli zaś wykonawca Integrated chciał objąć ochroną określone informacje zawarte w wyjaśnieniach, to takie informacje powinny być wyszczególnione, wykonawca winien wykazać na czym polega ich obiektywna wartość gospodarczą, wykonawca winien chociażby wykazać przykładowe okoliczności w jakich inne podmioty mogłyby wykorzystać zastrzeżone informacje, w przypadku ich ujawnienia. Wykazanie jednakże nie może się ograniczyć do stwierdzenia, że istnieje ryzyko ich wykorzystania w innych postępowaniach. Zdaniem Izby, wykonawca Integrated nie wykazał, że takie ryzyko mogłoby się zmaterializować w jakichkolwiek sposób, bowiem informacje zastrzeżone przez wykonawcę dotyczą konkretnego postępowania i konkretnych uwarunkowań w jakich wykonawca

szacuje koszty i sposób jego realizacji.

Odnosząc się do informacje co do których, Zamawiający utrzymał tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

- Koszt wyposażenia punktu dystrybucji w postaci urządzenia: Brother DCPB7520DWYJ1 – dokument: oferta Brother.
- Koszt wyposażenia punktu dystrybucji w postaci urządzenia: drukarka fiskalna – dokument: oferta Polskie Centrum Kas Fiskalnych Sp. z o.o.
- Tenable.sc – Subscription IP Bands: 500 - Oprogramowanie do zarządzania oprogramowaniem antywirusowym – dokument: oferta Tenable.
- Koszt zakupu: Urządzenie typu Zapora Sieciowa, Serwis dla urządzeń typu Zapora Sieciowa, Oprogramowanie do zarządzania urządzeniami typu Zapora Sieciowa, Oprogramowanie do zarządzania urządzeniami typu Zapora Sieciowa, Licencje do oprogramowania do zarządzania urządzeniami typu Zapora Sieciowa (ang. Firewall) zwiększające pojemność zapisu danych, Serwis dla oprogramowania do zarządzania urządzeniami typu Zapora Sieciowa, Licencje do oprogramowania do zarządzania urządzeniami typu Zapora Sieciowa (ang. Firewall) umożliwiająca automatyzację wgrywania konfiguracji urządzeń – dokument: oferta Fortinet.

Zdaniem Izby, wykonawca Integrated nie wykazał, że oferty w całości powinny zostać objęte ochroną jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze, w ich treści brak jest jakiejkolwiek adnotacji, że oferta w całości czy też poszczególne informacje w niej zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Już tylko na tej podstawie, dokumenty te nie zasługują na ochronę. Gdyby rzeczywiście podmioty składające ofertę wykonawcy Integrated traktowały je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, to taka adnotacja niewątpliwie zostałaby zamieszczone w ich treści. Po drugie, wykonawca Integrated samodzielnie zakwalifikował dokumenty pochodzącego od podmiotu trzeciego jako własną tajemnicę przedsiębiorstwa. Rodzi się zatem pytanie co stanowi dla wykonawcy Integrated tajemnicę przedsiębiorstwa czy fakt otrzymania oferty od danego podmiotu/współpracy z danym podmiotem czy informacje zawarte w ofercie. Informacje zawarte w ofercie dotyczą również innego przedsiębiorstwa, a więc nie są przynależne do wykonawcy Integrated i wykonawca Integrated jest władny decydować o tym czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli wykonawca Integrated dążył do ochrony informacji o fakcie współpracy z danym podmiotem, to bezpodstawne było zastrzeganie całego dokumentu. Wykonawca w takiej sytuacji miał obowiązek wykazać obiektywną wartość gospodarczą faktu współpracy z określonym podmiotem trzecim. Zdaniem Izby tego również wykonawca Integrated nie wykazał. Argumentacja wykonawca jest ogólna i odnosi się zbiorczo do wieloletniej współpracy ze wszystkimi podmiotami trzecimi. Fakt współpracy z podmiotami trzecimi jest naturalnym elementem występującym na rynku. Jeśli rzeczywiście współpracy z danym podmiotem ma jakiś specyficzny charakter, uwarunkowania, to wykonawca Integrated winien to wykazać w treści uzasadnienia. Takich okoliczności Izba jednak nie odnalazła. Odnosząc się do argumentu dotyczącego wskazania w ofertach rabatu, Izba wskazuje, że oferowanie rabatów na rynku jest powszechną praktyką. Nie jest fakt podlegający ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca winien wykazać, że dany rabat określony w ofercie jest unikalny dla niego, a wykazanie takiej okoliczności wymaga zaangażowania podmiotu udzielającego rabatu i jego oświadczenia o specjalnym, indywidualnych preferencjach oferowanych wykonawcy, który podlegają ochronie. W uzasadnieniu wykonawcy Integrated Izba nie odnalazła takich stwierdzeń, podobnie jak w ofertach. W konsekwencji, Izba uznała, że również nie zasługują na ochronę oferty podwykonawców wskazane powyżej.

Jak Izba wskazał powyżej, zarzut podniesiony przez Odwołującego 2 jest zasadny, jednakże jego zasadność pozostaje bez wpływu na wynik Postępowania, co w konsekwencji skutkowało oddaleniem odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący**: **…..……..……..……..**

**……..……..……..……..**

**……..……..……..……..**