Sygn. akt: KIO 266/16

WYROK
z dnia 14 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Marek Koleśnikow
Grzegorz Matejczuk
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BIKEU sp. z o.o., Homeport s.r.o., ul. E. Plater 53, 00 – 113 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasto Szczecin, pl. Armii Krajowej 1, 70 – 456 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Nextbike Polska Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BIKEU sp. z o.o., Homeport s.r.o., ul. E. Plater 53, 00 – 113 Warszawa,** i:
   2.1. 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: BIKEU sp. z o.o., Homeport s.r.o., ul. E. Plater 53, 00 – 113 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BIKEU sp. z o.o., Homeport s.r.o., ul. E. Plater 53, 00 – 113 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Nextbike Polska Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 266/16

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„rozbudowa kompleksowego systemu wypożyczania rowerów - Szczeciński Rower Miejski - Bike_S - II etap (dalej zwanego Bike_S - II etap), kompatybilnego z obecnie funkcjonującym systemem Bike_S”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2015 r. pod numerem 2015/S 246-446916.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zaniechania wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujący") oraz zaniechania odrzucenia tejże oferty. Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że ta oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ");
2) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że ta oferta zawiera oświadczenia ewidentnie sprzeczne z wcześniejszymi oświadczeniami Przystępującego, tj. że z przyczyn technicznych nie jest w stanie zaoferować Zamawiającemu przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ;
3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że ta oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwaną dalej „u.z.n.k.", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
5) naruszenie art. 90 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, pomimo że ta oferta winna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za zaoferowaną cenę;
6) naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i wzywanie do wyjaśnienia treści oferty Przystępującego w trybie tego artykułu.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania podając, iż ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania i:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego;
2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz odrzucenia Przystępującego, ponieważ, zdaniem Odwołującego, jest niezgodna z SIWZ;
3) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego, ponieważ w ocenie Odwołującego, zawiera rażąco niską cenę;
4) nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert;
5) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienie treści oferty Przystępującego w zakresie szczegółowego wyjaśnienia, czy oferta ta dotyczy rozwiązania kompatybilnego z Systemem Bike_S;
6) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienie treści oferty Przystępującego w zakresie szczegółowego wyjaśnienia, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale 15 pkt 2 lit. A ppk 7 i 10 SIWZ wskazał, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in.: *„zapewnienie kompatybilności systemu z już istniejącym sprzętem do obsługi i kontroli Bike_S, który* stanowi wyposażenie Centrum Kontroli i Kontaktu z nowymi elementami systemu Bike_S - II etap w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego *oraz zapewnienie kompatybilności Bike S-II etap z już istniejącym oprogramowaniem oraz*

licencjami do kompleksowej obsługi w tym administrowania systemem". Jednocześnie Odwołujący podał, że Przystępujący słusznie podniósł podczas rozprawy w dniu 14 stycznia 2016 r., że: *„Kompatybilność powinna być rozumiana na dwóch płaszczyznach, tj. sprzęt oprogramowanie oraz sprzęt i sprzęt"* (protokół z rozprawy z dnia 14.01.2016 r. str. 3). Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższe twierdzenie zostało doprecyzowane w piśmie procesowym Przystępującego, złożonym w postępowaniu o sygn. KIO 2866/15. W pkt I ppkt

---

5 niniejszego pisma procesowego Przystępujący zaznaczył, że: *„Realizacja przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wymaga zapewnienia kompatybilności pomiędzy istniejącym (Bike_S), a tym który ma być dostarczony (Bike_S II). Kompatybilność ta powinna być zapewniona na dwóch płaszczyznach:*

1) *sprzęt-sprzęt, co polega w uproszczeniu na tym, aby rowery mogły być swobodnie wymieniane pomiędzy systemami, tj. dostarczone w ramach Bike_S mogły być wpięte do stojaków Bike_S II i odwrotnie. Taka konieczność zachodzi bez względu na to czyje oprogramowanie wykonawca użyłby do realizacji zamówienia, czy swoje, czy cudze;*
2) *sprzęt - oprogramowanie, co polega na tym, aby:*
   a) *sprzęt informatyczny dostarczony w ramach Bike_S II współpracował z oprogramowaniem Homeport - dotyczy sytuacji, gdy wykonawca miałby użyć oprogramowania Homeport;*
   b) *sprzęt informatyczny dostarczony w ramach Bike_S współpracował z oprogramowaniem dostarczonym przez wykonawcę - dotyczy sytuacji, gdy wykonawca dostarczy własne oprogramowanie nie tylko dla Bike_S II, ale także dla Bike_S."*

W ocenie Odwołującego, Przystępujący prawidłowo ustalił jak należy rozumieć treść SIWZ i jak należy zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, fundamentalne znaczenie ma oświadczenie Przystępującego złożone w odwołaniu z dnia 30 grudnia 2016 r., gdzie wykonawca ten oświadczył, że: *„Powyżej wskazane nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia nie tylko uniemożliwiają Odwołującemu zweryfikowanie czy jest w stanie z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zaoferować Zamawiającemu przedmiot zamówienia zgodny z siwz ale również dokonanie wyceny oferty".*

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że pomimo powyżej przywołanych oświadczeń, składanych przez Przystępującego, Wykonawca ten złożył ofertę i zaproponował cenę 4.187.678,00 zł. Natomiast Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert pominął fakt, że Przystępujący przed dniem składania ofert jednoznacznie twierdził, że z przyczyn technicznych lub organizacyjnych nie jest w stanie zaoferować Zamawiającemu rozwiązania zgodnego z SIWZ. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, zignorował także oświadczenie, że Przystępujący nie jest w stanie prawidłowo wycenić swojej oferty.

W tym miejscu Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 184/15, *„niedopuszczalne jest zachowanie, gdy zamawiający powziął prawdopodobną wiadomość o możliwości wystąpienia sytuacji podania przez wykonawcę oświadczenia woli nieodpowiadającego stanowi rzeczywistemu, o treści kolidującej z treścią SIWZ, i zamawiający nie zmierzał do*

---

wyjaśnienia tego stanu rzeczy" (LEX nr 1654730).

Odwołujący podkreślił również, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 398/15, *„zasada przejrzystości nie została expressis verbis wymieniona w p.z.p. - faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji - jednak znajduje wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak np. art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 p.z.p. Z zasad tych (zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wynika m.in., że wszystkie istotne warunki prowadzenia przetargu i wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być wskazane w SIWZ, w tym także kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny ofert według tych kryteriów (art. 36 ust. 1 pkt 13 p.z.p.), a także - przede wszystkim - to, że zasady te nie mogą się zmieniać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (poza dozwolonymi zmianami specyfikacji). Niedopuszczalna jest jednak zmiana SIWZ, a więc i zasad prowadzenia przetargu oraz*

wyboru oferty najkorzystniejszej, po upływie terminu składania ofert" (LEX nr 1676151).

Odwołujący podniósł również, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady stanowi uprawnienie zamawiającego a nie jego obowiązek i stosowanie tej normy jako obowiązkowej należy każdorazowo oceniać indywidualnie (wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 370/15). Zatem, zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiło obowiązek Zamawiającego, zgodnie z zasadą przejrzystości oraz zasadą równego traktowania wykonawców.

Dalej Odwołujący zauważył, że zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2015 r., Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest udzielić wyczerpującej informacji pozwalającej zamawiającemu co najmniej poznanie zakresu modyfikacji, tak aby mógł ocenić realność deklaracji wykonawcy stojącej w sprzeczności z oficjalnymi broszurami informacyjnymi producenta urządzenia (LEX nr 1796855).

Odwołujący podał, że załącznikiem do odwołania jest dokument - *Porównanie systemów rowerowych Homeport (Bike_S Szczecin) oraz Nextbike Polska Sp. z o.o.* Odwołujący podniósł, że dokument ten obrazuje zasadnicze równice pomiędzy Bike_S a rozwiązaniem oferowanym przez Przystępującego.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1474/15, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje ustalić treść SIWZ oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę.

Odwołujący powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1464/15, w którym zwrócono uwagę, że *„żaden z przepisów ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie określa, w jaki sposób zamawiający ma konstruować pytania, jednocześnie cel jakiemu służy procedura wyjaśnień oferty uprawnia zamawiających do jasnego, precyzyjnego, jednoznacznego określania pytań bądź*

---

wskazywania elementów, które mają zostać wyjaśnione. Lakoniczne, niezrozumiałe oraz nieodnoszące się do konkretnych elementów wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadziłoby do fałszywego stosowania procedury wyjaśnienia treści oferty. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 p.z.p. powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego - czyli prawa zamawiającego do żądania *wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Ponadto Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty. Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to, by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne"* (LEX nr 1821170).

Odwołujący podał również, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 945/151 uznała, że: *„Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę* świadczenia *oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego".*

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie zgodności oferty tego wykonawcy z pkt 9 SIWZ (rozdział V), tj. w zakresie opisu równoważności zaoferowanych produktów równoważnych (pismo z dnia 8 lutego 2016 r.).

Na kanwie powyższego Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1315/15: *„W trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. nie wyjaśnia się wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty, a tym bardziej jej braków. Przepis dotyczy bowiem wyłączenie oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego"* (LEX nr 1813402).

Ponadto, jak podał Odwołujący, zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 666/15: *„Przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. nie dozwala*

na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślania oferowanego świadczenia, *nie mogą prowadzić wyjaśnienia, ani dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. - gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - ma wyłącznie na celu potwierdzenie przez wykonawcę*

dokumentami, że oferowane przez niego produkty odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia" (LEX nr 1755865).

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Przystępujący w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego nie udzielił żadnych szczegółowych wyjaśnień i ograniczył się do zacytowania treści SIWZ.

Dalej Odwołujący podał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 6/15; KIO 15/15 Izba stwierdziła, że powielenie w treści udzielonych wyjaśnień zapytania skierowanego do wykonawcy w wezwaniu do wyjaśnień nie może potwierdzać spełnienia wymogu Zamawiającego, zwłaszcza jeżeli jest to sprzeczne z innymi wyjaśnieniami. Nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty Przystępującego jest konieczne, ponieważ oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż wykonawca ten nie oferuje rozwiązania spełniającego wymaganie określone w rozdziale 15 pkt 2 lit. A ppk 7 i 10 SIWZ. Odwołujący sformułował również wniosek ewentualny, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i uzyskania od Przystępującego szczegółowych wyjaśnień w zakresie dotyczącym sposobu realizacji wymagania określonego w rozdziale 15 pkt 2 lit. A ppk 7 i 10 SIWZ. W tym miejscu Odwołujący zwrócił uwagę, że załącznikiem do odwołania jest dokument - *Porównanie systemów rowerowych Homeport (Bike_S Szczecin) oraz Nextbike,* który przedstawia różnice pomiędzy Bike_S a rozwiązaniem zrealizowanym przez Przystępującego w innych miastach.

Ponadto, Odwołujący z ostrożności podniósł także, że nawet, jeżeli wyżej wskazane zarzuty i wnioski nie zostaną uznane za słuszne przez Krajową Izbę Odwoławczą, to Zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić, czy cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący wskazał, że naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, pomimo że ta oferta winna budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za zaoferowaną cenę.

Odwołujący jako profesjonalny podmiot, oferujący usługi w zakresie określonym w SIWZ stwierdził, że w związku koniecznością realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale 15 pkt 2 lit. A ppk 7 i 10 SIWZ, cena określona w ofercie Przystępującego jest rażąco niska.

Odwołujący podał również, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1474/15: *„Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje ustalić*

treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę. Ponadto celem normy art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie jest eliminowanie wykonawców, którzy oferują zły przedmiot zamówienia, ale tych którzy oferują zgodny z siwz przedmiot zamówienia, ale za cenę, która nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia i zmierzają do uzyskania nie dającej się pogodzić z uczciwymi praktykami konkurencyjnymi przewagi (cena dumpingowa)" (LEX nr 1821178).

W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, jak podał Odwołujący, za cenę rażąco niską uważana jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych. Zaś, obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 586/11, stwierdziła, jak podał Odwołujący, iż rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych, realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należycie i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym, ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, należy z całą pewnością stwierdzić, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niska cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe.

Ponadto Odwołujący podniósł, że cena oferty złożonej przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.. W świetle powyższego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Nie chodzi tu oczywiście (zwłaszcza w

przypadku działalności handlowej) o stratę na każdej sztuce towaru czy każdej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie (J. *Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz Wyd. 2, Warszawa 2006).*

W przedmiotowym stanie faktycznym, zdaniem Odwołującego, zaoferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku Odwołującego. Jest to bowiem jedynie racjonalny motyw wyceny usługi, będącej przedmiotem postępowania, na tak niskim poziomie.

W ocenie Odwołującego, działanie Przystępującego było nastawione na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, ponieważ żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaoferowanej przez Przystępującego. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

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

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SIWZ (rozdział XV pkt 2 lit. A ppkt 7 i 10) wyartykułował następujące żądania, w szczególności, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia: *„Zapewni kompatybilność systemu z już istniejącym sprzętem do obsługi i kontroli Bike_S, który stanowi wyposażenie Centrum Kontroli i Kontaktu z nowymi elementami systemu Bike_S – II etap w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego. (...) Zapewni kompatybilność Bike_S – II etap z już istniejącym oprogramowaniem oraz licencjami do kompleksowej obsługi w tym administrowania systemem”.*

Jednocześnie Zamawiający w rozdziale XV lit. B SIWZ zawarł wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia. Znalazły się tam wytyczne dotyczące opłat w Bike_S – II etap, charakterystyka ogólna Bike_S – II etap, wymagania dla roweru, wymagania dla stacji rowerowych, wymagania Zamawiającego dotyczące montażu urządzeń stacji rowerowych, wymagania Zamawiającego dotyczące przeszkolenia pracowników i instrukcji obsługi, wymagania dotyczące wybranych pozycji sprzętu stanowiącego wyposażenie stanowiska do obsługi CKiK, a także wymagania dla systemu informatycznego do kompleksowej obsługi - w tym administrowania Bike_S – II etap.

W zakresie wymagań odnośnie systemu informatycznego Zamawiający postanowił w szczególności, że: *„Wykonawca dostarczy, kompatybilne z aktualnie funkcjonującym w*

Bike_S, oprogramowanie w języku polskim wraz z licencją do kompleksowej obsługi - w tym administrowania – Bike_S – II etap. Obecnie funkcjonujące w systemie Bike_S oprogramowanie do obsługi jest oprogramowaniem firmy Homeport i opiera się na centralnej bazie danych umieszczonej w systemie połączonym za pomocą sieci GSM lub łącza Wi-Fi ze wszystkimi stacjami w sieci. Informacje ze stacji są przekazywane do bazy danych, częściowo automatycznie, a częściowo drogą interakcji z użytkownikami" (rozdział XV lit. B pkt 7 ppkt 1 SIWZ).

Powyższe wymagania dotyczące systemu informatycznego zostały zmodyfikowane przez Zamawiającego poprzez dodanie w rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1 SIWZ lit. a) o następującej treści (modyfikacja SIWZ z dnia 11 stycznia 2016 r.): *„Zamawiający dopuszcza rozwiązanie polegające na dostawie nowego oprogramowania, które zastąpi oprogramowanie aktualnie funkcjonujące i będzie służyło do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S w zakresie określonym w SIWZ. Nowe oprogramowanie zastępujące oprogramowanie aktualnie funkcjonujące musi być z nim równoważne tj.: oprogramowanie użytkowe systemu powinno zapewniać klientom swobodną i prostą obsługę w zakresie rejestracji, wypożyczenia i zwrotu roweru. Oprogramowanie zarządzające Bike_S cechować się musi wysokim stopniem niezawodności, w szczególności w odniesieniu do gromadzenia i przetwarzania danych o korzystaniu z Bike_S przez klientów, wynikających z tego zobowiązań finansowych i rozliczeń oraz do generowania raportów i danych do rozliczeń. Oprogramowanie obsługi Bike_S musi prowadzić i przechowywać tzw. log dostępu do systemu i jego funkcji a zwłaszcza do chronionych danych osobowych klientów Bike_S. Oprogramowanie powinno zapewniać bezpieczeństwo danych osobowych klientów".*

Zgodnie z rozdziałem I pkt 1 SIWZ: *„Na ofertę składają się: formularz oferty oraz wszystkie pozostałe wymagane dokumenty (w tym oświadczenia, załączniki itp.) zgodnie z rozdziałem V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz)".* W rozdziale V SIWZ mowa zaś o dokumentach składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego.

Przystępujący (ówczesny Odwołujący) odwołaniem z dnia 30 grudnia 2016 r. zakwestionował postanowienia SIWZ. W szczególności Przystępujący zauważył (str. 3-6 odwołania), iż: *„Podkreślenia wymaga, że za wystarczający opis systemu informatycznego nie można uznać informacji zawartych w Rozdziale XV lit B ppkt 7 siwz (na stronie 21 i 22 siwz). Opis ten bazuje na ogólnikowych informacjach o typie oprogramowania funkcjonującego u Zamawiającego, pozbawiony jest natomiast jakichkolwiek szczegółowych, technicznych informacji pozwalających na ocenę jakie rozwiązania techniczne i zmiany w posiadanym przez Odwołującego oprogramowaniu pozwolą na spełnienie podstawowego wymagania Zamawiającego jakim jest zapewnienie kompatybilności z aktualnie funkcjonującym w Bike_S oprogramowaniem. Tożsama sytuacja dotyczy sprzętu, z którym*

zgodnie z wytycznymi Zamawiającego ma być kompatybilny sprzęt oferowany przez wykonawców w niniejszym Postępowaniu. Zamawiający nie opisał sprzętu, którym obecnie dysponuje nakładając jednocześnie na wykonawców obowiązek zapewnienia kompatybilności systemu z już istniejącym sprzętem do obsługi i kontroli Bike_S (Rozdział 15 pkt 2 lit A ppkt 7 i 10 siwz). (...) Powyżej wskazane nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia nie tylko uniemożliwiają Odwołującemu zweryfikowanie czy jest w stanie z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zaoferować Zamawiającemu przedmiot zamówienia zgodny z siwz ale również dokonanie wyceny oferty."

Pismem z dnia 11 stycznia 2016 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu zmiany SIWZ w zakresie, o którym była mowa wyżej. Zamawiający również zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że załącznikiem do SIWZ uczynił dokumentację fotograficzną istniejącej struktury Bike_S (załącznik nr 11 do SIWZ).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 12 stycznia 2016 r.), w której wskazał, że *„szczeciński operator nie jest właścicielem oprogramowania do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S, korzysta jedynie z sublicencji udzielonej przez dostawcę systemu Bike_S firmę BIKEU. Z kolei firma BIKEU wykorzystała*

oprogramowanie zewnętrznego podmiotu – formy HOMEPORT, co wyraźnie wskazano w SIWZ. Powyższe powoduje, iż nie są Zamawiającemu znane pełne rozwiązania techniczne i informatyczne dotyczące budowy i funkcjonowania systemu do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S. W związku z powyższym literalne spełnienie żądań *w rozdziale IV pkt 1-19 odwołania z uwagi na brak odpowiednich licencji i kodów* źródłowych *nie jest możliwe. (...) Możliwe jest jednak zastosowanie jedynego istniejącego kompromisowego rozwiązania, poprzez taką modyfikację SIWZ, aby umożliwić wszystkim zainteresowanym wykonawcom wdrożenie swojego systemu informatycznego albo po uzyskaniu odpowiednich licencji od firmy HOMEPORT zaproponowanie ich rozszerzenia. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający dokonał w dniu 11 stycznia 2016 r. modyfikacji treści siwz w niezbędnym zakresie – w załączeniu treść modyfikacji SIWZ. Zamawiający zmodyfikował, także siwz poprzez dodanie załącznika nr 11 tj. dokumentacji fotograficznej istniejącej infrastruktury Bike_S. Podkreślenia wymaga również,* że *wymogi techniczne sprzętu zostały już w wystarczającym zakresie opisane w SIWZ, czego Odwołujący nie kwestionuje. (...) Podkreślić należy także, iż Zamawiający nie oczekuje złożenia ofert w przedmiocie identycznym jak system, który posiada, tylko kompatybilny z posiadanym".*

W piśmie procesowym z dnia 13 stycznia 2015 r. w części I. pkt 5 Przystępujący (ówczesny Odwołujący) zawarł następujące twierdzenie: *„Realizacja przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wymaga zapewnienia kompatybilności pomiędzy istniejącym (Bike_S), a tym który ma być dostarczony (Bike_S II). Kompatybilność ta powinna być zapewniona na dwóch płaszczyznach:*

---

1) sprzęt-sprzęt, co polega w uproszczeniu na tym, aby rowery mogły być swobodnie wymieniane pomiędzy systemami, tj. dostarczone w ramach Bike_S mogły być wpięte do stojaków Bike_S II i odwrotnie. Taka konieczność zachodzi bez względu na to czyje oprogramowanie wykonawca użyłby do realizacji zamówienia, czy swoje, czy cudze;

2) sprzęt - oprogramowanie, co polega na tym, aby:

a) sprzęt informatyczny dostarczony w ramach Bike_S II współpracował z oprogramowaniem Homeport - dotyczy sytuacji, gdy wykonawca miałby użyć oprogramowania Homeport;

b) sprzęt informatyczny dostarczony w ramach Bike_S współpracował z oprogramowaniem dostarczonym przez wykonawcę - dotyczy sytuacji, gdy wykonawca dostarczy własne oprogramowanie nie tylko dla Bike_S II, ale także dla Bike_S."

W toku rozprawy Przystępujący (ówczesny Odwołujący) przyznał, że:

powinna być rozumiana na dwóch tj. „Kompatybilność płaszczyznach, sprzęt-oprogramowanie oraz sprzęt-sprzęt" (protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 14 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2866/15).

Odwołujący (ówczesny Przystępujący) pismem z dnia 14 stycznia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie wskazując, że: *„Odnosząc się do wymagania Zamawiającego co do zapewnienia kompatybilności Bike_S – II etap z już istniejącym oprogramowaniem oraz licencjami do kompleksowej obsługi w tym administrowania systemem należy podnieść,* że *zarzut ten po zmianie SIWZ jest nieaktualny z uwagi na zmianę stanu faktycznego."* Odwołujący zwrócił uwagę na zmianę SIWZ w rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1, w którym dodano lit. a), stwierdzając, że: *„Powyższa zmiana powoduje,* że *każdy wykonawca, który dysponuje oprogramowaniem, które spełnia wymagania określone w SIWZ może złożyć ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Wnioski o zmianę SIWZ zawarte w pkt IV odwołania w zakresie dotyczącym sprzętu są w ocenie Przystępującego bezpodstawne. (...) Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ oraz uzupełniony w wyniku zmiany SIWZ w dniu 11.01.2016 r. zawiera wszystkie niezbędne informacje konieczne do przygotowania oferty w tym informacje potrzebne do przeprowadzenia analizy kompatybilności obecnego sprzętu z nowym sprzętem a także pozwala dokonać wyceny pracy przeznaczonej na odpowiednie przygotowanie sprzętu".*

Zgodnie z § 4 wzoru umowy *„1. Umowa zostanie wykonana w terminie 120 dni kalendarzowych (sto dwadzieścia) od daty zawarcia niniejszej Umowy. 2. Zamawiający rozpocznie odbiór w 105 dniu od dnia podpisania umowy wg. Załącznika nr 9 (protokół). 3. Dniem wykonania Umowy jest dzień podpisania przez Strony bezusterkowego protokołu*

zdawczo-odbiorczego przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 4 ust. 2. 4. Wykonawca wykona przedmiot Umowy zgodnie z poniższym harmonogramem:

a) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu projekt zaktualizowanej strony internetowej i aplikacji mobilnej Bike_S w terminie do 30 dni kalendarzowych od daty podpisania Umowy;

b) Wykonawca dostarczy rowery, elementy stacji rowerowych, przystosuje Centrum Kontroli i Kontaktu wraz z oprogramowaniem do obsługi Bike_S oraz wykona montaż urządzeń stacji rowerowych Bike_S – II etap po zatwierdzeniu przez Zamawiającego projektów i dokumentacji określonych w SIWZ, na co najmniej 15 dni, przed upływem terminu określonego w § 4 ust. 1. Umowy i zgłosi Zamawiającemu gotowość do uruchomienia Bike_S – II etap,

5. Potwierdzenie wykonania zadań opisanych w §4 ust. 4 będzie odbywać się na następujących zasadach:

a) Wykonawca przedłoży Zamawiającemu projekty w 2 kompletnych egzemplarzach ze wszystkimi załącznikami w formie papierowej oraz elektronicznej na płycie CD/DVD;

b) po otrzymaniu projektów w terminie 14 dni Zamawiający dokonuje ich uzgodnienia lub w tym terminie zgłasza do projektów uwagi i zastrzeżenia. W przypadku zgłoszonych przez Zamawiającego uwag i zastrzeżeń, Wykonawca obowiązany jest do dokonania wymaganych zmian i poprawek projektów. Potwierdzeniem przyjęcia projektu przez Zamawiającego jest podpisanie bez zastrzeżeń i uwag protokołu odbioru,

c) po zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości do uruchomienia Bike_S – II etap, upoważnieni przedstawiciele Stron dokonają odbioru ilościowego, technicznego i jakościowego dostarczonego przez Wykonawcę sprzętu oraz przeprowadzą testy dostarczonego przez Wykonawcę kompatybilnego z istniejącym systemem Bike_S oprogramowania do kompleksowej obsługi Bike_S –II etap oraz funkcjonowania strony internetowej, czego potwierdzeniem będzie spisany na tę okoliczność protokół zdawczo-odbiorczy (protokół odbioru końcowego).”

Odwołujący w toku rozprawy przedłożył materiały marketingowe, którymi posługują się Odwołujący i Przystępujący. Ulotka informacyjna Odwołującego opisuje w szczególności jak działa system wypożyczalni rowerów miejskich przez niego oferowany oraz jakie posiada doświadczenie, a także ilustruje elementy tego systemu. Jeśli idzie o materiały informacyjne Przystępującego, to zawarto tam w szczególności opis sytemu oferowanego przez Przystępującego oraz opisano i zilustrowano realizację wypożyczalni rowerów w Warszawie, Kanstancinie-Jeziornej, Grodzisku Mazowieckim, Wrocławiu, Poznaniu, Krakowie, Katowicach, Lublinie, Opolu, Białymstoku i Sopocie.

Z odwołaniem przedłożono dokument pt.: *„Porównanie systemów rowerowych Homeport (Bike_S Szczecin) oraz Nextbike”,* w którym zawarto pytanie: *„W jaki sposób Wykonawca zamierza zapewnić kompatybilność obu rozwiązań technologicznych?”,* zaś za odpowiedź służyć miały ilustracje i opisy w następującym przedmiocie: elektrozamka, trzpienia RFID, miejsca montażu trzpienia RFID, stojaków rowerowych, sposobu mocowania stojaków rowerowych, sterowania elektrozamka, stacji rowerowych i terminala, jednostki sterującej, rowerów. Rzeczone opisy i ilustracje wskazywały na różnice w oferowanych systemach w ww. zakresie.

Przystępujący na rozprawie przedłożył pismo skierowane do Przystępującego przez Nextbike GmbH z siedzibą w Lipsku (pismo z dnia 7 marca 2016 r.), w którym zawarte jest oświadczenie, że *„w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na „Rozbudowę kompleksowego systemu wypożyczania rowerów –Szczeciński Rower Miejski – Bike_S-II etap), kompatybilnego z obecnie funkcjonującym systemem Bike_S (sprawa nr BZP/88/15) potwierdzamy, że rozwiązanie, które Państwu zaoferowaliśmy i które dostarczymy w razie zawarcia umowy w tym postępowaniu spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego – Gminy Miasto Szczecin i będzie kompatybilne z dotychczas istniejącym systemem. Potwierdzamy, że dokładnie przeanalizowaliśmy wszystkie wymagania Zamawiającego*

zawarte w dokumentacji przetargowej, w tym wynikające z wyjaśnień i jej zmian. W związku z faktem dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości dostawy nowego oprogramowania, które zastąpi oprogramowanie aktualnie funkcjonujące, tj. oprogramowanie firmy Homeport, realizacja zamówienia jest bezsprzecznie możliwa i nie stanowi problemu".

Pełnomocnik Przystępującego oświadczył w toku rozprawy, że przedmiotowe oświadczenie złożył R.K., na dowód czego przedłożył wyciąg z rejestru handlowego spółki, sporządzony w języku angielskim, z którego wynika, na co wskazał pełnomocnik Przystępującego, że ww. osoba jest współwłaścicielem i dyrektorem zarządzającym powołanej spółki. Krajowa Izba Odwoławcza mając na względzie regulację zawartą w § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964), w świetle której dokumenty sporządzone w języku obcym przedstawia się wraz z ich tłumaczeniem na język polski, nie dopuściła dowodu z wyciągu z powołanego rejestru handlowego.

Z SIWZ (rozdział 3. Opis przedmiotu zamówienia), dotyczącej postępowania, którego przedmiotem jest *„rozbudowa istniejącego systemu wypożyczania rowerów jakim jest Lubelski Rower Miejski"* wynika, że przedmiotem inwestycji jest w szczególności dostawa i montaż 47 sztuk terminali umożliwiających wypożyczenie i zwrot rowerów, dostawa 441 sztuk rowerów dla dorosłych oraz 20 sztuk rowerów przeznaczonych dla dzieci w wieku 6+, a

---

także zaprojektowanie i realizacja robót budowlanych polegających na budowie miejsc pod lokalizacje stacji rowerowych wraz ze sprawowaniem nadzorów autorskich w oparciu o program funkcjonalo-użytkowy (zdanie I), dostawa i montaż urządzeń do monitoringu stacji rowerowych. Powyższe znajduje potwierdzenie we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do powołanej SIWZ. Z informacji zawartej pod adresem www.zdm.lublin.eu/?p=2417 wynika, że przedmiotowa inwestycja kosztowała przeszło 6,8 miliona złotych.

W przedmiotowym postępowaniu *„Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć i zainstalować 45 stacje rowerowe wyposażone w 538 elektrozamki oraz 344 rowery, w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego"* (rozdział XV lit. B pkt 2 SIWZ). Natomiast w ramach I etapu realizacji Szczecińskiego Roweru Miejskiego należało *„dostarczyć 33 stacje rowerowe i wyposażyć je w 505 stojaków rowerowych oraz 360 rowerów"* (rozdział XV lit. B pkt 2 SIWZ).

Przystępujący złożył na rozprawie dokument *„Porównanie kwot oferowanych przez firmy BikeU i Nextbike w wybranych przetargach na dostarczenie i/lub zarządzanie systemami rowerów publicznych w latach 2014 2016",* w którym podano oferowane przez Wykonawców ceny brutto, kwotę w przeliczeniu na 1 rower i kwotę w przeliczeniu na 1 stację. Przystępujący przedłożył także dokument pt.: *„Porównanie kwot złożonych w przetargu na dostawę kompleksowego systemu wypożyczania rowerów – Szczeciński Rower (SRM) – etap I i II".* W ramach pierwszego etapu Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę 2.690.000,00 zł, zaś Przystępujący za cenę 2.797.677,00 zł, natomiast w II etapie ceny te kształtowały się następująco, odpowiednio: 4.324.311,00 zł i 4.187.678,00 zł. Z oferty Odwołującego (odpis), przedłożonej w toku rozprawy przez Przystępującego, a dotyczącej *„dostawy i uruchomienia oraz zarządzania i utrzymania systemu Poznańskiego Roweru Miejskiego"* wynika, że zaoferowano realizację zamówienia za kwotę 21.649.093,59 zł.

W protokole postępowania odnotowano (druk ZP-PN część 8), że Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 4.400.000,00 zł. Do upływu terminu składania ofert złożono 3 oferty: 1) simpliBike sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – cena 4.981.500,00 zł; 2) Odwołujący - 4.324.311,00 zł; 3) Przystępujący – 4.187.678,00 zł.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 9 SIWZ *„w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom, wykonawcy mają dołączyć do oferty następujące dokumenty: 1) opis produktów równoważnych – jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie".*

Pismem z dnia 8 lutego 2016 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego *„o udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie. Zgodnie z rozdziałem V pkt 9 siwz, jeżeli wykonawca przewidywał zastosowanie produktów*

---

równoważnych w stosunku do produktów podanych w siwz, w celu potwierdzenia, że oferowany produkt odpowiada określonym wymaganiom, wykonawca miał dołączyć do oferty opis produktów równoważnych. Modyfikacją siwz z dnia 11.01.2016 r. zamawiający dopuścił w rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1 lit. a siwz rozwiązanie polegające na dostawie nowego oprogramowania, które zastąpi oprogramowanie aktualnie funkcjonujące i będzie służyło do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S w zakresie określonym w siwz. Nowe oprogramowanie zastępujące oprogramowanie aktualnie funkcjonujące musiało być z nim równoważne. W związku z tym, że wykonawca nie dołączył do oferty opisu produktów równoważnych, zamawiający zwraca się do wykonawcy o potwierdzenie, że wykonawca dostarczy aktualnie funkcjonujące oprogramowanie tj. oprogramowanie firmy Homeport s.r.o. W sytuacji, gdyby wykonawca przewidywał dostarczenie produktu równoważnego, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wzywa do złożenia opisu produktów równoważnych, wymaganego zgodnie z rozdziałem V pkt 9 siwz".

W odpowiedzi (pismo z dnia 10 lutego 2016 r.) Przystępujący wyjaśnił co następuje: *„I. W pierwszej kolejności wskazujemy, że Zamawiający w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że: Zamawiający dopuszcza rozwiązanie polegające na dostawie nowego oprogramowania, które zastąpi oprogramowanie aktualnie funkcjonujące i będzie służyło do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S w zakresie określonym w SIWZ. Nowe oprogramowanie zastępujące oprogramowanie aktualnie funkcjonujące musi być z nim równoważne tj.: oprogramowanie użytkowe systemu powinno zapewniać klientom swobodną i prostą obsługę w zakresie rejestracji, wypożyczenia i zwrotu roweru. Oprogramowanie zarządzające Bike_S cechować się musi wysokim stopniem niezawodności, w szczególności w odniesieniu do gromadzenia i przetwarzania danych o korzystaniu z Bike_S przez klientów, wynikających z tego zobowiązań finansowych i rozliczeń oraz do generowania raportów i danych do rozliczeń. Oprogramowanie obsługi Bike_S musi prowadzić i przechowywać tzw. log dostępu do systemu i jego funkcji a zwłaszcza do chronionych danych osobowych klientów Bike_S. Oprogramowanie powinno zapewniać bezpieczeństwo danych osobowych klientów." Pierwotnie Zamawiający wymagał w SIWZ, aby Wykonawca dostarczył, kompatybilne z aktualnie funkcjonującym w Bike_S, oprogramowanie w języku polskim wraz z licencją do kompleksowej obsługi – w tym administrowania – Bike_S – II etap (w rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1 SIWZ). Zamawiający nigdzie nie wskazał, że żąda tylko i wyłącznie oprogramowania firmy Homeport. Wskazał, że żąda oprogramowania kompatybilnego z tym oprogramowaniem. W tym zakresie nie użył* żadnej *nazwy własnej, znaków towarowych, patentów lub pochodzenia w celu opisania oprogramowania, którego dostarczenia oczekuje a wskazaniu takiemu nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny". Nazwa własna Homeprot pojawia się tylko w celu wskazania na to oprogramowanie, które Zamawiający już posiada*

(co jest zupełnie zrozumiałe i konieczne, aby wykonawca wiedział z czym ma zapewnić kompatybilność). Zamawiający poprzez dokonaną zmianę wskazał jednoznacznie na możliwość zaoferowania oprogramowania innego producenta. Zamawiający wskazał, że nowe oprogramowanie musi być równoważne z tym, które aktualnie posiada w zakresie funkcjonalności. Dodana lit. a w rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1 SIWZ wskazuje, jakich funkcjonalności Zamawiający oczekuje w stosunku do oprogramowania. Zamawiający wskazał zatem na dwa alternatywne sposoby realizacji zamówienia. Możliwe było bowiem zaoferowanie aktualizacji aktualnie wykorzystywanego oprogramowania albo zaoferowanie zupełnie innego wymagania, które zastąpi dotychczas wykorzystywane. Nextbike oświadcza, że zaoferowane przez nas oprogramowanie zapewnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności. Zgodnie z Rozdziałem V pkt 9 SIWZ: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom, wykonawcy mają dołączyć do oferty następujące dokumenty: 1) opis produktów równoważnych – jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie". Zważywszy na fakt, że Zamawiający nie wskazał, że żąda *oprogramowania Homeport „lub równoważnego"* żądanie *uzupełnienia opisu produktów równoważnych jest nieuzasadnione. Należy bowiem podkreślić, że Nextbike nie zaoferował produktu równoważnego do wymaganego przez Zamawiającego, lecz zaoferował realizację zamówienia w jeden z dwóch sposobów wprost przewidzianych przez Zamawiającego. Tym niemniej, w celu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości składamy opis oferowanego rozwiązania. Jednocześnie składamy zaparafowaną przez nas specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami oraz zaparafowany wzór umowy.*

II. Wyjaśniamy, iż oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę zastępujące aktualnie jest w zakresie oprogramowanie funkcjonujące równoważne parametrów/funkcjonalności z oprogramowaniem aktualnie funkcjonującym i spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1 SIWZ (w brzmieniu nadanym modyfikacją SIWZ w dniu 11.01.2016 roku) tj.: „oprogramowanie użytkowe systemu powinno zapewniać klientom swobodną i prostą obsługę w zakresie rejestracji, wypożyczenia i zwrotu roweru. Oprogramowanie zarządzające Bike_S cechować się musi wysokim stopniem niezawodności, w szczególności w odniesieniu do gromadzenia i przetwarzania danych o korzystaniu z Bike_S przez klientów, wynikających z tego zobowiązań finansowych i rozliczeń oraz do generowania raportów i danych do rozliczeń. Oprogramowanie obsługi Bike_S musi prowadzić i przechowywać tzw. log dostępu do systemu i jego funkcji a zwłaszcza do chronionych danych osobowych klientów Bike_S. Oprogramowanie powinno zapewniać bezpieczeństwo danych osobowych klientów." Zaoferowane oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania opisane przez Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego, w załączeniu składamy opis parametrów i funkcjonalności oferowanego rozwiązania."

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w ocenie Izby, nie znalazł potwierdzenia. Powołany przepis kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Uzasadnienia dla przedmiotowego zarzutu Odwołujący poszukiwał w okolicznościach, które nie stanowią treści oferty. Zdaniem Izby praktyka ta jest nieprawidłowa i niemożliwa do zaakceptowania, bowiem nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że przepis artykuł 66 § 1 i 2 w zw. z art. 71 k.c. pozwala sformułować syntetyczną definicję oferty, w myśl której jest to skierowana do adresata, stanowcza propozycja zawarcia umowy określonej treści. Do elementów definicyjnych należą tu zatem:

1) minimum treściowe oferty, którym jest wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy;
2) stanowczy charakter propozycji oferenta;
3) skierowanie do adresata.

Na minimum treściowe oferty składa się wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy. W przypadku umów nazwanych, zawieranych w trybie ofertowym, musi dojść do określenia co najmniej składników przedmiotowo istotnych (tzw. *essentialia negotii),* które determinują typ czynności prawnej. Natomiast w przypadku umów nienazwanych lub mieszanych, gdzie katalog takich składników trudno z góry określić, należy przyjąć ujęcie bardziej uniwersalne, zgodnie z którym istotne postanowienia umowy to te, które stanowią konieczne, a przy tym charakterystyczne elementy danego stosunku prawnego i które pozwalają na jego zaistnienie w obrocie. Dla ich określenia w literaturze używa się niekiedy terminu *essentialia contractus.*

Podsumowując można stwierdzić, że treść oferty powinna pozwolić antycypować powstanie odpowiednio zindywidualizowanego stosunku umownego, dając podstawy do ustalenia z góry: a) podmiotów (stron) proponowanej umowy, b) jej przedmiotu, czyli powinnego zachowania, którego umowa dotyczy (w stosunkach zobowiązaniowych chodzi o wskazanie świadczenia dłużnika) oraz c) treści stosunku umownego, którą wyznaczają poszczególne prawa i obowiązki stron. Naturalnie, poza wskazanymi wyżej elementami koniecznymi, oferta może zawierać dowolną liczbę dodatkowych zastrzeżeń.

Odnosząc powyższego rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy zauważyć, że treścią oferty nie sposób czynić stanowiska strony prezentowanego w postępowaniu odwoławczym zmierzającym do zmiany postanowień SIWZ. Na tym etapie strona nie konstruuje treści oferty, ale podejmuje starania celem, tak jak miało miejsce to w

---

niniejszej sprawie, uzyskania informacji, poprzez doprowadzenie do zmiany SIWZ, na temat sprzętu i oprogramowania, które to informacje są niezbędne do złożenia oferty. Tożsame

przyczyny legły u podstaw twierdzeń wyartykułowanych w wyżej powołanych pismach procesowych czy też w toku rozprawy w dniu 14 stycznia 2016 r. Przystępujący, a ówczesny Odwołujący podkreślał, że osiągnięcie kompatybilności, a więc zaproponowanie rozwiązania, które zapewni kompatybilność obu systemów wymaga szczegółowych danych na temat zarówno sprzętu, jak i oprogramowania. Na tym tle nie sposób nie dostrzec, że Przystępujący swój cel w istocie osiągnął, bowiem Zamawiający dokonał zmiany SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania nowego oprogramowania, zaś jeśli idzie o aspekt sprzętowy, to uzyskał dane w postaci dokumentacji fotograficznej.

Próba konstruowania na tej podstawie treści zobowiązania Przystępującego nie może okazać się skuteczna, skoro ze względu na etap postępowania, oferty nie zostały jeszcze sporządzone.

Analogiczne należy ocenić działania Odwołującego mające na celu zobrazowanie dotychczasowych realizacji przez Przystępującego inwestycji w postaci wypożyczalni rowerów, jak i wskazanie na różnice pomiędzy systemem oferowanym przez Odwołującego a systemami proponowanymi przez Przystępującego. Z całą stanowczością należy stwierdzić, mając na uwadze powyżej prezentowane rozważania, że materiały marketingowe Przystępującego, niestanowiące treści oferty i opisy dotychczas zrealizowanych inwestycji nie mogą służyć do odkodowania treści oferty, tym bardziej, że w ofercie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wykonawcy nie prezentowali oferowanego rozwiązania i sposobu jego realizacji. Oczywistym jest, że wnioskowanie Odwołującego o kształcie oferty Przystępującego nie może zastąpić faktycznej treści oferty. Niemożliwym jest uznanie w istocie pewnego wyobrażenia Odwołującego o treści oferty Przystępującego za faktyczną treść oferty.

Nadto, należy zwrócić uwagę, że w orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, które skład orzekający uznaje za słuszne, iż o niegodności treści oferty z treścią SIWZ, można mówić jedynie w okolicznościach, w których przedmiot świadczenia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, winien być opisany (wyspecyfikowany) w treści oferty i wykazuje niegodność względem tych wymagań. Skoro zaś w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia, to niemożliwe jest stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Za niedopuszczalne należy uznać domniemywanie treści oferty, na podstawie czy to stanowiska procesowego strony prezentowanego zanim złożona została oferta czy też w oparciu o dotychczas proponowane przez Przystępującego rozwiązania. Z pewnością powyższe nie kreuje treści oferty, a zatem posługiwanie się nimi w celu dokonania oceny treści oferty jest nieuprawnione.

Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący dążył do wykazania braku zapewnienia przez Przystępującego kompatybilności systemów wskazując na zrealizowane przez Przystępującego inwestycje oraz różnice pomiędzy rozwiązaniami proponowanymi przez Odwołującego, który zrealizował I etap budowy wypożyczalni rowerów w Szczecinie i Przystępującego, ubiegającego się o zamówienie w II etapie i w konsekwencji wnioskując o niemożliwości zapewnienia kompatybilności obu systemów. Instrumenty, którymi posłużył się Odwołujący okazały się nieodpowiednie, zaś okoliczności, że nie jest możliwe, dla przykładu z przyczyn technicznych, zapewnienie kompatybilności innego rozwiązania z systemem Odwołującego, tenże nie wykazał. Stwierdzenie różnic pomiędzy oferowanymi rozwiązaniami jest niewystarczające dla ustalenia, że Przystępujący wymaganej kompatybilności nie zapewni, tym bardziej, że skorzysta, jak podał, z możliwości zaoferowania nowego oprogramowania i innych rozwiązań niż dotychczas stosowane. Zaś, stanowisko firmy Nextbike GmbH, z której rozwiązań Przystępujący korzysta, potwierdza tezę Przystępującego.

Doświadczenie życiowe uczy, że profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych wykazuje dużą elastyczność i umiejętność dostosowania się do zmieniających się wymogów zamawiających i rzeczywistości gospodarczej, w przeciwnym bowiem wypadku podejmowane przez niego działania skazane byłyby na niepowodzenie. Nie sposób zatem przyjąć toku rozumowania Odwołującego, że Przystępujący zaoferował dotychczas proponowany system, choć ten nie będzie kompatybilny z systemem już istniejącym. Co więcej, w toku rozprawy Przystępujący słusznie wskazywał, że aby zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mógł okazać się słuszny, konieczne byłoby wykazanie przez Odwołującego, że Przystępujący nie ma możliwości zapewnienia

współpracy pomiędzy systemami, czego Odwołujący nie uczynił.

Istotą sporu nie jest rozstrzygnięcie przez Izbę, czego wydaje się oczekiwał Odwołujący, czy wymaganiem Zamawiającego było zapewnienie kompatybilności pomiędzy systemem już istniejącym a oferowanym w warstwie zarówno sprzętowej, jak i oprogramowania. Zagadnienie to rzeczywiście byłoby istotne, zważywszy na sformułowany zarzut, gdyby istniał substrat do oceny, w postaci oferty, w której prezentowane jest oferowane rozwiązanie. Natomiast wobec braku tych wymagań nie jest możliwe porównanie treści oferty z wymaganiami Zamawiającego, bowiem rzeczona treść, jeśli idzie o przedmiot zamówienia, w istocie ogranicza się do oświadczenia Wykonawcy, sformułowanego, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, na dużym poziomie ogólności.

Natomiast, na marginesie należy wyrazić przekonanie, mając na uwadze wyżej cytowane postanowienia SIWZ, że kompatybilność rozumiana jako cecha umożliwiająca współpracę, na tle niniejszego postępowania, nie może być rozumiana inaczej, jak

obowiązek zapewnienia przez wykonawcę współdziałania systemu istniejącego i projektowanego.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, że w istocie Odwołujący nie wskazał, które oświadczenia zawarte w ofercie są niezgodne z wcześniejszymi oświadczeniami Przystępującego, a mianowicie, że z przyczyn technicznych nie jest w stanie zaoferować Zamawiającemu przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ. W tym miejscu należy podkreślić, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż zarzut na gruncie prawa zamówień publicznych stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Na tym tle należałoby przyjąć, że brak konkretyzacji uzasadnienia faktycznego sformułowanego zarzutu powoduje, iż zarzut ten nie poddaje się ocenie.

Natomiast, jeśliby nawet przyjąć, że Odwołującemu chodzi o sam fakt założenia oferty przez Przystępującego, a więc zaoferowania określonego produktu w sytuacji, jak twierdzi Odwołujący, gdy Przystępujący oświadczył, iż przyczyny techniczne stoją temu na przeszkodzie, to Izba również nie dostrzega podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, Odwołujący odwołuje się do oświadczeń Przystępującego niezawartych w ofercie i składanych w czasie, kiedy oferta jeszcze nie istniała. Zaś, domniemywanie treści oferty na podstawie stanowisk procesowych, o czym była mowa wyżej, nie znajduje podstaw. Po drugie, Odwołujący jest niedokładny w przytaczaniu stanowiska Przystępującego, starając się tym samym stworzyć wrażenie, że w istocie Przystępujący rzeczone oświadczenie złożył. Odwołujący pomija zaś, że Przystępujący kwestionując SIWZ, zwrócił uwagę na niedostateczne informacje na temat obecnie funkcjonującego systemu, która to wada (następnie usunięta przez Zamawiającego) w istocie uniemożliwia złożenie Przystępującemu oferty. Natomiast w żadnym razie Przystępujący nie wyraził przekonania, że nie jest możliwe przygotowanie przez niego oferty w ogóle. Przystępujący dostrzegając zbyt mały zakres wiedzy przekazany przez Zamawiającego na tym tle wskazał również, że powyższe uniemożliwia mu wycenę oferty. Istotna jest natomiast okoliczność, której nie dostrzega Odwołujący, że twierdzenia Przystępującego zostały wyartykułowane przed zmianą SIWZ, a więc w innym stanie faktycznym niż ten, który stanowił podstawę do sporządzenia oferty.

Nadto, należy zwrócić uwagę Odwołującemu, do czego zdaje się dążyć powołując się na orzecznictwo KIO, zresztą w tym względzie nieadekwatne, że ani przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ani tym bardziej przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie dają podstaw do ustalania treści oferty w zakresie, który wykracza poza zakres wymagań sformułowanych przez Zamawiającego. Jeśli zatem Zamawiający nie oczekiwał opisania w treści oferty oferowanego produktu, to nieuprawnione jest żądanie, w toku wyjaśnień, uzupełnienia treści oferty.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem zarzut ten okazał się chybiony. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę Odwołującemu, że odrzucenie oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny nie jest możliwe bez uprzedniego wezwania wykonawcy do

złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Ewentualne przekonania wykonawcy konkurencyjnego w tym przedmiocie nie mogą mieć rozstrzygającego znaczenia.

W świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Analiza powołanego przepisu pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca wykreował dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub gdy cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ziszczenie się wskazanych okoliczności niejako więc automatycznie rodzi po stronie zamawiającego obowiązek podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia przyczyn zaoferowania ceny ofertowej na określonym poziomie.

Nie oznacza to jednak, że katalog okoliczności, w których aktualizuje się wskazany obowiązek zamawiającego ogranicza się jedynie do tych dwóch kazuistycznie opisanych sytuacji. Otóż, zdaniem Izby, w pozostałych wypadkach, a więc kiedy cena budzi wątpliwości zamawiającego i wydaje się rażąco niska, zmawiający winien również skorzystać z przedmiotowej procedury, choć w tym przypadku przesłanki nie zostały nakreślone ostro.

W tym miejscu podzielić należy stanowisko Izby oraz orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna *(orzeczenie ETS z*

---

22 czerwca 1989 r., C–103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str. 01839). Ten cel realizuje właśnie wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie z mocy powołanego przepisu zamawiający ma obowiązek domagać się złożenia nie tylko wyjaśnień, ale i dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Prawidłowa realizacja obowiązku wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obciąża zamawiającego. *A contrario* wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wadliwości działań zamawiającego w tym przedmiocie. Przy czym wypada zauważyć, że ocena czynności zamawiającego nie może być oderwana od okoliczności faktycznych danej sprawy. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawca został więc zobowiązany, mocą wskazanego przepisu, do wykazania realności zaoferowanej ceny. Ocena, czy wykonawca udźwignął ten obowiązek nie może być dokonywana schematycznie, musi natomiast uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji. Zatem, z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – udzielenie

wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej.

Reasumując, istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być – stosownie do potrzeb i możliwości w danym postępowaniu – dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów. Jednocześnie skład orzekający podziela pogląd Izby wyrażony w uzasadnieniu wyroku z

dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 547/15, że: *„Każdorazowo zakres i potrzeba udowodnienia sposobu kalkulacji ceny zależy od przedmiotu zamówienia, charakteru* świadczenia *czy tego, czego dotyczą wątpliwości (np. kosztów pracy, nakładów rzeczowych, materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, kosztów ogólnego zarządu, niezbędnych do wykonania zamówienia wartości niematerialnych i prawnych). Konwencja przyjęta przez Zamawiającego, osadzona w formule udowodnienia – przedstawienia dowodów na okoliczność ponoszenia określonych wydatków oraz przedstawionych wyliczeń zakłada obowiązek przedstawienia dowodów na okoliczność ponoszonych wydatków, w celu obalenia "podejrzenia o zastosowaniu rażąco niskiej ceny". Tymczasem dla przekonania,* że *cena została poprawnie skalkulowana nie zawsze jest konieczne udowodnienie wydatków. Podkreślenia wymaga,* że *przepis art. 90 ustawy ma - co do zasady - charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy, zaś przedmiotem tego wyjaśnienia jest zaoferowana cena. Charakter tego przepisu, jakkolwiek został wzmocniony obowiązek przekonania zamawiającego o poprawnym, rynkowym skalkulowaniu ceny za realizację zamówienia, nie zmienił się w wyniku jego nowelizacji z dnia 19 października 2014 r. Przypomnienia przy tym wymaga,* że *cena stanowi oświadczenie woli o zamiarze wykonania* świadczenia *opisanego dokumentacją postępowania, tym samym nie zawsze jest konieczne składanie dowodów na okoliczność ponoszenia określonych kosztów i nakładów. Postępowanie o zamówienie publiczne nie jest postępowaniem podatkowym, opartym na szczegółowej analizie dokumentacji księgowej, opisującej zdarzenia i plany gospodarcze w formule dowodów księgowych. Część kosztów i nakładów, które przekładają się na cenę może stanowić nakład pracy własnej wykonawcy, ponadto trzeba pamiętać,* że *rozpatrywanie kalkulacji ceny w ujęciu ponoszonych kosztów na wykonanie tylko danego zamówienia wymaga uwzględnienia kosztów odnoszących się do całej działalności wykonawcy, całego spektrum prowadzonych przez niego zadań i kontraktów, ujęcia tzw. kosztów ogólnego zarządu ponoszonych na poziomie całej jednostki, bez przypisywania ich do konkretnego przedsięwzięcia (koszty obsługi administracyjnej, prawnej, księgowej, biura etc), co nie zawsze da się w prosty sposób udokumentować i w praktyce rachunkowej jest traktowane, jako koszt jednostki, nieprzypisany do kosztu wytworzenia danego produktu (kosztu dostawy, usługi).”*

Nadto, warte podkreślenia jest, że sformułowanie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż wobec zaktualizowania się przesłanek wyartykułowanych w podanym przepisie zamawiający rzeczonego obowiązku nie wypełnił.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż Zamawiający sprzeniewierzył się powołanemu obowiązkowi. W tym miejscu warto zauważyć, że Odwołujący ograniczył się w treści odwołania jedynie do stwierdzenia, iż *„oferta winna budzić wątpliwości Zamawiającego*

co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za zaoferowaną cenę”. Tak lakoniczne wskazanie podstaw faktycznych zarzutu czyni ten zarzut chybionym.

Jeśliby zaś nawet przyjąć, że Odwołujący porównując ceny zaoferowane za realizację przez Przystępującego kontraktu w Lublinie i Szczecinie oraz podnosząc argument wysokich kosztów dostosowania proponowanego rozwiązania do tego funkcjonującego już w Szczecinie wskazał na okoliczności, które powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co

do ceny oferty Przystępującego, to należy zauważyć, że okoliczności te stanowią nieuprawnione rozszerzenie zarzutu, mając na uwadze koncepcję (definicję) „zarzutu" wypracowaną przez orzecznictwo, o czym była mowa wyżej i z tych względów nie mogą być poddane ocenie (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że zdaniem Izby, porównywanie cen oferowanych w dwóch różnych postępowaniach, przy braku tożsamości przedmiotowej tych postępowań (zakres zamówienia w Lublinie był szerszy) a także czasowej, nie może stanowić podstawy powzięcia wątpliwości w zakresie realności ceny oferowanej w innym postępowaniu. Nie sposób również dojść do takiego wniosku na podstawie jedynie przekonania Odwołującego, iż połączenie obu systemów przez Przystępującego będzie kosztochłonne, mając ma uwadze rozwiązania, które dotychczas oferuje, a także, że ceny stali szlachetnej istotnie wpływają na wysokość ceny. Niezależnie od tego, iż są to okoliczności niewyartykułowane w treści odwołania, to również w żaden sposób nieudowodnione, a przynajmniej nieuprawdopodobnione.

Dalej należy zauważyć, że Odwołujący formułując zarzuty naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w istocie prezentuje, mając na uwadze wyżej poczynione rozważania, wewnętrznie sprzeczne stanowisko. Stwierdzenie trafności obu zarzutów nie jest bowiem możliwe, albo jest tak, że Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny albo zaniechał odrzucenia oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej. Podstawą do oceny realności ceny są bowiem wyjaśnienia wykonawcy złożone w tym przedmiocie, a nie okoliczności wskazywane przez Odwołującego. Jeśli więc Zamawiający nie wezwał Przystępującego do złożenia rzeczonych wyjaśnień, a tak było w istocie, to tym samym brak substratu do ceny w aspekcie, czy cena zaoferowana przez Przystępującego ma charakter rażąco niskiej, a zatem już z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, że stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu, a mianowicie: *„Odwołujący jako profesjonalny podmiot oferujący usługi w zakresie określonym w siwz twierdzi, że w związku z koniecznością realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale 15 pkt 2 lit. A ppkt 7 i 10 siwz cena*

określona w ofercie Nextbike Polska Sp. z o.o. jest rażąco niska" nie może stanowić podstawy do rozstrzygnięcia o trafności przedmiotowego zarzutu. Odwołujący nie dostrzega, że jego nie jego stanowisko a wyjaśnienia Wykonawcy mogą być podstawą oceny ceny zaoferowanej przez Przystępującego, a okoliczności co do cen zaoferowanych w innych postępowaniach, kosztów dostosowania systemu oferowanego przez Przystępującego do systemu zrealizowanego przez Odwołującego w Szczecinie, mogłyby być podnoszone na etapie oceny przedmiotowych wyjaśnień, niemniej jednak mogłyby się okazać przydatne do oceny, gdyby były prezentowane na większym poziomie szczegółowości.

Natomiast materiał przygotowany przez Przystępującego, a dotyczący porównania cen oferowanych przez Odwołującego i Przystępującego w postępowaniach dotyczących wypożyczalni rowerów w istocie okazał się nieprzydatny wobec braku wykazania przez Odwołującego w pierwszym rzędzie podstaw zaktualizowania się obowiązku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 stwierdzić należy, że okazał się niesłuszny.

Obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Odkodowując normę zawartą we wskazanym przepisie, zdaniem Izby, należy dojść do przekonania, że jedynie działanie, jakim jest złożenie oferty może być postrzegane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., gdzie samo zaoferowanie towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia nie jest zakazane, jeśli nie ma na celu utrudniania dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował cenę poniżej kosztów wytworzenia oferowanej usługi, nie mówiąc już o wykazaniu skutków tego działania, co w świetle powołanych wyżej przepisów jest niezbędne. Dostrzec należy, że jedynie stwierdzenie, iż Przystępujący zaoferował cenę rażąco niską

mogłoby stać się podstawą do wykazania związku przyczynowego pomiędzy zaoferowaną ceną a skutkiem w postaci wyeliminowania konkurencji. Brak, czy raczej niemożliwość wykazania rażąco niskiej ceny wobec braku w tym przedmiocie wyjaśnień ze strony Przystępującego czyni ten zarzut oczywiście nieudowodnionym.

Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że rzeczony przepis nie służy ustalaniu treści oferty i w tym względzie należy przyznać Odwołującemu rację.

27

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający rzeczywiście, w trybie powołanego przepisu, dążył do ustalenia, jakie oprogramowanie Przystępujący oferuje. Czynność ta jest nieprawidłowa, niemniej jednak powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający nie miał podstaw prawnych ani faktycznych do domagania się rzeczonych informacji, ale ich uzyskanie w żaden sposób nie rzutowało na wynik postępowania. Okoliczność, że Zamawiający uzyskał wiedzę, jakie oprogramowanie zostanie przez Przystępującego zaoferowane, czy będzie to oprogramowanie Homeport czy też inne była irrelewantna dla niniejszego postępowania. Rodzaj proponowanego oprogramowania nie był oceniany ani weryfikowany, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Natomiast znaczenie miało, czy w świetle SIWZ zaproponowanie oprogramowania innego niż Homeport rodzi po stronie wykonawcy obowiązek przedłożenia opisu produktów równoważnych. Zamawiający uznał, że jeśli Przystępujący oferuje inny produkt niż Homeport winien taki opis złożyć, jednak sam fakt wezwania Przystępującego w tym przedmiocie nie jest przez Odwołującego kwestionowany. Na tym tle Odwołujący jedynie dostrzega, że *„Nextbike Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego nie udzielił* żadnych *szczegółowych wyjaśnień i ograniczył się do zacytowania treści siwz”.* Niemniej jednak okoliczność, jak wydaje się należy rozumieć, niedostatecznego opisu produktu równoważnego nie podpada pod naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który artykułuje normę adresowaną do zamawiającego.

Natomiast, jeśli Odwołujący kwestię lakoniczności wyjaśnień chciałby przekuć w zarzut, to powinien wykazać, że pomimo wezwania do złożenia opisu produktów równoważnych Przystępujący tego obowiązku nie udźwignął, a zatem winno to skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania, skoro rzeczony opis był żądany przez Zamawiającego w celu wykazania okoliczności, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże Odwołujący takiego zarzutu nie sformułował, zaś samo stwierdzenie lakoniczności rzeczonych wyjaśnień, w sytuacji podniesienia zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie rodzi negatywnych skutków.

W tym miejscu zwraca również uwagę niekonsekwencja Odwołującego, która była już widoczna na tle zarzutów formułowanych na kanwie rażąco niskiej ceny. Jeśli bowiem Odwołujący kwestionuje brak podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie produktów równoważnych, to oczywistym jest, że sam fakt ich złożenia w ogóle nie podlega ocenie.

Wobec braku stwierdzenia naruszeń przez Zamawiającego mających istotny wpływ na wynik postępowania zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

28

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

29