

WYROK

z dnia 10 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez wykonawcę **NextBike Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16/17, 00-349 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej, pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała**

przy udziale wykonawcy **BikeU Sp. z o.o., ul. Postępu 15c, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy BikeU sp. z o.o. dotyczących zaoferowanej ceny, wezwanie Wykonawcy BikeU sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomiczno - finansowej

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej, pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NextBike Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16/17, 00-349 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej, pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** na rzecz wykonawcy **NextBike Polska Sp. z o.o., ul.**

Tamka 16/17, 00-349 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Bielsko-Biała - Urząd Miejski w Bielsku-Białej prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zorganizowanie, uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja Systemu Bezobsługowych Wypożyczalni Rowerowych w Bielsku-Białej”, znak postępowania PM.271.1.2014. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 005-005056 z dnia 8 stycznia 2014r.

Odwołujący Nextbike Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez BikeU sp. z o.o. pismem z dnia 11 marca 2014 r., wyborze oferty złożonej przez BikeU sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta: zawiera rażąco niską cenę; złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez BikeU sp. z o.o. w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa; art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BikeU sp. z o.o., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BikeU sp. z o.o., pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia; art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BikeU sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania; art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia BikeU sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia; art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia BikeU sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i

doświadczenia oraz zdolności ekonomicznej i finansowej; art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania BikeU sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej; art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania BikeU sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń i dokumentów; art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie za prawidłowe zobowiązania do udostępnienia zdolności finansowych oraz w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia pomimo, że nie wynika z nich, że BikeU sp. z o.o. będzie realnie nimi dysponował; art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez BikeU sp. z o.o. w sprawie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie dowodu na rozprawie z odtajnionej części wyjaśnień. Z ostrożności Odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie na rozprawie informacji zawartych w wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny, składanych przez BikeU sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty BikeU sp. z o.o. i w konsekwencji: nakazanie Zamawiającemu wykluczenia BikeU sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, względnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania BikeU sp. z o.o. do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów.

W przedmiotowym postępowaniu BikeU sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 11 marca 2014 r. złożyło wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, zastrzegając całość wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia co do zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być ogólnikowe i nie mogą być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w stosunku do każdego dokumentu. Z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa można korzystać wyłącznie po spełnieniu i - w przypadku zamówień publicznych - po wykazaniu wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzegane jedynie określone informacje, zawarte w poszczególnych dokumentach, a nie cały dokument. Zasadniczo bowiem z ochrony przed ujawnieniem do publicznej wiadomości korzystają

poszczególne informacje, nie zaś całe dokumenty.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był zatem w każdym przypadku korzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu z przywileju zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, do szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wszystkie informacje w nich zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają.

Wykonawca BikeU, zdaniem Odwołującego, zastrzegając całość wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Sytuacją niedopuszczalną jest bezkrytyczne przyjmowanie argumentów wykonawcy co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawcy najczęściej bardzo ogólnie wskazują z jakiego powodu informacje mogłyby podlegać zastrzeżeniu, a także nie udowadniają, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o odtajnienie składanych przez Wykonawcę BikeU wyjaśnień.

I. Zarzut rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w wysokości 2.409.512 zł. Wartość ta, powiększona o podatek VAT wynosi 2.963.700 zł. Wykonawca BikeU złożył ofertę z ceną 1.480.000 zł. Odwołujący wskazał, że z zestawienia ceny oferty złożonej przez Wykonawcę BikeU z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o należny podatek VAT, cena oferty Wykonawcy BikeU jest niższa o 50 % od wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT. Zdaniem Odwołującego, zaproponowana przez Wykonawcę BikeU cena w sposób znaczny odbiega od wyceny, jaką przeprowadził Zamawiający, wskazując na całkowite oderwanie zaoferowanej przez Wykonawcę BikeU ceny od warunków rynkowych oraz szacunków dokonanych przez Zamawiającego.

W argumentacji Odwołujący podniósł okoliczność, że cena oferty Odwołującego (2.703.400 zł brutto) jest zbliżona do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że cena oferty Odwołującego, jako złożonej w tym samym postępowaniu, stanowi istotny punkt odniesienia w kwalifikacji ceny oferty złożonej przez Wykonawcę BikeU jako rażąco niskiej. Cena oferty Odwołującego wskazuje na rzetelność szacunku dokonanego przez Zamawiającego oraz rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia. Odwołujący podniósł także, że obie oferty są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań Zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez obu wykonawców mają wpływ te same

uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację: Zamawiający w Postępowaniu określił bardzo krótki okres realizacji dostawy sprzętu i startu systemu. Maksymalny okres od podpisania umowy do uruchomienia systemu to ok. 40 dni, co jest okresem bardzo krótkim, który powoduje potrzebę zorganizowania zamówienia, logistyki dostaw, uzyskiwania pozwoleń, montażu itp. w priorytetowy, ekspresowy sposób, a więc z poniesieniem większych nakładów finansowych. Ze względu na region - góry i ukształtowanie terenu miasta, należało założyć większe niż normalnie zużycie sprzętu i koszty zarówno serwisowe, jak i odtworzeniowe.

Wykonawcy, kalkulując cenę oferty, powinni byli również uwzględnić ryzyko wynikające z realizacji tej umowy, w tym ewentualnego jej niewykonania lub nienależytego wykonania. Zamawiający bardzo szeroko opisał katalog możliwych kar i przyczyn, stanowiących podstawę do rozwiązania umowy. Zamawiający ma prawo również do naliczenia kary za brak uruchomienia SBWR za każdy kolejny rozpoczęty miesiąc, zaczynając od pierwszego maja 2014 r., w wysokości 20.000 zł.

Dodatkowo, zgodnie z § 2 ust. 3 umowy, „Ustala się, iż funkcjonowanie SBWR będzie miało miejsce w okresach od 15 kwietnia do 31 października 2014 r. oraz od 1 kwietnia do 31 października w latach 2015-2017”. Jednocześnie Zamawiający w § 2 ust. 5 umowy zastrzegł sobie możliwość funkcjonowania SBWR także w pozostałych miesiącach „przy czym nie może się to wiązać z ponoszeniem jakichkolwiek kosztów przez Zamawiającego”.

Równolegle jednak wykonawcy winni przyjąć brać jednak pod uwagę, że sezon może trwać mniej niż zakładane 7 miesięcy „płatnych”. Na wykonawcach spoczywa jednak w tym czasie obowiązek utrzymania gotowości sprzętu, systemu i kadr do zarządzania projektem, bo w przypadku braku śniegu, brak gotowości do realizacji kontraktu może wiązać się z karami za nieuruchomienie systemu na czas.

Odwołujący podkreślił, że w ramach realizacji umowy, przewidywany jest mały zarobek na reklamie i na wynajmach. Inne miasta, w których obecnie funkcjonują systemy rowerów miejskich (m.in. Warszawa, Poznań, Wrocław, Sopot), są zdecydowanie bardziej atrakcyjne pod względem reklamowym i można w nich liczyć na przychody z tytułu sprzedaży reklam. Dodatkowo w części z tych miast możliwa do wykorzystania powierzchnia reklamowa na standach i rowerach miejskich, jest zdecydowanie większa niż w Bielsku-Białej. Bielsko-Biała nie jest również miastem turystycznym, a więc rowery nie będą raczej wykorzystywane przez turystów. To zazwyczaj turyści używają rowerów do celów rekreacyjnych, a tym samym na okres dłuższy niż bezpłatne 20 minut.

Koszty oferty podnosi również wymóg zapewnienia całodobowego Biura Obsługi Klienta - obowiązkowy dyżur 24 h - to min. 8 godzin dziennie więcej pracy, a więc ok. 4 etaty miesięcznie, w stosunku do Biura Obsługi Klienta czynnego w godz. 6-22.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na bardzo niską cenę zaoferowaną przez Wykonawcę BikeU, nie obejmującą nawet podstawowych kosztów realizacji umowy, istnieją wszelkie powody, aby przypuszczać, że wykonawca pominął całkowicie ten aspekt przy wycenie swojej oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty złożonej przez Wykonawcę BikeU i w związku z tym wezwał tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że oferta BikeU zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe.

II. Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji

Ponadto Odwołujący podnosił, że z uwagi na zaoferowaną przez Wykonawcę BikeU cenę, złożenie przez tego Wykonawcę oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten 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). W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym, zaoferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku Odwołującego. Tak duża różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia, a ceną oferty Wykonawcy BikeU, zdaniem Odwołującego wskazuje, że działanie tego wykonawcy nastawione było na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, ponieważ żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaoferowanej przez BikeU. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

III. Zaniechanie wykluczenia BikeU z postępowania

Wykonawca BikeU złożył wraz z ofertą na str. 19 wykaz głównych usług, w którym wskazał dwie pozycje. W ocenie Odwołującego, żadna z nich nie wykazuje spełniania warunku wiedzy i doświadczenia postawionego przez Zamawiającego.

W celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawca winien był wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje co najmniej jedną usługę, polegającą na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów miejskich obejmującego co najmniej 100 rowerów i 10 stanowisk bezobsługowych oraz zarządzaniu systemem o wartości co najmniej 700.000,00 PLN.

Wykonawca BikeU w poz. 1 wskazał na usługę, gdzie podmiotem, na rzecz którego usługa

była wykonana, był związek transportu publicznego aglomeracji Clermont-Ferrand, Francja. Usługa ta miała polegać na zorganizowaniu, uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu publicznego roweru miejskiego C.Velo (100 rowerów, 10 stanowisk). Na potwierdzenie wykonania tej usługi na str. 37 - 40 oferty Wykonawca BikeU przedłożył zaświadczenie oraz oświadczenie podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana. W ocenie Odwołującego, z dokumentów tych jednak nie wynika, iż Velogic (wykonawca - podmiot udostępniający Wykonawcy BikeU zasoby), opracował i wdrożył system bezobsługowej wypożyczalni rowerów. Nie potwierdza tego wykaz usług, jak również zobowiązanie do udostępnienia potencjału, załączone do oferty (str. 41). Istotne również jest to, iż z w/w dokumentów nie wynika, czy usługa ta wykonywana jest należycie.

W poz. 2 wykazu, Wykonawca BikeU wskazał usługę opracowania, wdrożenia oraz zarządzania systemem publicznego roweru miejskiego EasyBike Didymoteicho wykonanej na rzecz zarządu miasta Didymoteicho, Grecja, przez Brainbox Technology. Na potwierdzenie wykonania usługi załączono referencje (str. 42). Odwołujący wskazał, że z referencji tych nie wynika, że usługa jest wykonywana należycie. Wskazał, że w tłumaczeniu dokumentu takie stwierdzenie się znajduje, niemniej jednak w treści oryginalnego dokumentu sporządzonego w języku greckim (oraz angielskim - str. 43) nie ma przetłumaczonej przez Wykonawcę BikeU treści. Porównując oryginalną treść z tłumaczeniem, Odwołujący stwierdził, że dokument ten został przetłumaczony w sposób nieprawidłowy, a tym samym Wykonawca BikeU wprowadził Zamawiającego w błąd.

Odwołujący uznał, iż w tej sytuacji miało miejsce złożenie nieprawdziwej informacji poprzez dokonanie tłumaczenia niezgodnego z faktyczną treścią oryginalnej referencji z rynku greckiego. Tłumaczenie referencji z rynku greckiego zostało złożone w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji informacja ta miała wpływ na wynik postępowania i wybór oferty Wykonawcy BikeU. W związku z tym, iż informacji nieprawdziwej nie można sanować, Wykonawca BikeU powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż wersja oryginalna (w języku greckim) referencji nie posiada podpisu. W tłumaczeniu na język polski oraz w wersji angielskiej nie ma zaś daty wystawienia.

Odwołujący dodatkowo stwierdził, że nie wiadomo, czy osoby podpisujące zobowiązanie do udostępnienia potencjału, miały uprawnienie do występowania w imieniu odpowiednio Velogik i Brainbox Technology. Za zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiące dowód dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu może być uznane wyłącznie pisemne oświadczenie takiego podmiotu podpisane przez osobę uprawnioną do działania w jego imieniu. Obowiązkiem Zamawiającego było więc na etapie badania i oceny ofert wystąpienie do BikeU z wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4

ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający nie uczynił.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, Wykonawca BikeU nie wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

IV. Sytuacja ekonomiczna i finansowa

W SIWZ Zamawiający postawił warunek w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej: „w celu potwierdzenia spełniania warunku, Wykonawca winien wykazać, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 500 000 PLN”. Na stronie 35 - 36 swojej oferty, Wykonawca BikeU załączył zobowiązanie Egis Projects S.A. do udostępnienia zdolności finansowych na rzecz BikeU. Odwołujący wskazał, że w zobowiązaniu tym jednak nie wskazano kwoty, która miałaby być przedmiotem udostępnienia. Wobec tego ze zobowiązania tego nie wynika, w jakim zakresie udostępnienie potencjału mogłoby nastąpić.

Wskazał również, że Wykonawca BikeU nie wykazał realności udostępnienia potencjału przez Egis Projects S.A., do czego był zobowiązany zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i innym potencjale podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie w przypadku, gdy udowodni on Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Oznacza to, iż Wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, iż realnie będzie dysponował odpowiednimi zasobami przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący podkreślał, że z zobowiązania wynika jednoznacznie, że *„Egis Project 5.4. udostępni Spółce na podstawie odrębnie zawartych umów cywilnoprawnych”* (a nie na podstawie złożonego przez Wykonawcę BikeU zobowiązania), a szczegóły współpracy w zakresie udostępnienia zasobów finansowych zostaną doprecyzowane w umowie, którą Strony podpiszą po udzieleniu Spółce zamówienia. Zdaniem Odwołującego, trudno uznać, że na podstawie tego zobowiązania, Wykonawca BikeU będzie realnie dysponował zasobami tego podmiotu. Dokument znajdujący się na stronie 35-36 oferty Wykonawcy BikeU, nie jest zobowiązaniem w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego i nie nadaje się do egzekwowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty Wykonawcy BikeU, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Takie działanie, w ocenie Odwołującego, narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do niniejszego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego BikeU sp. z o.o., który wniósł o oddalenie odwołania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałyby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę BikeU w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oraz brak wezwania do uzupełnienia dokumentu, który potwierdzałby posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 500 000 PLN.

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ postawił warunek w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, formułując go w sposób następujący: „w celu potwierdzenia spełnienia warunku, Wykonawca winien wykazać, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 500 000 PLN”. Na stronie 35 - 36 oferty Przystępującego BikeU, załączono zobowiązanie Egis Projects S.A. do udostępnienia zdolności finansowych na rzecz Przystępującego BikeU. W zobowiązaniu nie wskazano kwoty, która miałaby być przedmiotem udostępnienia, co nie jest sporne pomiędzy stronami. Z powyższego wynika więc, że z zobowiązania tego nie wynika, w jakim zakresie udostępnienie potencjału miałyby nastąpić. Tym samym Izba uznała, że Przystępujący BikeU nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że wobec braku wskazania kwoty, która miałaby być przedmiotem udostępnienia, Przystępujący BikeU nie udowodnił, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 500 000 PLN – co było wymogiem Zamawiającego. Nie wiadomo bowiem, czy, a jeżeli tak, to jaką kwotę środków finansowych podmiot trzeci udostępni na rzecz Przystępującego BikeU. Skoro zobowiązanie Egis Project S.A. nie określa minimalnej kwoty środków finansowych, jaka

miałaby zostać udostępniona, to nie wykluczone, że rzeczywista kwota środków podlegających udostępnieniu będzie niższa od wymaganej przez Zamawiającego kwoty 500 000 PLN. Skoro zaś zobowiązanie do udostępnienia na rzecz Przystępującego środków finansowych nie gwarantuje udostępnienia kwoty w minimalnej wysokości równej kwocie wymaganej przez Zamawiającego, to brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący BikeU spełnił postawiony przez Zamawiającego wymóg posiadania odpowiedniej zdolności ekonomicznej i finansowej.

Izba uznała także za uzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że Przystępujący BikeU nie wykazał realności udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci Egis Project S.A., do czego był zobowiązany zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i innym potencjale podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku, gdy udowodni on Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Oznacza to, iż wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, iż realnie będzie dysponował odpowiednimi zasobami przy wykonywaniu zamówienia. Jak słusznie zauważył Odwołujący, z przedstawionego przez Przystępującego BikeU zobowiązania Egis Project S.A. wynika jedynie, że podmiot trzeci Egis Project S.A. udostępnić ma Przystępującego środki finansowe „na podstawie odrębnie zawartych umów cywilnoprawnych”. Ze sformułowania tego wynika, że udostępnienie środków finansowych na rzecz Przystępującego BikeU nie nastąpi na podstawie złożonego zobowiązania Egis Project S.A., lecz na podstawie umów, które w chwili podpisania zobowiązania przez Egis Project S.A. nie były jeszcze zawarte, a miały zostać podpisane po udzieleniu zamówienia na rzecz Przystępującego BikeU. W umowach tych miały zostać doprecyzowane szczegóły współpracy w zakresie udostępnienia zasobów finansowych na rzecz Przystępującego BikeU. Powyższe zobowiązanie nie jest więc żadnym dowodem udostępnienia zasobów. Nie można bowiem przyjąć, że Przystępujący BikeU będzie realnie dysponował zasobami tego podmiotu, skoro udostępnienie tych zasobów ma nastąpić nie na mocy samego zobowiązania Egis Project S.A., lecz na podstawie umów, które miałyby dopiero zostać w przyszłości zawarte, przy czym nie ma żadnej gwarancji, że do zawarcia tych umów rzeczywiście dojdzie, a jeżeli nawet umowy zostałyby zawarte, nie są znane warunki, na których miałyby nastąpić udostępnienie środków finansowych, ani nawet minimalna kwota środków finansowych, jaka miałaby zostać udostępniona. Przytoczone powyżej sformułowanie, zawarte w zobowiązaniu Egis Project S.A. wskazuje na niepewny i nieznanym Zamawiającemu zakres zobowiązań pomiędzy Przystępującym BikeU, a podmiotem trzecim. Zobowiązanie do udostępnienia środków finansowych nie jest jasne i jednoznaczne, nie

wynika z niego kwota środków finansowych podlegających udostępnieniu, ani zasady, na jakich udostępnienie to miałyby nastąpić. Zatem zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy Przystępujący BikeU rzeczywiście dysponuje zasobami podmiotu trzeciego. A skoro istnieją podstawowe i uzasadnione wątpliwości w tym zakresie, to należy stwierdzić, że Przystępujący BikeU nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, gdyż ciężar wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem spoczywał na Przystępującym. Izba podziela także stanowisko Odwołującego, że dokument znajdujący się na stronie 35-36 oferty Przystępującego BikeU nie jest zobowiązaniem w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego i nie nadaje się do egzekwowania.

Przedstawiany przez Przystępującego dowód w postaci potwierdzenia wpłaty wadium w niniejszym postępowaniu przez podmiot trzeci nie koresponduje z dokumentami, które należy złożyć w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Nadto, to w treści oferty Wykonawca miał udowodnić Zamawiającemu dysponowaniem potencjału i spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Z powyższych względów, Izba nakazała w sentencji wyroku wezwanie Wykonawcę BikeU sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku finansowo – ekonomicznego.

Izba za uzasadniony uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający bezzasadnie utrzymał utajnienie dokumentów w zakresie wyjaśnień Przystępującego BikeU, dotyczących rażąco niskiej ceny. Jak zostało to wielokrotnie wskazane w orzecznictwie, dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacja, mogąca zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinna być informacją, która ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowiący inne informacje posiadające wartość gospodarczą, która nie została ujawniona publicznie oraz co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. ŻADNA z powyższych przesłanek nie została wykazana ani przez Zamawiającego, ani też Przystępującego BikeU, podczas gdy za tajemnicę przedsiębiorstwa może zostać uznana wyłącznie informacja, w odniesieniu do której wszystkie powyższe przesłanki spełnione są łącznie. Lakoniczna informacja, tłumacząca zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jaką zamieścił Przystępujący BikeU we wstępie do wyjaśnień, nie odnosi się do którejkolwiek z przesłanek. Przystępujący nie wykazał, aby podane przez niego informacje związane były z technicznymi, technologicznymi lub organizacyjnymi aspektami działania jego przedsiębiorstwa lub posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą. Przystępujący BikeU nie opisał także działań, jakie przeprowadził celem zachowania

poufności podanych informacji. Tym samym Przystępujący BikeU nie podjął nawet próby wykazania, że jego wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa,

Twierdzenia Przystępującego BikeU, składane podczas rozprawy, są gołosłowne. Należy podkreślić, że Przystępujący zasłaniając się rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa ukrywa przed Odwołującym sposób obliczenia ceny, podczas gdy ewidentnie sam udzielał wyjaśnień na podstawie/wzorując się na wyjaśnieniach Odwołującego złożonych w innym postępowaniu przetargowym. Ponadto nie można wykluczyć możliwości, że próba zastrzeżenia przez Przystępującego informacji jako rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego, miała na celu jedynie ukrycie przez Przystępującego faktu korzystania przez niego z wyjaśnień innego wykonawcy.

Z całą pewnością nie są tajemnicą przedsiębiorstwa informacje dotyczące cen ofert składanych w innych postępowaniach, gdyż z mocy prawa ceny te po otwarciu ofert są jawne. Nie mogą być także uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa ogólne stwierdzenia wykonawcy lub zwykłe obliczenia, na podstawie danych, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia. Nie mogą być także uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa szacowane przez wykonawcę koszty, które nie wynikają z żadnych poufnych dokumentów, a są jedynie prognozami lub szacunkami. Izba nie ma wątpliwości, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia miały na celu tylko i wyłącznie ukrycie treści wyjaśnień przed Odwołującym oraz faktu, że zostały sporządzone na podstawie wyjaśnień, jakie Odwołujący złożył w innym postępowaniu. Rację należy w tym miejscu przyznać Odwołującemu, że poufność może dotyczyć jedynie drobnych, pojedynczych informacji, wynikających z poufnych dokumentów, a nie kilkustronicowych wyjaśnień, których poufność w żaden sposób nie została wykazana. Zamawiający naruszył więc art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odtajnienia wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny, jak również poprzez brak jakiegokolwiek zbadania zasadności zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba nie odnosiła się do utajnienia treści wyjaśnień Przystępującego w zakresie kopii wyjaśnień Odwołującego (od strony nr 7), gdyż dotyczą one przedsiębiorstwa Odwołującego w innym postępowaniu. Do decyzji Zamawiającego należy pozostawienie tej części wyjaśnień zastrzeżonych jako poufne. Okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Na marginesie jedynie można dodać, iż wyjaśnienia te, skoro znalazły się w posiadaniu Przystępującego, mogły zostać ujawnione znacznie wcześniej.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwej informacji w zakresie usługi opracowania, wdrożenia oraz zarządzania systemem publicznego roweru miejskiego EasyBike Didymoteicho, wykonanej na rzecz zarządu miasta Didymoteicho, Grecja, przez

Brainbox Technology.

W ocenie Izby nie można uznać, aby przedstawione przez BikeU referencje, potwierdzające wykonanie usługi na rzecz zarządu miasta Didymoteicho w Grecji, zawierały informacje nieprawdziwe.

Izba ustaliła, że Przystępujący BikeU wskazał wykonanie usługi opracowania, wdrożenia oraz zarządzania systemem publicznego roweru miejskiego EasyBike Didymoteicho, wykonanej na rzecz zarządu miasta Didymoteicho, Grecja, przez Brainbox Technology. Na potwierdzenie wykonania usługi załączono referencje. Referencje zostały sporządzone na dwóch ponumerowanych stronach, na których najpierw zamieszczono tekst w języku greckim, następnie polskim, a na koniec w języku angielskim. Podpis pod referencjami znajduje się na końcu dokumentu, pod tekstem angielskim. Co istotne, jedynie oświadczenie w języku polskim zawiera stwierdzenie o prawidłowym zrealizowaniu zamówienia. W wersji w języku greckim (oraz angielskim - str. 43) brak jest takiego stwierdzenia.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut złożenia nieprawdziwej informacji poprzez dokonanie tłumaczenia niezgodnego z faktyczną treścią oryginalnej referencji z rynku greckiego. Należy podkreślić, że jest to jeden dokument (wskazuje na to także numeracja stron), a osoba podpisująca się pod dokumentem, złożyła podpis na końcu dokumentu, pod wszystkimi oświadczeniami (w każdym z trzech języków), biorąc odpowiedzialność za treść wszystkich oświadczeń. Także osoba podpisująca oświadczenie stwierdziła (w języku polskim), że usługa została wykonana należyście. Nie można zatem mówić, że poszczególne wersje (polska i angielska) są jedynie tłumaczeniami, a nadto nie można dojść do wniosku, że są niepodpisane. Nie można zatem stwierdzić, że w treści przedstawionej referencji brak jest stwierdzenia, że usługa została wykonana należyście.

Dodatkowo należy zauważyć, że ewentualny brak daty nie powoduje, że referencja jest nieważna, czy że potwierdza nieprawdę. Odwołujący nie wskazał, jakiego rodzaju konsekwencje na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych miałyby rodzić brak daty na dokumencie referencji. Odwołujący nie wykazał także, aby oświadczenie zostało podpisane przez osoby nie mające uprawnień do złożenia podpisu, w szczególności w świetle przedstawionych w trakcie rozprawy dokumentów rejestrowych.

Izba uznała za uzasadniony zarzut Odwołującego co do braku przedstawienia przez Przystępującego w treści oferty referencji, która potwierdzałaby należyte wykonanie usługi realizowanej na rzecz Związku Transportu Aglomeracji Clermont Ferrant. Treść referencji w żaden sposób nie wskazuje, aby realizowana usługa była wykonana w całości i należyście. Treść tej referencji nie zawiera nawet tak podstawowych informacji, jak to, czy wykonanie usługi zostało zakończone, czy usługa została odebrana przez Zamawiającego, ani też czy wykonana została w sposób prawidłowy. Tym samym usługa wymieniona w treści tej

referencji nie może zostać uznana za potwierdzającą dysponowanie przez Przystępującego doświadczeniem wymaganym w treści SIWZ.

Bez znaczenia są twierdzenia Odwołującego, że instytucje w obcym państwie nie wydają zaświadczeń na prośbę wykonawców. Powszechnie wiadomy jest fakt, że wykonawcy uzyskują referencje i zaświadczenia o należyte wykonanych usługach poza granicami Polski i masowo przedstawiają je w przetargach.

Izba nie nakazywała Zamawiającemu wzywania do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia, gdyż w niniejszym postępowaniu wystarczające było wykazanie realizacji co najmniej jednej usługi, a Przystępujący wymóg ten spełnił poprzez przedstawienie referencji, potwierdzającej wykonanie usługi na rzecz zarządu miasta Didymoteicho w Grecji.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut, że zobowiązanie SARL Velogik o udostępnieniu potencjału zasobów wiedzy i doświadczenia, nie określa okresu udostępnienia potencjału oraz formy, w jakiej nastąpić ma udostępnienie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w treści tego zobowiązania zawarte jest stwierdzenie, że udostępnienie zasobów następuje na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia, a ponadto zobowiązanie to opisuje formy, w jakich potencjały mają zostać udostępnione, opisując te formy jako: know-how, doświadczenie, wiedza, techniczne wsparcie, użyczenie zasobów pracowniczych. Tym samym przedstawione przez Przystępującego zobowiązanie jest wystarczające do wykazania dysponowania przez Przystępującego potencjałem, jaki udostępnił Przystępującemu SARL Velogik.

W ocenie Izby, nieuzasadniony jest zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Przystępującego. Oceniając cenę zaproponowaną przez wykonawcę pod kątem tego, czy cena ta nie jest ceną rażąco niską, dokonuje się przede wszystkim porównania ceny zawartej w ofercie wykonawcy, z szacowną przez Zamawiającego wartością zamówienia. W niniejszym postępowaniu, dokonując szacowania wartości zamówienia, Zamawiający zwrócił się do dwóch podmiotów na rynku z prośbą o wstępną kalkulację wysokości wynagrodzenia za wykonanie planowanej przez Zamawiającego usługi. Podmioty, do których Zamawiający zwrócił się o dokonanie wstępnej kalkulacji wartości zamówienia, podały ceny w wysokości 970 000 zł oraz 2 970 000 zł. W pierwszej kolejności należy zauważyć, jak bardzo różnie szacowane są takie usługi i jak znaczna różnica cen występuje na rynku w odniesieniu do tych samych usług. Tym samym znaczne zróżnicowanie cen usług tego rodzaju nie jest niczym nadzwyczajnym.

Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że, jak oświadczył Zamawiający, oszacowana przez niego wartość zamówienia została dokonana według uzyskanej przez Zamawiającego wyższej wartości zamówienia, a nie np. według średniej arytmetycznej cen,

jaką podano Zamawiającemu. Zamawiający uzasadnił ten sposób oszacowania wartości zamówienia koniecznością ewentualnego zabezpieczenia sobie środków budżetowych na realizację zamówienia. W tym miejscu należy podkreślić, że szacowana wartość zamówienia i kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, są kwotami zupełnie różnymi. Jednakże wskazane powyżej oświadczenie Zamawiającego potwierdza fakt, że nie tyle dokonał on oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością, wyliczając średnią arytmetyczną cen, szczegółowo dociekając cen poszczególnych usług składających się na kompleksową usługę, ile kierował się względami ekonomicznymi, a w tym także tym, aby również najdroższa oferta miała możliwość zostać zrealizowaną. Tym samym, nie można uznać, że skoro Przystępujący zaoferował realizację zamówienia za cenę o kilkadziesiąt procent niższą niż oszacowana przez Zamawiającego, to cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Dodatkowo na uwagę zasługuje fakt, że sam Odwołujący w trakcie rozprawy nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, że w luźnej rozmowie z przedstawicielami Zamawiającego (już po złożeniu ofert) potwierdził, że zaproponowana przez niego cena została przeszacowana. Tym samym także odniesienie ceny zawartej w ofercie Przystępującego do ceny zaproponowanej przez Odwołującego nie może stanowić obiektywnego proberza oceny, czy cena, jaką zaproponował Przystępujący, jest ceną rażąco niską.

Dodatkowo należy zauważyć, że usługa, stanowiąca przedmiot zamówienia, jest usługą złożoną, na którą składa się wiele usług cząstkowych. Wszystkie te usługi kalkulowane są indywidualnie. Przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci kalkulacji kosztów w niniejszym postępowaniu oraz w innym postępowaniu o analogicznym przedmiocie zamówienia, wskazuje, że wykonawca ten przyjmuje usługi cząstkowe i wycenia je według własnego klucza. Usługi te mogą nie być uwzględniane przez innych wykonawców lub uwzględniane, ale w innych wysokościach niż założył to Odwołujący. Np. Odwołujący wycenił koszty obsługi prawnej związane z realizacją zamówienia. Koszty te inny wykonawca może wycenić w innej wysokości, niż przyjęta przez Odwołującego. Analogicznie, inny wykonawca może inaczej wycenić koszty przygotowania terenu, czy wynajęcia warsztatu, które to koszty szacowane były przez Odwołującego przy ustaleniu wysokości zaoferowanej ceny.

Przystępujący wskazał na uwzględnienie określonych kosztów, wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, co oznacza, że szacował koszty cząstkowych usług składających się na całe zamówienie. Ponadto Przystępujący podniósł, że zaoferowana przez niego cena nie odbiega od cen zaoferowanych w innych postępowaniach o zbliżonym przedmiocie zamówienia. W szczególności Przystępujący podniósł, że zaoferowana przez niego cena niewiele odbiega od najwyższej ceny historycznej (w przeliczeniu na jeden rower), zaoferowanej w postępowaniach o zbliżonym przedmiocie zamówienia.

Nadto Przystępujący wskazał, iż zaoferowana przez niego cena pozwoli mu na uzyskanie zysku z tytułu wykonania niniejszego zamówienia.

Izba za nietrafne uznała twierdzenie Odwołującego, dotyczące braku możliwości porównywania cen zaoferowanych w innych postępowaniach, z cenami zaoferowanymi w niniejszym postępowaniu, co w szczególności dotyczyć miało postępowania prowadzonego przez miasto Toruń. Odwołujący podnosił, że niniejsze postępowanie wykazuje się istnieniem specyficznych cech, które powodują, że nieuzasadnione jest dokonywanie porównań z innymi postępowaniami. Dotyczyć ma to w szczególności istnieniem na terenie Bielska-Białej znacznych różnic w poziomie terenu (Odwołujący stwierdził, że jest to teren górzysty), co – zdaniem Odwołującego – przekładać się ma na większe zużycie rowerów, a tym samym – zwiększenie kosztów realizacji zamówienia. W ocenie Izby, powyższe twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne. Jak słusznie podniósł Zamawiający, zużycie rowerów związane jest przede wszystkim z rodzajem podłoża, po jakim poruszają się rowery, a rowery oferowane w niniejszym postępowaniu z zasady przeznaczone są do wykorzystania na przygotowanych ścieżkach rowerowych. Nadto Zamawiający podniósł, że wszystkie stacje znajdują się przy ulicach asfaltowych. Okoliczności te powodują, że wpływ różnic poziomów nie ma aż tak dużego znaczenia na koszty realizacji zamówienia, jak podniósł Odwołujący i powoduje, że brak jest przeszkód w dokonywaniu porównań niniejszego postępowania z postępowaniami prowadzonymi w innych miastach.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego kwestii wysokości przychodu z reklam umieszczanych na rowerach, podnieść należy, że wysokość tego przychodu może być wyłącznie szacowana. Biorąc pod uwagę fakt, iż wcześniej w Bielsku-Białej nie funkcjonował system SBWR, nie jest możliwe szacowanie wysokości tego przychodu poprzez porównania z przychodami uzyskanymi przez innych wykonawców na terenie Bielska-Białej. Ponadto stwierdzenie Odwołującego, że przychody z tego tytułu muszą być niższe niż w największych miastach Polski, jest wynikiem wyłącznie kalkulacji Odwołującego, co nie przesądza, że Przystępujący powinien zakładać równie niskie przychody z reklam, tak jak to uczynił Odwołujący. Podobne rozważania dotyczą pracy serwisu Call Center.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Formułując ten zarzut, Odwołujący podniósł, że czynem nieuczciwej konkurencji miałoby być zaoferowanie przez Przystępującego wykonania usługi poniżej kosztów jej wykonania. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że fakt taki miał miejsce w niniejszej sprawie. W ofercie Przystępującego założono osiągnięcie zysku z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto cena zaoferowana przez Przystępującego, w przeliczeniu na jeden rower, nie odbiega znacząco od cen zaoferowanych przez wykonawców w innych postępowaniach, o zbliżonym przedmiocie zamówienia. Tym samym bezpodstawne jest

twierdzenie, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie pokryje kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....