

Sygn. akt KIO 2401/19

Sygn. akt KIO 2402/19

WYROK
z dnia 9 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 10 i 13 grudnia 2019 r. oraz 7 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2019 r. przez wykonawców:

A. Pango Polska Sp. z o.o., Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa (sygn. akt KIO 2401/19)

B. mPay S.A., ul. Jasna 1 lok. 421, 00-013 Warszawa (sygn. akt KIO 2402/19)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa

przy udziale wykonawców:

A. (sygn. akt KIO 2401/19):

1. mPay S.A., ul. Jasna 1 lok. 421, 00-013 Warszawa

2. Mobile Traffic Data Sp. z o.o., ul. Drużbickiego 11, 61- 693 Poznań

–zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

3. SkyCash Poland S.A., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa

–zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

B. (sygn. akt KIO 2402/19):

1. SkyCash Poland S.A., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa

–zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: A. Pango Polska Sp. z o.o., Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa; B. mPay S.A., ul. Jasna 1 lok. 421, 00-013 Warszawa:, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty uiszczone przez wykonawców:

A. Pango Polska Sp. z o.o., Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa (sygn. akt KIO 2401/19) **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy);

B. mPay S.A., ul. Jasna 1 lok. 421, 00-013 Warszawa (sygn. akt KIO 2402/19) **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)

– tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego pn. „Pobieranie opłat za postój w strefie płatnego parkowania niestrzeżonego z wykorzystaniem kanałów/platform mobilnych”, Numer referencyjny: ZDM/UM/DZP/91/PN/78/19, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 603871-N-2019 z dnia 2019-10-01 r.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

A. Odwołujący – Pango Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2401/19) – wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego dotyczących części 2 i 3 zamówienia, polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty SkyCash Poland S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „SkyCash”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia (i) w sposób skutkujący brakiem zachowania uczciwej konkurencji wśród wykonawców, (ii) z nierównym traktowaniem wykonawców, (iii) wbrew zasadom proporcjonalności i przejrzystości, a to wskutek niewłaściwej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień SkyCash dotyczących wyliczenia ceny i kosztu w zakresie zastosowanych rozwiązań technicznych (w szczególności: kanałów komunikacji) oraz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, podczas gdy prawidłowa ocena tychże wyjaśnień skutkuje uznaniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - przez brak odrzucenia oferty SkyCash, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy obiektywnie i starannie przeprowadzona ocena nakazuje przyjąć, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez brak odrzucenia oferty SkyCash, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskutek opierania się w ofercie na sprzedaży usług celem realizacji zamówienia, poniżej kosztu ich świadczenia;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przez brak odrzucenia oferty SkyCash, której treść w odniesieniu do sposobu wykonywania zamówienia nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. przez brak odrzucenia oferty, która zakłada wykonywanie jednej części zamówienia jedynie przez określony okres, nie zaś przez cały okres, na który Zamawiający przewidział zamówienie.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu:
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy SkyCash;
- 3) powtórzenia badania i oceny ofert;
- 4) powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) korespondencja przedstawiciela Odwołującego z pracownikiem KBU sp. z o.o. operatora Strefy Płatnego Parkowania we Wrocławiu dotycząca sposobu kontroli opłat za parking przy użyciu telefonu komórkowego;
- 2) wyjaśnienia i kalkulacje SkyCash dotyczące rażąco niskiej ceny w postępowaniu z 2018 r. na tożsamą usługę w Warszawie;
- 3) dokumenty dotyczące rozliczeń SkyCash z Zamawiającym w zakresie usługi przyjmowania opłat świadczonej na rzecz Zamawiającego w przeszłości udostępnione Odwołującemu na podstawie wniosku o dostęp do informacji publicznej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Stan faktyczny: w ramach zamówienia, wykonawca miał dostarczać przez okres nie dłuższy niż do 31.12.2021 r. rozwiązanie umożliwiające pobieranie opłat za parkowanie, za pomocą: (i) komend sms, (ii) aplikacji mobilnej z transmisją opartą o łącze internetowe, działającej na wszystkich dostępnych na rynku telefonach komórkowych (z systemem operacyjnym o udziale w rynku co najmniej 2%) oraz (iii) dodatkowych kanałów/platform wnoszenia opłat za parkowanie - jeśli oferent je zadeklarował.

Odwołujący złożył ofertę w odniesieniu do części 2 oraz 3 zamówienia. Zamawiający wybrał w tych częściach zamówienia jako najkorzystniejszą ofertę SkyCash.

Zamawiający, w szczególności w sposób niedokładny i niewyczerpujący zbadał złożone przez SkyCash wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie, które przedstawiały niepełne wyliczenia związane z realizacją zamówienia, jak również uznał za przekonujące w kwestii wyliczenia ceny oraz kosztu, niedokładne a także błędne kalkulacje z oferty jako prawidłowe i rzekomo udowadniające rentowność realizacji zamówienia. W konsekwencji błędnie dokonano przez Zamawiającego badania wyjaśnień SkyCash,

Zamawiający wybrał ofertę tego wykonawcy, pomimo że oferta podlegała odrzuceniu. W szczególności, wyjaśnienia SkyCash złożone w piśmie z dnia 24 października 2019 r. potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niskie koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w dalszej części uzasadnienia zwrócił uwagę na listę okoliczności wskazywanych przez SkyCash w wyjaśnieniach, których obiektywna i logiczna ocena prowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt, w konsekwencji czego, złożenie oferty stanowi również w szczególności czyn nieuczciwej konkurencji.

Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania: Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu zamówienia w części 2 oraz 3. Unieważnienie oferty SkyCash na część 2 oraz 3 zamówienia spowoduje, że oferty Odwołującego na część 2 oraz 3 zamówienia, pozostaną ofertami najwyżej ocenianymi na liście przedstawionej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia.

Rozwinięcie zarzutów: Odwołujący w odniesieniu do braku odrzucenia przez Zamawiającego oferty SkyCash, które powinno było nastąpić z uwagi na rażąco niską cenę oraz koszt wskazane w ofercie, wskazał na następujące okoliczności.

1. Brak przedstawienia w kalkulacji SkyCash kosztów obsługi kanału SMS służącego do wysyłania komend rozpoczynających i kończących parkowania oraz zadeklarowanego dodatkowego kanału IVR

W kalkulacji kosztów SkyCash, nie przedstawiono pozycji dotyczącej obsługi kanału SMS dla użytkowników systemu mobilnego parkowania (przedstawiona została taka pozycja wyłącznie dla kosztów sms dla kontrolerów). Zgodnie z informacją ze strony internetowej SkyCash, dostępnej pod adresem www.skycash.com, numerem służącym do wysyłki wiadomości sms rozpoczynających i kończących parkowanie jest numer: „82002” - zgodnie z informacją prezentowaną na ww. stronie internetowej SkyCash, pod ścieżką:

<https://www.skycash.com/pomoc-skycash/parkowanie/komendy-sms/>

Brak opisywanego kosztu w kalkulacji, ma istotny wpływ na ocenę oferty SkyCash. Niezależnie od faktu czy SkyCash posiada umowę na obsługę numeru telefonu „82002” w formie zryczałtowanej czy też zmiennej, koszt związany z obsługą tegoż numeru (korzystania z niego przez użytkowników), powinien być wykazany Zamawiającemu. Jedyna faktura jaką SkyCash przedstawił, na poczet określenia kosztów obsługi komend SMS, dotyczy kosztów obsługi numeru dla kontrolerów - w treści wyjaśnień w piśmie z dnia 24 października 2019 r., brak jest jakiegokolwiek odniesienia do opisywanej wyżej kwestii.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający miał możliwość porównania wyjaśnień złożonych przez innych oferentów, w tym przez Odwołującego, który przedstawił wyjaśnienia i koszty obsługi bramki służącej do zleceń za pomocą kanału SMS, w przeciwieństwie do SkyCash, który tego nie uczynił. Zdaniem Odwołującego, jest to istotne zaniedbanie ze strony

Zamawiającego w zakresie badania czy cena oraz koszt z ofert SkyCash nie są rażąco zaniżone.

Zgodnie z przedstawianymi w przeszłości przez SkyCash raportami użycia kanałów wnoszenia opłat, miesięcznie nawet 9 800 transakcji było opłaconych za pomocą tego kanału. Jeśli SkyCash płaci za sms-y odsyłane do użytkowników korzystających z tego kanału komunikacji, generuje to po jego stronie określony koszt, którego ponoszenia nie wskazał. Niezależnie od wysokości tego kosztu - brak jego wykazania powinien być dla Zamawiającego przesłanką do odrzucenia oferty SkyCash złożonej w odniesieniu do części 2 i 3 zamówienia.

Podobnie, w ramach oferty na realizację zamówienia, SkyCash wskazał kanał IVR jako kanał dodatkowy do wnoszenia opłat. W przedstawionej kalkulacji brak jest informacji o wysokości kosztu ponoszonego z tego tytułu. Faktu tego również Zamawiający nie odnotował, dokonując oceny tego, czy cena oraz koszt z ofert SkyCash nie pozostają rażąco zaniżone.

2. Brak wykazania kosztów związanych z wykonywaniem przelewów tytułem rozliczeń z Zamawiającym

Zgodnie z punktem 1.12 SIWZ, wykonawca miał zapewnić tzw. „jednodniowe cykle rozliczeń”, tj. przelewać po każdym zakończonym dniu roboczym całość pobranych opłat za parkowanie.

SkyCash w przedstawionej kalkulacji nie uwzględnił tych kosztów. W wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019 r. wskazał lakonicznie, że ponosi z tego tytułu znikome koszty związane z korzystaniem z systemu MassCollect (do księgowania wpłat) oraz MassPayment (do generowania plików z wypłatami środków), jednakże o ile koszty związane z systemem MassPayment zostały wykazane w kalkulacji - brakuje w niej kosztów związanych z systemem MassCollect.

Zamawiający miał przy tym możliwość porównania kalkulacji Skycash z kalkulacją dostarczoną w postępowaniu przez Odwołującego, który element ten wyraźnie wycenił. Zamawiający zaniechał nawet zadania SkyCash dodatkowych pytań i wybrał jego ofertę, mimo braku wykazania opisywanego kosztu w przedstawionej kalkulacji.

3. Nieprawidłowy rozkład kosztów

Nie ulega wątpliwości, że zaprezentowany przez SkyCash model rozkładu wszelkich kosztów ujętych w kalkulacji w równym stopniu na 92 części (które SkyCash uzasadnia świadczeniem usług na parkowanie mobilne w 92 miastach) pozostaje niedopuszczalny. Nie sposób przyjąć chociażby, że świadczenie podobnych usług w określonej ilości lokalizacji, pozwala na proporcjonalne rozłożenie kosztów związanych z usługą na ilość obsługiwanych podmiotów. Nie sposób przyjąć, że nakład pracy związany z obsługą poszczególnych „miast” pozostaje taki sam w sytuacji, gdy populacje tychże miast wahają się od kilku milionów do kilkunastu-kilkudziesięciu tysięcy mieszkańców. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu,

spoczywa na wykonawcy. SkyCash w jakikolwiek sposób nie udowodnił (a nawet nie uprawdopodobnił), że przyjęta przez niego metodologia podziału kosztów zawartych w przedstawionych kalkulacjach, pozostaje uprawniona.

4. Nieprawidłowe kalkulacje innych pozycji kosztowych w odpowiedzi SkyCash

a) Koszty utrzymania systemu

SkyCash przyjął, że obecnie, świadcząc na rzecz Zamawiającego usługę pobierania opłat za postój w strefie płatnego parkowania niestrzeżonego, wykonuje 250 000 transakcji miesięcznie i uznał, że wygrywając obie części zamówienia - tzn. zarówno część 2 jak i 3, nie będzie ich realizował „równocześnie”, lecz „po kolei”, tj. najpierw będzie wyczerpywał limit określony w ramach drugiej części zamówienia (1,65 mln transakcji rocznie), a dopiero następnie: limit określony w ramach trzeciej części zamówienia.

Metodologia tej kalkulacji stoi w sprzeczności z odpowiedzią na pytanie 10 z dnia 09.10.2019 r., które jeden z oferentów zadał Zamawiającemu. Dokładna treść pytania dostępna pozostaje na stronie internetowej Zamawiającego pod linkiem:

<https://zdm.waw.pl/wp-content/uploads/2019/10/odp.-na-pyt.-z-dnia-9.10.pdf>

Oferent zapytał o możliwość realizacji Zamówienia sekwencyjnie, a co za tym idzie, zapytał o możliwość ponoszenia kosztów jedynie przez czas faktycznego realizowania zamówienia - np. 6 miesięcy - jedna część zamówienia, 6 miesięcy - kolejna część zamówienia. Oferent wskazał, że wymóg Zamawiającego, by utrzymywać dwa zespoły w tym samym czasie jest wygórowany i zażądał zmiany treści SIWZ.

Zamawiający odrzucił jednakże stanowczo takie żądanie zmiany SIWZ, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie zgadzał się, publikując SIWZ, na rezygnację ze stawianego wykonawcy wymagania utrzymania zespołu pracowników dla każdej z części zamówienia przez jakikolwiek okres.

Sposób kalkulacji przyjęty i zaprezentowany Zamawiającemu przez SkyCash, należało więc uznać za niedopuszczalny pod kątem zgodności z SIWZ. Zakłada on bowiem, że SkyCash będzie świadczył usługę „z każdej części zamówienia”, jedynie po 6 miesięcy w roku i w związku z tym, nie będzie ponosił kosztów związanych z utrzymaniem systemu obsługującego płatności za parkowanie, przez pozostałe miesiące. Prawidłowo dokonana przez Zamawiającego ocena kosztu SkyCash w tym zakresie, powinna uwzględniać koszt utrzymania obu zespołów pracowników, przez cały okres dla obu części zamówienia.

Zaprobowana przez Zamawiającego metodologia działania SkyCash pozostaje błędna i niezgodna z intencją Zamawiającego ujawnioną w SIWZ i dookreśloną w odpowiedziach Zamawiającego na pytania oferentów. Prowadzi ona w szczególności do tego, że użytkownik, który np. chciałby skorzystać z usługi wygenerowania historii parkowań (określonej w SIWZ) po 6 miesiącach, w których przez wykonawcę byłaby realizowała usługa w ramach jednej części zamówienia, nie mógłby skorzystać z systemu obsługi płatności za

parkowanie, ponieważ SkyCash wykorzystał już przysługujący limit transakcji na daną część zamówienia, stąd nie świadczyłby już tejsze usługi. Zamawiający określił w SIWZ możliwość dostępu do historii parkowań przez cały okres trwania umowy zawieranej z wykonawcą, a nie tylko wtedy, gdy wykonawca korzysta jeszcze z przyznanego limitu w ramach danej części zamówienia. W związku z powyższym, można zauważyć, że koszt utrzymania systemu nie powinien być dzielony na 6/12 (jak w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019 r. wskazuje SkyCash), lecz na 12 części co przekłada się na zwiększenie kosztu związanego ze świadczeniem usług objętych ofertą.

Zamawiający, przyjmując sposób kalkulacji SkyCash, wykazał się: po pierwsze niekonsekwencją, gdyż wcześniej w odpowiedzi na zadane przez oferenta pytanie, odmówił zmiany SIWZ, po drugie zaś: nie uwzględnił dodatkowego kosztu, który realnie powinien być ponoszony przez wykonawcę, w sytuacji, gdyby kalkulacja sporządzona została zgodnie z warunkami SIWZ. Wyjaśnienia złożone przez SkyCash potwierdzają zatem, że wykonawca przedstawił rażąco niski koszt związany ze świadczeniem usług będących przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do wskazanego przez SkyCash sposobu świadczenia usług, Odwołujący wskazał, że pozostaje on niezgodny z SIWZ, opiera się na niezgodnym z SIWZ „sekwencyjnym” wykonywaniem zamówienia w dwóch częściach.

b) Kalkulacja kosztów rozwiązania umożliwiającego kontrolę wniesienia opłaty przez kontrolerów za pomocą SMS

Niezrozumiałym i niepoprawnym pozostaje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019 r. „podzielenie” przez SkyCash kosztu utrzymania numeru SMS dedykowanego dla kontrolerów Zamawiającego na 92 równe części z uwagi na to, że numer ten dostępny jest wedle wskazań SkyCash w 92 miastach w Polsce. Jak wyjaśnił SkyCash, rozwiązanie jest stosowane „jako główne” w miastach takich jak: Białystok, Sopot, Chorzów, Gdańsk, Gniezno, Andrychów. Zatem, należy rozumieć, że będzie też używane przez Warszawę. Jak SkyCash przyznał, powyższe jest też „rozwiązaniem wspomagającym” w innych miastach i parkingach prywatnych, ale nie wskazał, czy we wszystkich. W związku z faktem, że Odwołujący razem ze SkyCash jest dostępny jako operator płatności za parkowanie w wielu miastach, np. w Rzeszowie, Kielcach, Poznaniu, jako dowód Odwołujący przedstawił wiadomość email do pana P. K., pracownika KBU sp. z o.o.

W związku z powyższym, SkyCash błędnie dokonał podziału kwoty ryczałtu na 92 miasta. Według wiedzy Odwołującego, podział ten dotyczyć może nie więcej, niż połowy sieci SkyCash, co przekładałoby się na koszt nie 20,05 (wskazywany przez SkyCash), lecz 40,10 / miesięcznie. Sam fakt błędnego podziału, to kolejny powód jaki stanowić powinien podstawę do odrzucenia oferty - czego nie zrobił Zamawiający. Co najistotniejsze, pomimo znacząco zaniżonej w stosunku do innych ofert, ceny wskazanej przez SkyCash, Zamawiający nie zadał

SkyCash jakichkolwiek dodatkowych pytań w powyższym zakresie, w odniesieniu do kosztów związanych z utrzymaniem numeru SMS dedykowanego dla kontrolerów.

c) Kalkulacja kosztów osobowych

W wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019 r. SkyCash 'podzielił koszty osobowe pracowników udostępnionych przez Twój Asystent 24 i Digital Virgo wbrew zapisom dostarczonych dowodów świadczących o ich niepodzielności:

- Oświadczenie Twój Asystent 24 z dnia 08.10.2019 r. łączy kwotę wynagrodzenia 10 350 PLN netto miesięcznie bezpośrednio ze zobowiązaniami wynikającymi z postępowania DM/UP/DZP/91/PN/78/19;

- Umowa z Digital Virgo o współpracy w zakresie obsługi użytkowników SkyCash w paragrafie 5 punkt 1 bezpośrednio łączy wykonanie Umowy wyłącznie z postępowaniem DM/UP/DZP/91/PN/78/19.

d) Kalkulacja kosztów obsługi transakcji

W wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu w 2018 r. w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego o znaku DZP/43/PN/37/15, SkyCash wskazywał, że 40,5% użytkowników korzystających z usług SkyCash w Warszawie korzysta z rozwiązania Mobiparking Flota (w piśmie SkyCash z 2018 r. wskazano, że średnio <w 2018 roku> korzystając z usług SkyCash w Warszawie dokonywano 216 833 parkowań, z czego 129 400 było parkowaniami „prywatnymi” - w konsekwencji: $87\,433 / 216\,833 = 0,405$). W wyjaśnieniach dotyczących 2019 r., SkyCash wskazuje, że jest to 60%. Wziąwszy pod uwagę, że wartość ta jest o 50% wyższa od wartości wskazywanej rok wcześniej, konieczne po stronie Zamawiającego pozostaje wezwanie SkyCash do przedstawienia dowodów na prawdziwość wskazanych twierdzeń. Dokonując całościowego zestawienia twierdzeń SkyCash z 2018 r. z tymi z 2019 r. przedstawionymi w postępowaniu, Zamawiający powinien był zwrócić uwagę na poszczególne rozbieżności w prezentowanych wartościach oraz otrzymać od SkyCash wyjaśnienia i dowody wskazujące na to, że zarówno cena jak i koszt przedstawione w postępowaniu nie pozostają rażąco zaniżone. Na marginesie Odwołujący wskazał, że SkyCash w 2018 r. zakładał, że połowa użytkowników prywatnych (czyli 30% całości) będzie się zasilac za pomocą Pay-By-Linków. W trakcie postępowania, stwierdził zaś, że jedynie 8,7% będzie zasilac się w ww. sposób. W postępowaniu z 2018 r. SkyCash twierdził i przedstawiał dowody, że ma najniższą stawkę na rynku na zasilenia z kart płatniczych, pay-by-link i BLIK w wysokości 0,272%. Składając dokumenty w obecnym postępowaniu, SkyCash przedstawił zaś kalkulację z wartością 0,55%.

[Podsumowanie] Wszystkie te okoliczności w znaczący sposób podważają zaufanie do rzetelności twierdzeń SkyCash prezentowanych w postępowaniu. Oferent przedstawił kalkulacje i wyliczenia, pod z góry wyznaczoną tezę, tj. celem całkowicie „sztucznego”

wykazania, że cena wskazana w ofercie SkyCash umożliwia osiągnięcie zysku / rentowności z wykonywania usług przewidzianych w zamówieniu.

Twierdzenia SkyCash zawarte w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019 r. wskazują, na wybiórcze określanie kosztu SkyCash związanego z realizacją zamówienia, stąd potwierdzają, że oferta przedstawia rażąco niski koszt jak i cenę.

Złożenie przez SkyCash oferty na część 2 i 3 zamówienia, ma charakter działania ograniczającego konkurencję. Sam SkyCash poniekąd przyznaje się, że cena wskazana w ofercie nie jest ceną rynkową, pisząc, że osiąga dodatkowe przychody z nieobowiązkowych metod zasilenia konta przez użytkowników systemu mobilnego parkowania korzystających z usług SkyCash, których Zamawiający nie może zakazać na czas realizacji zamówienia.

SkyCash przyznał wprost w pierwszym punkcie wyjaśnień z dnia 24 października 2019 r., że zamówienie Zamawiającego z 2018 r. nie różni się zasadniczo od zamówienia będącego przedmiotem postępowania w 2019 r. Zamawiający, pomimo że posiadał obie wersje wyjaśnień SkyCash, nie dostrzegł rozbieżności w ich twierdzeniach.

Biorąc uwagę powyższe argumenty prawidłowe obliczenie kosztów po stronie SkyCash powinno przebiegać następująco (*wg oceny Odwołującego*):

a) dla kosztów ujętych w punkcie 4 należy założyć co najmniej dwukrotność średniej: 588,80 PLN / miesiąc / każda z części zamówienia;

b) dla kosztów ujętych w punkcie 5 koszty podane przez SkyCash: 20,05 PLN / miesiąc / każda z części zamówienia;

c) dla kosztów ujętych w punkcie 7 koszty podane przez SkyCash: 0,99 PLN / miesiąc / 2 część zamówienia i 1,99 PLN / miesiąc / 3 część zamówienia;

d) dla kosztów ujętych w punkcie 5 wyjaśnień z dnia 24 października 2019 r. koszty podane przez SkyCash: 29,29 PLN / miesiąc /każda z części zamówienia;

e) dla kosztów ujętych w punkcie 9 należy przedstawić kwotę:

TA24 - 12 447,60 PLN na miesiąc

Łukasz Bzymek 1/92 razy 9225 PLN = 100,27 PLN

Inżynierowie - 224,61 PLN chociaż należy podnieć kwestie dobowej metody rozliczeń między SkyCash a OVC opisanej w umowie między tymi podmiotami

Opiekun projektu 47,92 PLN

Łącznie 12 820,40 PLN / miesiąc / 2 część zamówienia

i

Digital Virgo – 14 760 brutto

Piotr Szuper - 1/92 razy 9225 PLN=100,27 PLN

Inżynierowie - 192,9549 PLN

Opiekun Klienta - 91,01 PLN -

Łącznie: 15 144,23 PLN / miesiąc / 3 część zamówienia;

f) dla kosztów ujętych w punkcie 10 wyjaśnień koszty podane przez SkyCash: 23,59 PLN / miesiąc / każda z części zamówienia;

g) dla kosztów ujętych w punkcie 11 wyjaśnień nie ma możliwości obliczenia prawidłowego kosztu ze względu na przyjęcie całkowicie nieprawdopodobnych założeń;

h) dla kosztów nieujętych w wyjaśnieniach (obsługa kanałów SMS i IVR, inne) nie ma możliwości obliczenia prawidłowego kosztu ze względu na całkowite ich pominięcie w wyjaśnieniach.

Koszty cała część 2: 15 420,21 PLN

Koszty cała część 3: 17 745,03 PLN

Pomimo braku danych z punktów g) i h) powyżej Odwołujący zauważył, że po prawidłowym przeliczeniu koszty przedstawione przez SkyCash 6-krotnie większe dla części 2 i 7-krotnie dla części 3 i przewyższają zakładane przez wykonawcę przychody.

W konsekwencji zaniechań i naruszeń ze strony Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty SkyCash na 2 i 3 część zamówienia, która (i) nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, wskutek czego zawiera rażąco zaniżony koszt, (ii) zawiera rażąco zaniżoną cenę, wskutek czego jest ofertą niedopuszczalną tak na gruncie ustawy Pzp, jak i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (iii) nie odpowiada treści SIWZ odnośnie utrzymywania przez wykonawcę zespołów pracowników dla każdej z części Zamówienia, przez cały okres określony w zamówieniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł jak na wstępie odwołania.

Załączniki (merytoryczne):

- Umowa współpracy w zakresie obsługi użytkowników SkyCash z dnia 10.10.2019 r.;
- Korespondencja e-mailowa z pracownikiem KBU sp. z o.o.;
- Zobowiązanie TwójAsystent24 do udostępnienia zasobów z dnia 08.10.2019 r.;
- Oświadczenie TwójAsystent24 z zapisem wynagrodzenia z dnia 08.10.2019 r.;
- Zobowiązanie Digital Virgo do udostępnienia zasobów z dnia 08.10.2019 r.;
- Raport świadczenia usług przez SkyCash dla SPPN w Warszawie za wrzesień 2019 r. zawierający informację o ilości obsłużonych transakcji z podziałem na kanały;
- Wyjaśnienia SkyCash złożone w toku postępowania DZP/43/PN/37/15.

B. Odwołujący – mPay S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2402/19) –

(na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego, Odwołujący cofnął zarzuty, żądania i odpowiednią do tego zakresu część uzasadnienia, dotyczące wykonawcy Pango Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący A), którego oferta została sklasyfikowana również na drugiej pozycji w rankingu ofert;

w poniższym streszczeniu stanowiska Odwołującego zostały pominięte wskazane części odwołania, przy zachowaniu w pozostałym zakresie numeracji przyjętej przez Odwołującego) – wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, tj. SkyCash Poland S.A., z siedzibą w Warszawie („Wykonawca”) z uwagi na fakt, że: (i) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz (ii) jest ona niezgodna z treścią SIWZ;
2. (...)
3. ewentualnie, z daleko idącej ostrożności, zaniechaniu wezwania Wykonawcy (...) do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania oraz wezwania do ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
4. a w konsekwencji - zaniechania dokonania ponownego badania i oceny ofert, z wyłączeniem oferty Wykonawcy (...).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że prowadząc postępowanie naruszył następujące przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez:
 - (i) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - (ii) (...)
2. ewentualnie, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty Wykonawcy (...) mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy dotychczasowe wyjaśnienia w tym zakresie budzą wątpliwości;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę (...), pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy oferta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wyszczególnionym w treści odwołania;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania, w tym przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w aktach postępowania, które zostaną przekazane Izbie przez Zamawiającego oraz dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania, a także z dowodów powoływanych na dalszym etapie postępowania odwoławczego;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty Wykonawcy (...);
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Interes we wniesieniu odwołania wskazany przez Odwołującego

Oferta Odwołującego uzyskała 64,00 pkt w obu częściach i w związku z tym została sklasyfikowana (*ex aequo* z wykonawcą Pango Polska Sp. z o.o.) na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu (w obu częściach zamówienia). Oferta Wykonawcy została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony i może być również na dalszym etapie postępowania pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący uzyska realną możliwość otrzymania zamówienia.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, jak niżej.

1. Stan faktyczny

1.2. W związku z faktem, że cena ofertowa zaproponowana przez Wykonawcę wykazywała wartość niższą o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, Zamawiający pismem z dnia 21 października 2019 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy cena oferty Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę (lub jej istotne części składowe) - „*Wezwanie Wykonawcy*”.

Dowód: Wezwanie i wyjaśnienia w aktach postępowania

1.4. W dniu 21 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz o klasyfikacji ofert. W tym samym dniu Odwołujący zawrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, dotyczącej ofert Wykonawcy, w szczególności dotyczącej ceny.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (w aktach postępowania)

1.5. W dniu 22 listopada 2019 r. wyjaśnienia Wykonawcy zostały udostępnione Odwołującemu.

1.6. Odwołujący po analizie oferty Wykonawcy oraz złożonych wyjaśnień stwierdził, że zaoferowana przez Wykonawcę cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie pozwala Wykonawcy

na osiągnięcie zysku i w konsekwencji powoduje, że oferuje on usługi poniżej kosztu ich świadczenia. Faktem jest to, że Wykonawca podejmuje próby wykazania, że uwzględnione przez Wykonawcę koszty realizacji zamówienia vs. zaoferowana ceny pozwalają mu na osiągnięcie zysku (nadwyżki), ale przyjęte przez niego założenia do tej kalkulacji są błędne, a dodatkowo wskazują, że oferta Wykonawcy, jest niezgodna z treścią SIWZ, co Odwołujący (jak wskazał) szczegółowo przedstawił poniżej.

2. Uzasadnienie prawne

2.1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

2.1.1. – 2.1.6. Brak definicji ceny rażąco niskiej / określenie ceny mającej tego rodzaju znamiona, wyroki: KIO z 17 kwietnia 2018 r., KIO 633/18; z 1 czerwca 2018 r., KIO 852/18; z 5 grudnia 2018 r., KIO 2399/18; Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (XII Ga 88/09).

Zastrzeżenia dotyczące oferty Wykonawcy

2.1.7. Biorąc pod uwagę przytoczoną definicję rażąco niskiej ceny oraz postanowienia art. 90 ustawy Pzp, w szczególności ust. 3, cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, gdyż:

- (i) nie pozwala na wygenerowanie zysku (nadwyżki);
- (ii) nie pozwala na utrzymanie rentowności Wykonawcy na tym zadaniu;
- (iii) jest ona oderwana od realiów rynkowych, na co wskazuje różnica pomiędzy:

- a) ofertą Wykonawcy, a ofertami innych wykonawców;
- b) ofertą Wykonawcy, a ofertą Wykonawcy złożoną w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na świadczenie usług pobierania opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego z wykorzystaniem platform / kanałów mobilnych, znak postępowania: DZP/116/PN/105/18 (bez podziału zamówienia na części, dalej jako „poprzednie postępowanie”), w której Wykonawca zaoferował zdecydowanie wyższą cenę oferty brutto, wykazując wyższy zysk, opartą na odmiennych od przyjętych w tym postępowaniu założeniach, podkreślając przy tym, że oferta złożona przez Wykonawcę w poprzednim postępowaniu, może być traktowana jako realna (w odróżnieniu od oferty Odwołującego, która w poprzednim postępowaniu była pomimo wszystko wyższa niż oferta Wykonawcy złożona w tym postępowaniu).

Dowód: wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę w poprzednim postępowaniu („poprzednie wyjaśnienia”) - zobowiązanie Zamawiającego do przekazania Izbie poprzednich wyjaśnień.

Założenia Wykonawcy

2.1.8. Założenia dotyczące ilości miast / parkingów, w których Wykonawca świadczy usługi analogiczne do usług objętych przedmiotem zamówienia:

(i) Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że atrakcyjność zaoferowanej przez niego ceny wynika z faktu, że świadczy on usługę przyjmowania opłat parkingowych za pomocą telefonu komórkowego w 92 miastach i parkingach prywatnych w całej Polsce, w związku z tym koszty, tj. w szczególności utrzymania systemu (pkt 2-4 wyjaśnień), bezpłatnego kanału dla kontrolerów (pkt 5 wyjaśnień), pracowników (pkt 9 wyjaśnień), biura (pkt 10) rozkładają się na wszystkie miasta i parkingi prywatne.

(ii) Na wstępie Odwołujący zauważył, że w poprzednim postępowaniu Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykazywał, że (analogiczne jak w pkt (i) powyżej) koszty należało podzielić przez 62,5 miasta w całej Polsce, gdyż usługi (na moment składania wyjaśnień w poprzednim postępowaniu) były świadczone przez Wykonawcę w 67 miastach, z czego 6 stref było sezonowych i działa w okresie 4 miesięcy w roku, dlatego też przyjęto współczynnik 62,5.

Dowód: Poprzednie wyjaśnienia - str. 1.

(iii) W obecnym postępowaniu Wykonawca nie dość, że nie wyodrębnia parkingów / miast, w którym świadczy usługi sezonowo, tj. jedynie w okresie 4 miesięcy w roku, to dodatkowo wyodrębnia parkingi prywatne, które są obsługiwane, zgodnie z wiedzą Odwołującego zdobytą po analizie aplikacji mobilnej Wykonawcy, łącznie przez WEiP Parking.

(iv) Jako dowód Odwołujący przedstawił zestawienie parkingów / miast obsługiwanych przez Wykonawcę sporządzone w oparciu o informacje zawarte w aplikacji mobilnej Wykonawcy. Z zestawienia wynika, że 18 (oznaczone jako WEiP) stanowią strefy wchodzące w zakres jednego parkingu WEiP Parking.

Dowód: zestawienie parkingów z aplikacji mobilnej Wykonawcy przygotowane przez Odwołującego (*Odwołujący zastrzegł możliwość złożenia dowodów wskazujących, które z parkingów mają charakter sezonowy*).

(v) Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje faktu, że Wykonawca w okresie roku od poprzedniego postępowania mógł rozpocząć świadczenie usług na rzecz innych miast/ parkingów, ale jego niekonsekwencja w przyjętych metodach kalkulacji ceny oferty, ewidentnie wskazuje na fakt, że próbuje on niejako „dopasować” zaoferowaną cenę do wymagań rynkowych i sztucznie wykazać, że nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej.

(vi) Działaniem nieuprawnionym Wykonawcy jest wykazywanie, że koszt przykładowo systemu, czy też osób, rozkłada się na 92 miast / parkingów prywatnych, gdyż przykładowo parkingi sezonowe pozwalają na pokrycie jedynie części kosztów, co w konsekwencji powoduje, że przy przyjętych założeniach, usługi świadczone przez cały rok (projekty realizowane przez Wykonawcę przez cały rok) muszą pokrywać koszty jakie są przez Wykonawcę ponoszone w związku z usługami świadczonymi sezonowo tj. kompensować je.

(vii) Podsumowując, nawet jeżeli Wykonawca dokonuje podziału kosztów związanych ze

świadczeniem usług analogicznych jak usługi objęte przedmiotem zamówienia, powinien je podzielić przed mniejszą liczbę niż 92, co przy zakładanej przez Wykonawcę miesięcznej nadwyżce przychodów w stosunku do miesięcznych kosztów na poziomie - w części 2: 373,16 zł brutto oraz w części 3: 355,19 zł brutto, pokazuje, że Wykonawca nie osiągnie zysku, a zatem zamówienie w obu częściach nie będzie dla niego rentowe, co w konsekwencji oznacza, że cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska.

2.1.9. Założenia dotyczące struktury transakcji / obsługi transakcji

(i) Wykonawca przyjmuje odmienne niż w poprzednim postępowaniu założenia dotyczące struktury transakcji w zakresie parkowań prywatnych i flotowych, a także sposobu wnoszenia za nie opłat.

(ii) W poprzednim postępowaniu Wykonawca biorąc pod uwagę swoje doświadczenia w świadczeniu usług, w tym na rzecz Zamawiającego, wskazywał, że 40% parkowań w Warszawie stanowią parkowania flotowe, a 60% parkowania indywidualne.

(iii) W wyjaśnieniach Wykonawca wskazuje natomiast inne proporcje, tj. około 60% parkowań w Warszawie stanowi obecnie parkowanie flotowe, a pozostałą część parkowanie indywidualne.

(iv) Niezależnie od powyższego (nawet jeżeli przyjąć, że faktycznie struktura parkowań uległa zmianie), Wykonawca przyjmuje całkowicie inne założenia dotyczące wnoszenia opłat za parkowanie przez te podmioty, co w konsekwencji powoduje, że manipuluje on kosztami, gdyż inne są koszty dokonywania opłat za parkowanie: kartą, wirtualną portmonetką, czy przelewem. Przyjęcie, że udział transakcji kartowych przy parkowaniu indywidualnym nie przekroczy 3% łącznej liczby zawieranych transakcji, a płatności wirtualną portmonetką w zakresie tych parkowań 37%, powoduje, że w porównaniu z poprzednio przyjętymi założeniami, Wykonawca uzyskał całkowicie inną, bardziej korzystną dla siebie kalkulację (dopasowaną do wymagań Wykonawcy w celu obrony oferty), co po raz kolejny powoduje, że popróbuj on dopasować elementy składowe ceny, w taki sposób, aby wykazać, że nie jest ona rażąco niska.

(v) Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z Raportem Cyfrowych Płatności z 2018 r., publikowanym przez Izbę Gospodarki Elektronicznej, przy płatnościach mobilnych preferowane są przez użytkowników płatności pay-by-link, kartą, Blinkiem, ale płatność przelewem tradycyjnym nadal stanowi około 20 % wszystkich transakcji tego typu.

Dowód: raport cyfrowych płatności z 2018 r. - str. 39, 57 i 59.

2.1.9. Założenia dotyczące kosztów biura

(i) W poprzednim postępowaniu Wykonawca wskazał koszt biura (bez miejsc parkingowych) podzielony przez założony na tamtym etapie przez Wykonawcę współczynnik 62,5, tj. ilość miast, w których Wykonawca świadczył na danym etapie usługi przyjmowania opłat

parkingowych za pomocą telefonu komórkowego.

(ii) Obecnie Wykonawca przyjmuje taką kalkulację, że dzieli koszt biura pomiędzy przyjęty współczynnik 92 (co jak wskazano powyżej jest współczynnikiem błędnym), a następnie pomniejsza powstały koszt o połowę, z uwagi na to, że w ocenie Wykonawcy koszt ten należy podzielić pomiędzy inne projekty prowadzone przez Wykonawcę, tj. niedotyczące świadczenia usług płatności za parkowanie.

(iii) W ocenie Odwołującego, takie działanie Wykonawcy, świadczy również o tym, że chce on dopasować sporządzoną przez siebie wycenę, w celu wykazania, że nie jest ono rażąco niska. Odwołujący zauważył, że Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że prowadzona przez niego działalność, poza świadczeniem usług płatności mobilnych, stanowi ponad 50% całej działalności Wykonawcy. Wykazanie tego przez Wykonawcę jest o tyle zasadne, że Wykonawca w poprzednim postępowaniu przy wyjaśnieniach ceny, nie brał pod uwagę tych okoliczności, tj. dodatkowego współczynnika 50%.

(iv) Odwołujący zauważył, że w przypadku zastosowania współczynnika niższego niż 92 (o zasadności jego niezastosowania w punkcie 2.1.8. powyżej) oraz braku podziału powstałego kosztu o kolejne 50%, koszt miesięczny utrzymania biura znacznie wzrasta.

(v) Przykładowo przy założeniu, że Wykonawca nie podzieliłby kosztu biura o dodatkowy współczynnik 50%, to wówczas koszt miesięczny jego utrzymania wynosiłby dla obu części oddzielnie po 47,18 zł brutto, co przy założonych nadwyżkach oraz innych kosztach nieujętych lub ujętych wadliwie przez Wykonawcę, powoduje, że Wykonawca oferuje usługi poniżej swojego kosztu, a zatem przedmiotowe zamówienie będzie dla niego nierentowne, a zaoferowana cena jest rażąco niska.

2.1.10. Założenia dotyczące kosztów systemu

(i) Wykonawca w pkt 4 wyjaśnień wskazuje na koszty utrzymania systemu, które kalkuluje na poziomie 294,40 zł brutto miesięcznie dla każdej z części zamówienia. Potwierdzeniem tego kosztu są w ocenie Wykonawcy faktury VAT wystawione przez firmy hostujące ten system, tj. Digital Virgo Sp. z o.o. oraz Oktawave Sp. z o.o.

(ii) Wykonawca wyliczając koszt miesięcznego utrzymania systemu podzielił koszty hostingu systemu przez współczynnik 92 (ilość miast i parkingów prywatnych), a następnie pomniejszył go dodatkowo o 50 % (o współczynnik 6/12), z uwagi na to, że zdaniem Wykonawcy biorąc pod uwagę obecną ilość transakcji wykonywanych przez Wykonawcę, tj. 250 000,00 miesięcznie oraz dynamikę transakcji mobilnych na poziomie 20%, limit transakcji w każdej z części zamówienia zostanie wykorzystany w ciągu 6 m-ce świadczenia usługi.

(iii) Przede wszystkim zdaniem Odwołującego nie zasługuje na aprobatę działanie Wykonawcy polegające na podziale kosztów systemu na 92 miast / prywatnych parkingów.

(iv) Zgodnie z raportem parkowania mobilnego przygotowanym przez portal cashless.pl

parkowanie w Warszawie stanowi około 43,5% całego parkowania mobilnego w Polsce. Mając ten fakt na uwadze, koszt systemu dla obsługi płatności mobilnych w Warszawie powinien być uwzględniony przez Wykonawcę z uwzględnieniem realnych kosztów, które będą z tym projektem ponoszone, tj. poprzez wyliczenie kosztów utrzymania systemu z uwzględnieniem wartości 43,5%.

Dowód: wydruk ze strony internetowej www.cashless.pl w sprawie raportu parkowań mobilnych w II kwartale 2018 r. i w II kwartale 2019 r.

(v) Nie można porównać ilości parkowania w Warszawie, do przykładowo parkowania na parkingu w Chłapowie (wejście na plażę nr 14) z uwagi na to, że większa ilość transakcji w Warszawie powoduje konieczność zwiększenia przepustowości i wydajności systemu dla usług świadczonych w Warszawie, a zatem generuje wyższe koszty nawet przy założeniu, że koszty utrzymania systemu mogą mieć charakter ryczałtowy.

(vi) Odwołujący zaznaczył, że Wykonawca na okoliczność wykazania kosztów utrzymania systemu wskazuje, m.in. umowę z firmą Digital Virgo Sp. z o.o. z 2011 r., podczas, gdy jako załącznik dołącza umowę z tą spółką, ale z dnia 10 października 2019 r.

(vii) Biorąc pod uwagę powyższe, przy zastosowaniu realnego współczynnika 43,5%, koszt utrzymania systemu powinien być przez Wykonawcę skalkulowany na poziomie 3 845,00 zł brutto, a nie 294,40 zł brutto.

(viii) Niezależnie od powyższego, błędne są również założenia Wykonawcy co do możliwości ponoszenia kosztu związanego z utrzymaniem systemu w ramach przedmiotu zamówienia w każdej jego części jedynie przez okres 6 m- ce.

(ix) Zamówienie objęte postępowaniem zostało podzielone przez Zamawiającego na 3 części, w tym część 2 i część 3 wchodzi w zakres postępowania.

(x) Zgodnie z postanowieniami Rozdziału V SIWZ, tj. Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”), przedmiot zamówienia dla każdej z części dotyczy pobierania opłat w ramach puli 1,65 mln transakcji w ciągu każdego roku trwania umowy. Umowa w każdej części ma obowiązywać od dnia jej zawarcia, lecz nie wcześniej niż od dnia 1 grudnia 2019 r. do dnia 31.03.2022 r. (usługa w ramach umowy ma być świadczona *de facto* do dnia 31.12.2021 r.).

Dowód: OPZ (strona 47 SIWZ).

(xi) Nie jest zrozumiałe na jakiej podstawie Wykonawca założył 20% wzrost ilości transakcji mobilnych, z uwagi na to, że obiektywne źródła wskazują, że roczny wzrost będzie wynosił około 13 % (dane wyliczone przez Odwołującego z powołanych powyżej raportów ze strony cashless.pl).

(xii) Niezależnie od wysokości procentowych wzrostu, nieprawidłowe i niepewne jest założenie, że pula rocznych transakcji akurat z części 2 i z części 3 zamówienia zostanie w pełni wykorzystana i to w okresie półrocznym.

(xiii) Wzrost płatności mobilnych na poziomie 20% w skali roku wskazuje, że w okresie 12 m-cy zostaną wykorzystane 2 z 3 puli transakcji przewidzianych przez Zamawiającego, ale nie można zakładać, że:

- pule te zostaną wykorzystane sekwencyjnie po sobie (przykładowo pula z części 2 postępowania od dnia 1 stycznia 2020 r. do dnia 30 czerwca 2020 r., a pula z części 3 postępowania od dnia 1 lipca 2020 r. do dnia 31 grudnia 2020 r.);
- użytkownicy będą korzystać jedynie z puli przewidzianej w części 2 i z części 3 zamówienia. Wykonawca, zdaniem Odwołującego, zapomniał, że Zamawiający przewidział jeszcze jedną pulę transakcji w ramach pierwszej części zamówienia objętego postępowaniem. W takiej sytuacji może być wiele konfiguracji wykorzystania tych pul. Przykładowo: każda z trzech pul może być wykorzystana częściowo, pula z części 2 może być wykorzystana w 70% w ciągu 12 m-cy, natomiast pula z części 3 - w zakresie 15% przez 7 m-cy, a pula z części 1 - w zakresie kolejnych 15% w zakresie 6 m-cy, itd.

Dowód: symulacja wykorzystania puli transakcji w skali roku z uwzględnieniem wzrostu usług mobilnych odpowiednio do 20% oraz 13% sporządzona przez Odwołującego

(xiv) Z powyższego wynika, że przyjęcie przez Wykonawcę, że koszty obsługi systemu będą ponoszone jedynie przez 6 m-cy jest wadliwe, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ usługi mają być świadczone przez okres maksymalny do 25 m-cy i w związku z tym, przy wyliczaniu miesięcznych kosztów świadczenia takiej usługi należało wziąć do wyliczenia okres 12 m-cy, a nie 6 m-cy. Założenia przyjęte przez Wykonawcę powodują, że przewidział on, że usługi parkowania w każdej z części będą świadczone nie jak wymagano przez okres do maksymalnie 25 m-cy, ale przez okres około 12-13 m-cy, gdyż po tym okresie zamówienie przestanie być dla Wykonawcy rentowne.

(xv) Przyjmując jedynie hipotetycznie, że Wykonawca w sposób prawidłowy podzielił koszty utrzymania systemu przez współczynnik 92 (założenie to jest negowane przez Odwołującego powyżej), to bez zastosowania współczynnika 6/12 i przy przyjęciu, że pozostałe wyliczenia w tym zakresie są prawidłowe, koszt utrzymania systemu powinien wynosić 441,16 zł brutto, a zatem założona przez Wykonawcę nadwyżka ulega zmniejszeniu o odpowiednio o 294,40 zł brutto w każdej z części postępowania.

(xvi) W konsekwencji powyższego, mając na uwadze inne koszty nieuwzględnione lub wadliwie skalkulowane przez Wykonawcę, co zostało wykazane w odwołaniu, cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska, ponieważ koszty przewyższają możliwy zysk Wykonawcy.

2.1.12. Założenia dotyczące pracowników

(i) Wykonawca w sposób nieprawidłowy dokonał kalkulacji kosztów pracowników, zakładając, że w okresie jednego roku, usługi będą poświadczane przez pracowników *de facto* jedynie przez okres 6 m-cy.

(ii) Wykonawca podobnie jak w przypadku systemu zakłada, że osoby, którymi zobowiązany jest dysponować na okres realizacji zamówienia, będą wykonywały pracę w ramach zamówienia jedynie przez okres 6 m-cy w okresie 1 roku, co oznacza, że będą one delegowane do pracy w ramach zamówienia jedynie przez maksymalny okres 12-13 m-cy z ustalonych przez Zamawiającego maksymalnych 25 m-cy realizacji każdej z części zamówienia.

(iii) Odwołujący zauważył, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, Wykonawca przez okres realizacji zamówienia powinien zapewnić w każdej części zamówienia, co najmniej: 2 osoby pełniące funkcję projektanta / programisty posiadające odpowiednie doświadczenie, 1 osobę pełniącą funkcję „Opiekuna Zamawiającego” oraz 5 osób pełniących funkcję pracownika wsparcia technicznego, obsługi klienta zdalnego, posiadających odpowiednie doświadczenie.

(iv) Nawet hipotetycznie jedynie zakładając, że faktycznie roczna pula transakcji zostanie wykorzystana w okresie 6 m-cy, to nie można założyć, że również powyższe osoby będą wykonywały swoją pracę jedynie w takim okresie czasu.

(v) Wykonawca powinien skalkulować wszystkie swoje koszty w sposób zakładający maksymalny okres realizacji zamówienia, a nie - jak wynika z powyższego założenia - jedynie przez łączny okres 12-13 m-cy.

(vi) Biorąc pod uwagę taki sposób kalkulowania kosztów, po upływie 12-13 m-cy zamówienie przestanie być dla Wykonawcy opłacalne.

(vii) W przypadku, gdyby Wykonawca nie zastosował przy kalkulacji współczynnika 6/12, koszty pracowników uległyby podwojeniu w skali miesiąca, co spowodowałoby pełne skonsumowanie wysokości zakładanej przez Wykonawcę miesięcznej nadwyżki przychodów nad kosztami, w następujący sposób:

- obecnie miesięczne koszty pracownicze wynoszą w części 2: 511,18 zł brutto, w części 3: 544,67 zł brutto, a nadwyżka wynosi: w części 2: 373,16 zł brutto, w części 3: 355,91 zł brutto;
- w przypadku braku zastosowania współczynnika 6/12 miesięczne koszty pracownicze powinny wynosić części 2: 1 022,36 zł brutto, w części 3: 1 089,34 zł brutto, a zatem nadwyżka wynosi: w części 2: -138,02 zł brutto, w części 3: -188,76 zł brutto.

(viii) Niezależnie od innych argumentów podnoszonych przez Odwołującego, powyższe kalkulacje w sposób oczywisty wskazują, że cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska.

2.1.13. Koszty sms-ów dla kontrolerów

(i) Wykonawca dokonał podziału kosztów utrzymania bezpłatnego kanału sms dla kontrolerów również na 92 miasta / parkingi prywatne. Jako przykładowe podmioty, które korzystają z takiego kanału, Wykonawca wskazał oprócz Warszawy, następujące miasta: Białystok, Sopot, Chorzów, Gniezno i Andrychów.

(ii) Zgodnie z posiadaną przez Odwołującego wiedzą, a także uzyskanymi przez Odwołującego dowodami, nie jest prawdą, że każdy z 92 podmiotów na rzecz którego Wykonawca świadczy usługi w zakresie pobierania opłat za parkowanie mobilne, ma zapewnione korzystanie z tego typu kanału (tj. dany podmiot nie zapewnił sobie takiej możliwości weryfikacji w umowie łączącej go w Wykonawcą).

(iii) Odwołujący wskazał, że taki kanał nie funkcjonuje / nie jest zapewniony co najmniej dla Gdańska, Sopotu, Białegostoku.

Dowód: korespondencja mailowa z dnia 25 listopada 2019 r. prowadzona z Zarządem Dróg w Gdańsku.

(iv) Z uwagi na powyższe, brak jest podstaw do podziału kosztów bezpłatnego kanału sms dla kontrolerów na projekty, w których taka usługa / funkcjonalność w ogóle nie jest zapewniana. Wykonawca, nawet jeżeli chciałby dokonać podziału tych kosztów, powinien uwzględnić do wyliczenia współczynnik miast / parkingów, w których tego typu weryfikacja prawidłowości parkowania jest kontrolerom faktycznie zapewniona.

(v) Zdaniem Odwołującego jest to kolejny dowód potwierdzający fakt, że celem przedstawionych przez Wykonawcę Wyjaśnień, jest takie manipulowanie kosztami, aby w konsekwencji dokonać wyeliminowania innych wykonawców z postępowania przez rażące zaniżenie ceny oferty.

2.1.14. Brak spójności Wyjaśnień i załączonych kalkulacji

(i) Niezależnie od podniesionych powyżej argumentów, zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Wykonawcy są niespójne z załączonymi dowodami, które miałyby potwierdzać prawidłowość dokonanych kalkulacji.

(ii) Przykładowo jak wskazano powyżej, Wykonawca jako potwierdzenie niezależności kosztów hostingu systemu od ilości stref parkowania wskazuje umowę z Digital Virgo Sp. z o.o. z 2011 r. podczas, gdy załącznikiem do wyjaśnień jest umowa z tą spółką ale z dnia 10 października 2019 r.

(iii) Brak spójności i logiki w wyliczeniach jest widoczny również w treści wyjaśnień i zestawieniu kosztów dla każdej z części zamówienia załączonych do wyjaśnień. W ich treści brakuje (lub zostały nieprawidłowo uwzględnione) uwzględnienia niektórych kosztów, np. kosztu pojedynczej transakcji MassCollect, o której mowa w str. 7 wyjaśnień.

(iv) Jak wskazywał Odwołujący powyżej, wyjaśnienia są w wielu przypadkach odrębne (zaniżają koszty, pomijają je, stosują inne współczynniki) od poprzednich wyjaśnień. Oczywiście Odwołujący rozumie, że na przestrzeni ostatniego roku świadczenia przez Wykonawcę tożsamyh usług na rzecz Zamawiającego, pewne czynniki mogły ulec zmianie, ale nie w tak drastyczny sposób. Odwołujący podkreślił, że w poprzednim postępowaniu zakładana przez Wykonawcę miesięczna nadwyżka (dla zamówienia odpowiadającego

całości postępowania) wynosiła 9 276,99 zł brutto, podczas, gdy obecnie dla dwóch części zamówienia wynosi ona łącznie 729,07 zł brutto miesięcznie.

(v) Powyższe wskazuje ponownie, że Wykonawca w sposób nierzetelny dokonał wyceny swojej oferty, czego skutkiem jest zaoferowanie przez niego nierynkowej ceny.

2.1.15. Nieuwzględnione koszty niezbędne do świadczenia usług

(i) Odwołujący zwrócił uwagę, że niezależnie od wadliwości wyjaśnień, o której mowa powyżej, Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji oferty innych niezbędnych kosztów, takich jak w szczególności:

- koszty bankowe codziennych przelewów związanych z płatnościami za parkowanie (koszt związany bezpośrednio z usługą, o której mowa w punkcie 1.12. OPZ);
- koszty stałe obsługi rachunków bankowych;
- koszty za dodatkową formę płatności, tj. sms oraz inne kanały płatności typu IVR (koszty bezpośrednio związane z usługą, o której mowa w punkcie (1.2.OPZ).

(ii) Z wyprzedzeniem odpierając argumenty Odwołującego dotyczące tego, że powyższe koszty mają nikłe znaczenie dla całej wyceny przedmiotu zamówienia w każdej części, to biorąc pod uwagę niewielką miesięczną nadwyżkę przychodów nad kosztami, a także inne podniesione przez Odwołującego argumenty, są to koszty znacznie wpływające na ocenę ceny oferty Wykonawcy.

2.1.16. Dodatkowy przychód Wykonawcy

(i) Wykonawca na str. 7 wyjaśnień zaznaczył, że niezależnie od założonych nadwyżek, będzie on osiągał z realizacji przedmiotowego zamówienia w obu częściach, przychód w wysokości 1 833,98 zł brutto miesięcznie z tytułu prowizji uzyskiwanej z tytułu zasilenia wirtualnej portmonetki za pomocą kart płatniczych i przelewów ekspresowych.

(ii) Przede wszystkim powyższy przychód nie może być brany pod uwagę przy wykazywaniu, że cena oferty Wykonawcy nie jest rażąco niska, ponieważ:

- wskazany przychód ma charakter jedynie teoretyczny. Nie ma pewności, że zostanie osiągnięty i jest zależny od ilości zasileń wirtualnej portmonetki, z których użytkownicy (niezależnie od założeń dotyczących struktury transakcji, o których mowa w punkcie 2.1.9. odwołania) nie muszą korzystać;
- pobieranie od użytkowników dodatkowych opłat za korzystanie z usług mobilnych jest zabronione (pkt 3 OPZ). Skorzystanie z usługi mobilnej przez dokonanie opłaty za pomocą wirtualnej portmonetki wiąże się z obowiązkiem przelania odpowiednich środków na wirtualną portmonetkę w celu jej zasilenia, powiększonych o dodatkowy koszt w postaci prowizji Wykonawcy.

(iii) Odwołujący zwrócił uwagę, że w poprzednim postępowaniu sam Wykonawca stawiał Odwołującemu zarzuty, że pokrywanie kosztów realizacji zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne jest zakazane, tym bardziej, jeżeli wykazywany przychód ma charakter niepewny (odwołanie Wykonawcy w sprawie o sygn. akt KIO 431/19).

Dowód: odwołanie Wykonawcy złożone w sprawie o sygn. akt KIO 431/19 w związku z poprzednim postępowaniem (str. 11 i 12).

(iv) Z uwagi na powyższe okoliczności, dodatkowy, teoretyczny przychód Wykonawcy nie może być brany pod uwagę przy ustalaniu, czy cena oferty Wykonawcy nie jest rażąco niska.

2.2. Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

2.2.1. Z daleko idącej ostrożności - na wypadek jednoczesnego uznania, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez Wykonawcę są z punktu widzenia formalnego prawidłowe, a zaoferowana przez Wykonawcę cena nie zawiera znamion rażąco niskiej, w kontekście podniesionych w ramach odwołania wątpliwości, zasadne jest wdrożenie procedury ponownego badania w tym zakresie.

2.2.2. Zamawiający nie powinien poprzestać na formalnym wypełnieniu obowiązku wezwania, a dążyć do rozwiania wszelkich wątpliwości w tym zakresie.

2.2.3. Biorąc pod uwagę powyższe, oraz fakt, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp literalnie nie limituje ilości wezwań do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wykształcił się nurt orzeczniczy, wskazujący na zasadność takiego działania - wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 725/14).

2.3. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

2.3.1. Odwołujący podniósł, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2.3.2. Zgodnie z przepisem, 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.

2.3.3. Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 - Tak J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz., wyd. 2, Warszawa 2006.

2.3.4. W stanie faktycznym zaoferowanie ceny oferty Wykonawcy poniżej kosztów wytworzenia usługi z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku Odwołującego.

2.3.5. Odwołujący zwrócił w szczególności uwagę na działanie Wykonawcy, które zdaniem Odwołującego było zamierzone i zawinione. Wykonawca jako podmiot, który od wielu lat świadczy tego typu usługi, w tym na rzecz Zamawiającego, powinien mieć największą wiedzę dotyczącą realnych kosztów takiego zamówienia.

2.3.6. Dodatkowo, jak wynika z przytoczonych powyżej argumentów, Wykonawca świadomie manipuluje stawkami kosztów jednostkowych w celu ich dopasowania do zaoferowanej ceny oferty Wykonawcy.

2.3.7. Jak wynika z treści odwołania, Wykonawca dokonał wyceny w sposób nieprawidłowy, tj. na tak niskim poziomie, aby całkowicie wyeliminować innych wykonawców zaproszonych do składania ofert.

2.3.8. Różnica pomiędzy ceną oferty Wykonawcy, a cenami ofert pozostałych wykonawców wskazuje dobitnie, że działanie tego Wykonawcy nastawione było na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia innym podmiotom, ponieważ żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaoferowanej przez tego Wykonawcę. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

2.4. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

2.4.1. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca

w Wyjaśnieniach wskazał, że:

- (i) ujął w wycenie oferty jedynie koszty świadczenia usług zamówienia (w obu częściach) jedynie w okresie 12-13 miesięcy, podczas gdy Zamawiający wymagał założenia oferty na świadczenie usług w okresie do maksymalnie 25 m-cy (str. 47 OPZ);
- (ii) w wyniku uzyskania prowizji z zasilenia wirtualnej portmonetki będzie obciążał użytkowników dodatkową opłatą w wysokości prowizji (zakaz obciążania użytkowników dodatkowymi kosztami wynika z pkt 3 OPZ).

2.4.2 Zgodnie ze stanowiskiem doktryny niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, tak M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 9, Warszawa 2019.

2.4.3. Powyższe potwierdza również orzecznictwo - KIO w wyroku z 15 kwietnia 2019 r. (KIO 592/19).

2.4.4. Powyższe wyraźnie wskazuje na to, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ w punktach wskazanych w punkcie 2.4.1 powyżej. Jednocześnie błędy te nie podlegają poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

2.4.5. Mając na uwadze powyższe, ofertę Wykonawcy należało odrzucić również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2.5. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

2.5.1. Konsekwencją ww. uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

2.5.2. Odwołujący podniósł przy tym, że w sposób oczywisty nie może konkurować z Wykonawcą, który nie wyceniając niektórych elementów oferty bądź też wyceniając je na znacznie zaniżonym poziomie, dąży do uzyskania zamówienia za cenę nieodzwoiercedlającą kosztów wytworzenia danej usługi i nieuwzględniającą jakiegokolwiek zysku. Taka oferta w żadnym razie nie może stanowić porównania z ofertą zgodną ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego.

3. Podsumowanie

3.1. Reasumując Odwołujący wskazał, że Zamawiający obowiązany jest do szczegółowej weryfikacji treści złożonych przez wykonawców ofert oraz dalszych ich wyjaśnień dotyczących, tak pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ, jak i rzetelności kalkulacji, a co za tym idzie realności zaoferowanej ceny.

3.2. Zamawiający, nie może czynić z tych obowiązków jedynie iluzorycznej czynności, gdyż konsekwencją takiej postawy byłoby zagrożenie prawidłowości realizacji zamówienia i wydatkowania środków publicznych.

3.3. Odwołujący wyszczególnił obszary, w których zidentyfikować można tak nieprawidłowość oferty z treścią SIWZ, jak i nieprawidłowość w dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji.

3.4. Odwołujący podniósł, że ciężar dowodu w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny obciąża Wykonawcę, względnie Zamawiającego. W art. 190 ust. 1a ustawy Pzp (postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą) oraz w art. 198ea ustawy Pzp (postępowanie przed sądem okręgowym), określona została zasada odwróconego ciężaru dowodowego, zgodnie z którą, obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa odpowiednio na:

3.4.1. wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: stroną postępowania albo interwenientem);

3.4.2. zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: nie jest stroną postępowania albo interwenientem).

Mając na względzie wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wskazał, że należy uznać odwołanie za konieczne i zasadne.

Załączniki (merytoryczne): informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu; dowody wymieniowe w treści odwołania.

Wykonawca SkyCash Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego w zakresie obu odwołań po stronie Zamawiającego (02.12.2019 r.), wniósł w zgłoszeniach o oddalenie odwołań w całości.

Na posiedzeniu 10 grudnia 2019 r. złożył „Pismo procesowe Przystępującego” z dnia 10 grudnia 2019 r. z załącznikami, o treści jak niżej.

Przystępujący, zwany dalej „SkyCash”, przedstawił stanowisko w sprawie, odnosząc się jednocześnie do treści obu odwołań z uwagi na fakt, jak wskazał, że zarówno co do zarzutów, jak i podniesionych argumentów, odwołania te w zasadniczej części się pokrywają.

1. Zarzut braku, w wyjaśnieniach SkyCash z dnia 24 października 2019 r., zwanych dalej „wyjaśnieniami SkyCash”, informacji na temat kosztu obsługi kanału SMS dla użytkowników systemu mobilnego parkowania, a także dla kanału IVR, jako kanału dodatkowego do wnoszenia opłat z tytułu parkowania.

W wyjaśnieniach Skycash nie zawarto ww. informacji, ponieważ SkyCash nie ponosi kosztów obsługi tych kanałów. Usługi te są świadczone SkyCash przez spółkę Digital Virgo, która z tego tytułu obciąża z tego tytułu Sky Cash (na rozprawie poprawiono, na wniosek Przystępującego, omyłkową część zdania wpisując treść: która z tego tytułu nie obciąża SkyCash).

Dowód: oświadczenie spółki Digital Virgo z dnia 9 grudnia 2019 r., pkt 3 tego oświadczenia.

2. Zarzut braku w wyjaśnieniach Skycash informacji na temat kosztów MassCollect (wpłaty), podczas gdy w wyjaśnieniach podano koszty MassPayment (wypłaty).

W wyjaśnieniach Skycash na str. 7, ostatni akapit pkt 11, podano informacje dotyczące MassCollect, jednakże przenosząc dane z treści wyjaśnień do kalkulacji dla części 2 i części 3 zamówienia, stanowiących załączniki do wyjaśnień Skycash, w obu kalkulacjach przez pomyłkę użyto wyrazu „MassPayment” zamiast wyrazu „Masscollect” (zob. wiersz: Koszty transakcji).

W obu kalkulacjach w wierszu pn. Koszty transakcji w odniesieniu do zasileń, wirtualnej portmonetki użyto pomyłkowo wyrazu „MassPayment” zamiast wyrazu „MassCollect”. Pomyłka ta jest oczywista, ponieważ zasilenia, czyli wpłaty do wirtualnej portmonetki to właśnie

MassCollect (wpłaty), natomiast MassPayment - to wypłaty (a mówiąc ściślej - wypłaty dokonywane przez SkyCash na rzecz Zamawiającego).

Stąd też przedmiotowy zarzut należy uznać za nietrafny.

Z kolei koszty MassPayment (wypłaty), czyli koszt wypłat dokonywanych przez SkyCash na rzecz Zamawiającego, to koszt 0,25 groszy za przelew. Zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy, wykonawca będzie przelewał całość kwot rozliczonych tytułem opłat za każdy dzień obowiązywania wnoszenia opłat za postój w SPPN codziennie, do końca następnego dnia roboczego, na rachunek Zamawiającego. Zatem należy wykonać 21 przelewów w miesiącu, co daje koszt SkyCash z tytułu MassPayment, tj. wypłat dokonywanych przez SkyCash na rzecz Zamawiającego w wysokości 5 zł i 25 groszy miesięcznie.

Dowód: załącznik nr 1 do Umowy o świadczenie Usług Płatności Masowych przez system Raiffeisen on-line nr MP 1312309/2010.

3. Zarzut Odwołującego Pango dotyczący podziału kosztów osobowych pracowników udostępnianych przez spółkę Twój Asystent 24 oraz spółkę Digital Virgo, wbrew zapisom:

- a) oświadczenia spółki Twój Asystent 24 z dnia 8 października 2019 r., gdzie - zdaniem Odwołującego - kwota tamże wskazana w wysokości 10 350 zł netto miesięcznie związana jest bezpośrednio z zobowiązaniem wynikającym z postępowania o zamówienie, oraz
- b) umowy ze spółką Digital Virgo o współpracy w zakresie obsługi użytkowników SkyCash, gdzie w § 5 ust. 1 tej umowy - zdaniem Odwołującego - umowa bezpośrednio łączy jej wykonanie wyłącznie z przedmiotowym postępowaniem.

SkyCash od 2011 r. współpracuje ze spółką Digital Virgo przede wszystkim w zakresie utrzymania i obsługi systemu płatności mobilnych za parkingi, co zostało wskazane w wyjaśnieniach SkyCash w pkt 4. W wyjaśnieniach tych na dowód powyższego powołano i dołączono do wyjaśnień fakturę VAT od spółki Digital Virgo dla spółki SkyCash za miesiąc wrzesień 2019 r. z tytułu utrzymania i obsługi systemu płatności mobilnych za parkingi.

Dowód: faktura VAT z dnia 30 września 2019 r. - dowód znajduje się w dokumentacji przetargowej; załącznik do wyjaśnień SkyCash.

W wyjaśnieniach SkyCash wskazano na współpracę ze spółką Digital Virgo od 2011 r., która jest kontynuowana do dnia dzisiejszego. Chcąc udokumentować fakt współpracy obu spółek od 2011 r. w treści wyjaśnień SkyCash powołano umowę z 2011 r., a do wyjaśnień przez pomyłkę załączono umowę z 2019 r.

Dowód: oświadczenie spółki Digital Virgo z dnia 9 grudnia 2019 r. - na fakt współpracy od 2011 r.

Co zaś się tyczy umowy z dnia 10 października 2019 r. została ona zawarta przez strony, żeby sprecyzować, jakie konkretne osoby ze strony spółki Digital Virgo będą świadczyły usługę obsługi użytkowników systemu SkyCash.

Spółka Digital Virgo świadczy spółce SkyCash m.in. usługi obsługi użytkowników systemu

SkyCash. Usługi te obejmują 92 miasta i parkingi prywatne.

Dowód: oświadczenie spółki Digital Virgo z dnia 9 grudnia 2019 r., pkt 2 tego oświadczenia.

W związku z potrzebą wskazania w przedmiotowym postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.22. ppkt 3 SIWZ) konkretnych osób spełniających postawione przez Zamawiającego warunki, spółka Digital Virgo udostępniła swoje zasoby w postaci wskazanych osób, i w tym celu złożyła wymagane Zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 8 października 2019 r. Konsekwencją powyższego było także zawarcie przez strony ww. umowy z dnia 10 października 2019 r., w której wskazane osoby zostały wymienione (§ 2 ust. 1 lit. c umowy).

Dowód:

a) zobowiązanie spółki Digital Virgo z dnia 8 października 2019 r. do udostępnienia zasobów spółce SkyCash, oraz

b) oferta SkyCash

– dokumenty znajdują się w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący Pango próbuje wykazać, powołując się na § 5 pkt 1 ww. umowy z 2019 r., że umowa ta, cyt. „bezpośrednio łączy wykonanie Umowy wyłącznie z postępowaniem”, wywodząc z powyższego twierdzenia skutek w postaci braku uzasadnienia podziału kosztów, o których mowa w pkt 9 wyjaśnień SkyCash, na wszystkie obsługiwane 92 miasta i parkingi prywatne. Odwołujący formułuje swoje twierdzenie w oderwaniu od treści ww. umowy, a zwłaszcza od jej § 1, w którym został określony przedmiot umowy, tj. obsługa użytkowników systemu SkyCash (aktualnie obejmuje 92 miasta i parkingi prywatne), a przede wszystkim w oderwaniu od trwającej już współpracy między spółkami, w tym w przedmiocie obsługi użytkowników systemu Skycash. Powyższy fakt znajduje swoje potwierdzenie także w oświadczeniu spółki Digital Virgo z dnia 5 kwietnia 2019 r., złożonym w poprzednim postępowaniu przetargowym, w którym to oświadczeniu spółka Digital Virgo udostępniła spółce SkyCash zasoby w postaci osób - tych samych osób co w przedmiotowym postępowaniu.

Dowód: zobowiązanie spółki Digital Virgo z dnia 5 kwietnia 2019 r. do udostępnienia zasobów spółce SkyCash.

Co się zaś tyczy zarzutu Odwołującego Pango odnoszącego się do oświadczenia spółki Twój Asystent 24 z dnia 8 października 2019 r., otóż, Odwołujący twierdzi, że przedmiotowe oświadczenie, cyt. „łączy kwotę wynagrodzenia 10.350 PLN netto miesięcznie bezpośrednio ze zobowiązaniami wynikającymi z postępowania”, wywodząc z powyższego twierdzenia skutek w postaci braku uzasadnienia podziału kosztów, o których mowa w pkt 9 wyjaśnień SkyCash, na wszystkie obsługiwane 92 miasta i parkingi prywatne.

Po pierwsze, twierdzenie Odwołującego jest nieuprawnione w świetle brzmienia

samego oświadczenia powołanego przez Pango. Otóż w oświadczeniu spółki Twój Asystent 24 zawarto sformułowanie, cyt. „przyszłe wynagrodzenie należne Twój Asystent 24 wynikające z tego zobowiązania będzie nie wyższe niż 10 350 (dziesięć tysięcy trzysta pięćdziesiąt złotych) netto miesięcznie. (podkreślenie Przystępującego). Inaczej rzecz ujmując, z oświadczenia tego wynika, że wynagrodzenie nie będzie wyższe niż 10 350 zł netto miesięcznie co oczywiście nie znaczy, że będzie wynosiło 10 350 zł netto miesięcznie, ponieważ konkretnie tego wynagrodzenia w ww. oświadczeniu nie podano (równie dobrze może być to jakakolwiek kwota równa lub mniejsza od 10 350). Już choćby z tego powodu zarzut Pango jest nieuzasadniony.

Po drugie, i ważniejsze, spółka Twój Asystent 24 świadczy spółce SkyCash usługi obsługi użytkowników systemu SkyCash w 92 miastach i parkingach prywatnych, i przysługuje jej z tego tytułu miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 10 350 zł netto.

Dowód: oświadczenie spółki Twój Asystent 24 z dnia 9 grudnia 2019 r.

Analogicznie jak w przypadku spółki Digital Virgo, także spółka Twój Asystent 24, została wskazana jako podwykonawca spółki SkyCash w przedmiotowym postępowaniu (udostępniając swoje zasoby w postaci osób dedykowanych do obsługi użytkowników systemu SkyCash). Spółka ta udostępniała swoje zasoby spółce SkyCash także w poprzednim postępowaniu przetargowym.

Dowód:

- a) zobowiązanie spółki Twój Asystent 24 z dnia 8 października 2019 r. do udostępnienia zasobów spółce SkyCash,
- b) oferta SkyCash
– dokumenty znajdują się w dokumentacji przetargowej oraz
- c) zobowiązanie spółki Twój Asystent 24 z dnia 5 kwietnia 2019 r. do udostępnienia zasobów spółce SkyCash.

4. Zarzut polegający na kwestionowaniu przyjętej przez SkyCash metodologii kalkulacji kosztów polegającej na rozkładzie kosztów na wszystkie obsługiwane 92 miasta i parkingi prywatne.

SkyCash nie zgadza się ze stanowiskiem Odwoływających. Stanowisko Odwoływających, niezależnie od tego jaką metodologię kalkulacji kosztów przyjąłby SkyCash, pozostałoby takie samo, co jest oczywiście zrozumiałe z uwagi na ubieganie się zainteresowanych podmiotów o to samo zamówienie.

Odwoływający podnoszą, że w jednym mieście jest kilka milionów osób w innym kilkadziesiąt tysięcy, co zdaniem Odwoływających czyni przyjętą przez SkyCash metodologię rozkładu kosztów, nieuzasadnioną. Podniesiony przez Odwoływających argument na pierwszy rzut oka robi wrażenie, wszak jednak kilka milionów osób w danym mieście, to nie to samo co kilkadziesiąt tysięcy w innym, mniejszym. Argument ten staje się jednak nietrafny, jeżeli bliżej

przyjrzy się faktom. Otóż, liczba obsługiwanych osób/podmiotów w danej lokalizacji, czy ujmując rzecz inaczej - liczba transakcji w danej lokalizacji, w istocie nie ma znaczenia z punktu widzenia systemu informatycznego i osób obsługujących ten system. Z punktu widzenia systemu SkyCash bez znaczenia nawet jest fakt, że w niektórych miastach funkcjonuje wiele stref płatnego parkowania z różnymi stawkami, a nawet różnymi godzinami obowiązywania (zobacz na ten temat pkt 3 wyjaśnień SkyCash). Krótko rzecz ujmując, do obsługi wszystkich 92 miast i parkingów prywatnych wykorzystywany jest ten sam system SkyCash. Koszt utrzymania tego systemu - pomimo wzrostu liczby obsługiwanych miast i parkingów prywatnych - jest taki sam od paru lat (zob. pkt 4 wyjaśnień SkyCash).

Dowód:

- a) oświadczenie spółki Digital Virgo z dnia 9 grudnia 2019 r., pkt 2 tego oświadczenia oraz
- b) faktury VAT spółki Digital Virgo z dnia 31 sierpnia 2016 r., 31 października 2016 r., 30 kwietnia 2017 r., 31 lipca 2017 r., 31 maja 2018 r.
- c) oraz faktura VAT z 30 września 2019 r., stanowiąca załącznik do wyjaśnień SkyCash – każda na kwotę 2000 zł netto z tytułu utrzymania i obsługi systemu płatności za parkingi.

Reasumując, przyjęta przez Skycash metodologia kalkulacji kosztów polegająca na rozkładzie kosztów na wszystkie obsługiwane 92 miasta i parkingi prywatne jest nie tylko dopuszczalna, ale konieczna do zastosowania w świetle faktów podanych powyżej i w wyjaśnieniach SkyCash. Jest tak, ponieważ obsługa systemu dla kilkunastu miast o niewielkiej liczbie mieszkańców, generuje takie same koszty, jak obsługa 92 miast i parkingów prywatnych.

5. Nietrafny jest także zarzut dotyczący rozkładu na 92 miasta i parkingi prywatne kosztów utrzymania bezpłatnego kanału SMS dla kontrolerów. Jak wskazano w pkt 5 wyjaśnień SkyCash opłata ryczałtowa jaką z tego tytułu ponosi SkyCash wynosi 1 845 zł brutto miesięcznie

Dowód:

- a) faktura VAT z dnia 30.09.2019 r. wystawiona przez spółkę Digital Virgo - dowód znajduje się w dokumentacji przetargowej; stanowi załącznik do wyjaśnień SkyCash oraz
- b) oświadczenie spółki Digital Virgo z dnia 9 grudnia 2019 r., pkt 1 tego oświadczenia.

W każdym z 92 miast i parkingów prywatnych udostępniony jest bezpłatny kanał SMS, przy czym w jednych lokalizacjach jest on podstawowym kanałem kontroli, w innych jest przewidziany w systemie SkyCash na wypadek awarii/braku dostępności kanału podstawowego. Niezależnie od tego w ilu miastach i czy jako podstawowe rozwiązanie, czy na wypadek awarii, funkcjonuje bezpłatny kanał SMS dla celów kontroli, dla SkyCash jest to taki sam koszt objęty opłatą ryczałtową.

6. Zarzut polegający na kwestionowaniu przyjętego przez SkyCash w wyjaśnieniach 60%

udziału usługi MobiParking Flota w całości transakcji. Zarzut został oparty przez Odwoływających na tym, że w wyjaśnieniach złożonych przez SkyCash w poprzednim postępowaniu przetargowym, SkyCash wskazał 40,5% udział ww. usługi w całości transakcji.

Podanie przez SkyCash w złożonych wyjaśnieniach 60% udziału usługi flotowej jest konserwatywnym i bezpiecznym założeniem opartym o aktualne rzeczywiste dane zebrane przez SkyCash w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy z Zamawiającym. Dane te zawarte są w Raporcie z parkowań flotowych i prywatnych. Z raportu tego wynika nawet 73,99% udział parkowań flotowych w całej liczbie parkowań. SkyCash z ostrożności przyjął w kalkulacji poziom 60% biorąc właśnie pod uwagę poprzednio wskazany 40,5% udział parkowań flotowych w latach poprzednich. Wzrost parkowań flotowych rzeczywiście jest bardzo znaczący, stąd też ostrożne podejście SkyCash, ale i z drugiej strony - konieczność uwzględnienia w kalkulacji zmian zachodzących na rynku.

Dowód: Raport z parkowań flotowych i prywatnych.

Co zaś się tyczy kwestionowanych przez Odwoływających zmian co do zasilania wirtualnej portmonetki za pomocą kart płatniczych, płatności pay-by-link, czy za pomocą Blik, to zmiany te - które znalazły wyraz w wyjaśnieniach SkyCash w pkt 11 - są także pochodną zmian zachodzących na rynku. SkyCash w związku z realizacją aktualnie obowiązującej umowy z Zamawiającym zbiera dane rzeczywiste także dotyczące zasilania wirtualnej portmonetki. Dane te przedstawia Raport - analiza udziału poszczególnych metod zasileń wirtualnej portmonetki. Dane te były podstawą dla wartości przyjętych w wyjaśnieniach SkyCash odnoszących się do prognozowanych metod zasilania wirtualnej portmonetki za pomocą kart płatniczych, płatności pay-by-link, czy za pomocą Blik, który jako metoda płatności dostępny jest w ramach zasileń PayU. Z ostrożności, obniżony koszt transakcji zasilenia wirtualnej portmonetki za pośrednictwem Blik, został pominięty i obliczony na poziomie standardowego (wyższego) kosztu zasilenia pay-by-link.

Dowód: Raport - analiza udziału poszczególnych metod zasileń wirtualnej portmonetki.

Reasumując, zarzut Odwoływających jakoby przyjęty przez SkyCash udział poszczególnych metod zasilania wirtualnej portmonetki budził wątpliwości co do jego wiarygodności, jest nietrafny. SkyCash oparł dane zawarte w wyjaśnieniach na danych rzeczywistych zbieranych przez system SkyCash. Można oczywiście się zastanawiać, dlaczego w latach poprzednich poziom udziału danego sposobu zasilania wirtualnej portmonetki był taki, a aktualnie jest mniejszy, czy większy. Nie ma to jednak wpływu na dane rzeczywiste zbierane przez system SkyCash. W oparciu o te dane SkyCash dokonał kalkulacji w przedmiotowym postępowaniu.

7. Zarzut polegający na kwestionowaniu przyjętej przez SkyCash metodologii kalkulacji kosztów polegającej na uwzględnieniu współczynnika 6/12 w kalkulacji kosztów.

Zamawiający podzielił zamówienie na 3 części, dopuszczając, zgodnie z pkt 4.2. SIWZ,

możliwość złożenia oferty przez wykonawców na dwie dowolnie wybrane części zamówienia, co też SkyCash uczynił składając oferty na część 2 i część 3. Kalkulując cenę SkyCash uwzględnił rzeczywistą liczbę transakcji realizowanych w usłudze MobiParking w Warszawie i odniósł ją do limitu transakcji wskazanego przez Zamawiającego w każdej części, na które SkyCash złożył ofertę (część 2 i część 3). Każda z części, na które złożona została oferta ma takie same parametry (jest taka sama i opiewa na 1 650 000 transakcji w danym roku). Analizując rzeczywiste dane zgromadzone w ramach obecnie obowiązującej umowy pomiędzy SkyCash i Zamawiającym, SkyCash przyjął, że ze względu na liczbę 250 tys. transakcji parkingowych w Warszawie dokonywanych przez klientów SkyCash miesięcznie, założoną dynamikę wzrostu liczby transakcji w kolejnych latach na poziomie 20% rocznie, pula transakcji dostępna w ramach jednej części zostanie wykorzystana w ciągu 6 miesięcy. W ciągu jednego roku, SkyCash będzie miał możliwość wykorzystania w pełni dwóch części, na które złożył ofertę. Uwzględnienie współczynnika 6/12 jest więc racjonalne i uzasadnione - oddaje rzeczywisty koszt realizacji przedmiotowego zamówienia dla każdej części przez system SkyCash. Przyjęcie takiego założenia potwierdza też brak możliwości przydzielenia transakcji do konkretnej części Zamówienia.

Powyższe oczywiście jest założeniem przyjętym na użytek kalkulacji, i w żaden sposób nie oznacza - co zdaje się sugerują Odwołujący - zaoferowanie przez SkyCash realizacji usługi jedynie przez 6 miesięcy, czy też przez 12 miesięcy – przy założeniu realizacji danej części zamówienia jedna po drugiej. W każdym przypadku SkyCash będzie świadczył usługi do 31 grudnia 2021 r., zgodnie z terminem przewidzianym w pkt 5.1.2. SIWZ oraz § 4 ust. 1 pkt 2 projektu umowy lub do wyczerpania limitu transakcji otrzymanych na dany rok w ramach odpowiednio części 2 i części 3 zamówienia.

W ocenie SkyCash oparcie kalkulacji na danych rzeczywistych wynikających z aktualnie realizowanej umowy na rzecz Zamawiającego jest nie tylko uprawnione, ale i konieczne. Zwłaszcza, że z samego projektu umowy wynika - co Odwołujący pomijają - że umowa może zakończyć się wcześniej, tj. przed upływem określonego terminu w przypadku „wyczerpania środków na wynagrodzenie”, które oczywiście jest pochodną ilości zrealizowanych transakcji.

Otóż, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 projektu umowy, cyt.: „Strony ustalają następujące terminy realizacji zamówienia:

- 1) rozpoczęcie świadczenia usług, o których mowa w § 1: 01.12.2019 r.,
- 2) zakończenie świadczenia usług, o których mowa w § 1: 31.12.2021 r. lub do wyczerpania środków na wynagrodzenie, o których mowa w § 5 ust. 2” (podkreślenie Przystępującego SkyCash).

Reasumując, SkyCash - podobnie jak Zamawiający - ma dostęp do danych rzeczywistych zbieranych i analizowanych przez system SkyCash w związku z realizowaną

aktualnie na rzecz Zamawiającego umową. Dane te były podstawą przyjęcia przez SkyCash współczynnika 6/12 w sporządzonych kalkulacjach. W ocenie SkyCash także sam Zamawiający - który ma dostęp do danych rzeczywistych - ma świadomość tego, że umowy mogą zakończyć się przed zakreślonym terminem, w związku z wyczerpaniem środków na wynagrodzenia, stąd też zawarcie w projekcie umowy wyżej powołanego § 4 ust. 1 pkt 2.

8. Odwołujący Pango zarzuca SkyCash, że złożenie oferty na część 2 i 3 ma charakter działania ograniczającego konkurencję. Ponadto Odwołujący Pango wskazuje, że cyt. „SkyCash osiąga dodatkowe przychody z nieobowiązkowych metod zasilenia konta przez użytkowników systemu mobilnego parkowania korzystających z usług SkyCash, których Zamawiający nie może Skycash zakazać na czas realizacji Zamówienia”.

Zarzut Odwołującego Pango jest nietrafny. Zgodnie z pkt 4.2 SIWZ, Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty przez wykonawców na dwie dowolnie wybrane części zamówienia. Co zaś się tyczy osiągania przychodów z nieobowiązkowych metod zasilenia konta wirtualnej portmonetki, to Odwołujący Pango słusznie zauważa, że jest to dopuszczalne, niemniej jednak pomija ten przychód uzyskiwany przez SkyCash w swoich wyliczeniach.

Tymczasem, jak wskazano w wyjaśnieniach, Skycash osiąga przychód z tytułu zasilenia wirtualnej portmonetki za pomocą kart płatniczych i przelewów ekspresowych. Prowizja SkyCash z tego tytułu wynosi 1,9% wartości wpłaty zarówno dla części 2, jak i części 3. W związku z tym szacowany na bazie warunków zamówienia (1 650 000 transakcji w danym roku w każdej części o średniej wartości 6 zł) przychód z tytułu prowizji SkyCash za zasilenie konta wynosi po 1 833,98 zł brutto miesięcznie, osobno dla każdej z części, co przekłada się na przychód na poziomie 22 007,80 zł brutto rocznie dla każdej z części.

Zdaniem Odwołującego mPay powyższy przychód nie może być brany pod uwagę przy wykazaniu, że cena oferty SkyCash nie jest rażąco niska, ponieważ, jak wyraził to Odwołujący mPay w pkt 2.1.16. ppkt (ii) odwołania:

- a) wskazany przychód ma jedynie charakter teoretyczny (nie ma pewności, że zostanie osiągnięty i jest zależny od ilości zasileń wirtualnej portmonetki),
- b) pobieranie od użytkowników dodatkowych opłat za korzystanie z usług mobilnych jest zabronione (pkt 3 OPZ), skorzystanie z usługi mobilnej poprzez dokonanie opłaty za pomocą wirtualnej portmonetki wiąże się z obowiązkiem przelania odpowiednich środków na wirtualną portmonetkę w celu jej zasilenia, powiększonych o dodatkowy koszt w postaci prowizji,
- c) w poprzednim postępowaniu SkyCash stawiał zarzut Odwołującemu mPay, że pokrywanie kosztów realizacji zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne jest zakazane, tym bardziej, jeżeli wskazywany przychód ma charakter niepewny (sprawa o sygn. akt KIO 431/19).

Skycash nie zgadza się z przedstawionym stanowiskiem Odwołującego mPay zarówno co do zasady, jak i poszczególnych argumentów. Jest tak z następujących przyczyn:

A. Zgodnie z pkt 2.15 OPZ „Wykorzystanie wirtualnej portmonetki będzie nieobowiązkową funkcjonalnością dodatkową Systemu”. Innymi słowy, Zamawiający dopuścił w przedmiotowym postępowaniu stosowanie przez wykonawców nieobowiązkowej dodatkowej funkcjonalności w postaci tzw. wirtualnej portmonetki. Konsekwentnie za dopuszczalne należy uznać działania wykonawców pozwalające na włączenie tzw. wirtualnej portmonetki do Systemu. Tzw. wirtualna portmonetka jest rachunkiem płatniczym prowadzonym na zasadzie dobrowolności dla użytkowników SkyCash, który umożliwia opłacanie usługi mobiParking. Użytkownicy wirtualnej portmonetki dokonują jej zasilenia za pomocą przelewów bankowych, kart płatniczych i przelewów ekspresowych. Z tytułu zasilenia wirtualnej portmonetki za pośrednictwem kart płatniczych i przelewów ekspresowych SkyCash osiąga przychód opisany w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019 r.

B. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 3 OPZ, zabronione jest pobieranie od użytkowników jakichkolwiek dodatkowych opłat za korzystanie z podstawowych funkcjonalności usługi mobilnej (wnoszenie opłat za postój, sprawdzanie statusu płatności/usługi, dostęp do rejestru transakcji, obciążanie karty płatniczej, powiadomienia o rozpoczęciu/zakończeniu postoju - niezależnie, czy postój zostanie zakończony przez Użytkownika, czy przez System). Co oznacza dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości pobierania opłat za korzystanie z funkcjonalności innych niż podstawowe. Jak wskazano wyżej, wirtualna portmonetka jest przewidziana przez Zamawiającego jako nieobowiązkowa dodatkowa funkcjonalności, a SkyCash nie pobiera — stosownie do pkt 3 OPZ - żadnych opłat za korzystanie z podstawowych funkcjonalności usługi mobilnej. Jedyną opłatą pobieraną przez Skycash jest prowizja z tytułu zasilenia wirtualnej portmonetki.

C. Nietrafny jest także argument Odwołującego mPay, że wskazany przychód ma jedynie charakter teoretyczny, i nie ma pewności, że zostanie osiągnięty i jest zależny od ilości zasileń wirtualnej portmonetki. Cała kalkulacja każdego z wykonawców - gdyby przyjąć tok rozumowania Odwołującego mPay - w istocie musiałaby mieć charakter teoretyczny i niepewny, ponieważ odnosi się do umowy w sprawie zamówienia, która dopiero ma zostać zawarta, a następnie realizowana. Obliczenie ceny zamówienia polega w praktyce na wycenie świadczeń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem najlepszej wiedzy i doświadczenia wykonawców, a w przypadku SkyCash w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, także na podstawie rzeczywistych danych otrzymywanych przez SkyCash w związku z realizacją na rzecz Zamawiającego aktualnie obowiązującej umowy. Zdaniem SkyCash dla każdej kalkulacji, w tym w szczególności odnoszącej się do przychodu, istotne są dotychczasowe doświadczenia, w tym dane historyczne pozwalające na przyjęcie poszczególnych parametrów, a co za tym idzie - prognozowanych przychodów.

Przychód z tytułu zasileń wirtualnej portmonetki został oparty przez SkyCash na podstawie udziału i struktury odpłatnych metod zasileń wirtualnej portmonetki w zasileniach ogółem w miesiącu wrześniu 2019 roku. Szczegółowe wyliczenia zawiera Raport - analiza udziału poszczególnych metod zasileń kont prywatnych.

Dowód: Raport - analiza udziału poszczególnych metod zasileń kont prywatnych.

D. Nietrafny jest także argument Odwołującego mPay odwołujący się do poprzedniego postępowania przetargowego, i zarzutu sformułowanego wówczas przez SkyCash przeciwko mPay. Otóż, po pierwsze, poprzednie postępowanie przetargowe nie zawierało postanowień analogicznych, jak powołane wyżej, odnoszących się do wirtualnej portmonetki. Po drugie, w poprzednim postępowaniu przetargowym zarzut SkyCash odnosił się do rzekomego przychodu mPay z bliżej niesprecyzowanej relacji ze spółką Finanteq, cyt. z wyjaśnień mPay z poprzedniego postępowania: „Finanteq wyraził zainteresowanie przeprowadzeniem integracji tworzonych rozwiązań z platformą mPay w opisanym powyżej zakresie na okres udzielenia zamówienia na kwotę płatną na rzecz mPay w wysokości 50 000 zł, co ponownie wskazuje na możliwość uzyskania przez Wykonawcę oszczędności przy realizacji zamówienia, tj. powiększenie przychodu przez tę kwotę”, co kompletnie pozostawało poza zakresem opisanym wówczas i aktualnie w OPZ.

Resumując, SkyCash prognozuje, z dochowaniem należytej staranności, uzyskanie z tytułu zasilenia wirtualnej portmonetki przychód po 1 833,98 zł brutto miesięcznie, osobno dla każdej z części, co przekłada się na przychód na poziomie rocznie 22 007,80 zł brutto rocznie dla każdej z części.

Zdaniem SkyCash przychód ten jest uprawniony w świetle warunków przedmiotowego zamówienia.

9. Biorąc pod uwagę powyższe, Przystępujący SkyCash wniósł o oddalenie w całości obu odwołań.

Załączniki:

- 1) oświadczenie spółki Digital Virgo z dnia 9 grudnia 2019 r.,
- 2) oświadczenie spółki Twój Asystent 24 z dnia 9 grudnia 2019 r.,
- 3) Raport z parkowań flotowych i prywatnych,
- 4) Raport - analiza udziału poszczególnych metod zasileń wirtualnej portmonetki,
- 5) załącznik nr 1 do Umowy o świadczenie Usług Płatności Masowych przez system Raiffeisen on-line nr MP 1312309/2010,
- 6) zobowiązanie spółki Digital Virgo z dnia 5 kwietnia 2019 r. do udostępnienia zasobów spółce SkyCash.
- 7) zobowiązanie spółki Twój Asystent 24 z dnia 5 kwietnia 2019 r. do udostępnienia zasobów spółce SkyCash.

8) faktury VAT spółki Digital Virgo z dnia 31 sierpnia 2016 r., 31 października 2016 r., 30 kwietnia 2017 r., 31 lipca 2017 r., 31 maja 2018 r.

Zamawiający przedstawił stanowisko – odpowiedź na odwołania – ustnie do protokołu posiedzenia/rozprawy, wnosząc o oddalenie odwołań w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron: Odwołujących - Pango Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2401/19), mPay S.A. (sygn. akt KIO 2402/19); Zamawiającego i Wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego: mPay S.A.; Mobile Traffic Data Sp. z o.o. – po stronie odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2401/19 oraz SkyCash Poland S.A. – po stronie zamawiającego w sprawach sygn. akt KIO 2401/19 i 2402/19

– Izba uznała, że w wyniku skutecznych przystąpień Wykonawcy zgłaszający przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, zwanymi też „Przystępującymi”.

Rozpoznając odwołanie na rozprawie Izba uznała, że Odwołujący: Pango Polska Sp. z o.o. i mPay S.A. są legitymowani do wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferty obu wykonawców zostały sklasyfikowane na drugiej pozycji w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu w obu częściach zamówienia (część 2 i 3) - procedura odwrócona, zatem podważenie wyboru oferty najkorzystniejszej, prowadzące do powtórzenia czynności oceny ofert, stwarza Odwołującym ewentualną możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła.

Przedmiot zamówienia został opisany w pkt 4 SIWZ jako usługa polegająca na „Pobieraniu opłat za postój w strefie płatnego parkowania niestrzeżonego z wykorzystaniem kanałów/platform mobilnych.” Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych z zastrzeżeniem złożenia oferty na dwie dowolne części zamówienia. Wyodrębnione części zamówienia, to:

Część 1: Pobieranie opłat za postój SPPN – pula transakcji nr 1,

Część 2: Pobieranie opłat za postój SPPN – pula transakcji nr 2,

Część 3: Pobieranie opłat za postój SPPN – pula transakcji nr 3

– wg pkt 4 Opis przedmiotu zamówienia (...), ppkt 4.1 – 4.2 (SIWZ).

W szczegółowym Opisie przedmiotu zamówienia - rozdział V SIWZ, do którego odsyła ppkt 4.3 SIWZ, Zamawiający wskazał (str. 47 - OPZ), że:

„Przedmiotem zamówienia jest system pobierania opłat za postój w Strefie Płatnego

Parkowania Niestrzeżonego za pomocą platform / kanałów mobilnych, w okresie po zawarciu umowy, nie wcześniej niż 01.12.2019 r. do 31.12.2021 r.

Zamówienie podzielone jest na trzy części. Przedmiot zamówienia dla każdej z części dotyczy pobierania opłat w ramach puli 1.65 mln (jeden milion sześćset pięćdziesiąt tysięcy) transakcji w ciągu każdego roku trwania umowy, na każdą część, przy czym jedna transakcja równa się jednemu „biletowi za postój” lub inaczej pojedynczej opłacie.

Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie wyłącznie za faktyczne obsłużone transakcje.”

W opisie podstawowych wymagań dla systemu (pkt 1 OPZ), Zamawiający wskazał sposób obsługi płatności -

„1.2. Obsługa płatności za pomocą: (i) komend SMS, (ii) aplikacji mobilnej z transmisją opartą o łącze internetowe, (iii) innych kanałów / platform płatności (w przypadku zadeklarowania w ofercie).”

Termin realizacji zamówienia został opisany w pkt 5 SIWZ, rozpoczęcie: po zawarciu umowy, nie wcześniej niż 01.12.2019 r.; zakończenie: 31.12.2021 r. (ppkt 5.1.1; 5.1.2).

We wzorze umowy w § 4 ust. 1 Zamawiający wskazał terminy realizacji zamówienia: rozpoczęcie świadczenia usług 01.12.2019 r. - pkt 1), zakończenie świadczenia usług - 31.12.2021 r. lub do wyczerpania środków na wynagrodzenie, o których mowa w § ust. 2.

W pkt 4 OPZ Zamawiający zastrzegł możliwość udzielenia kolejnego, analogicznego zamówienia, w okresie obowiązywania umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania.

Kryteria oceny ofert stanowiły: cena ofertowa brutto: 60%; skrócenie maksymalnego czasu awarii (brak możliwości skorzystania z usługi lub brak dostępu Zamawiającego do panelu administratora): 30%; zapewnienie dodatkowego kanału płatności (oprócz sms i aplikacji mobilnej): 10%.

W pkt 12 SIWZ Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty; zakres opisu służący dla oceny zasadności zarzutów, to ppkt „12.1 Cena oferty powinna obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla pełnego i prawidłowego wykonania zamówienia i być wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac przedstawiony w Opisie przedmiotu zamówienia.”

Cenę należało podać w formularzu oferta, oddzielenie dla wybranych części zamówienia. Wykonawca miał obowiązek określić w tabelach (dla części, na które składał ofertę): poz. 1 wskaźnik prowizji [WP] ...%; poz. 2 została określona przez Zamawiającego jako średnia wysokość opłaty za postój – średnia wartość jednostkowa transakcji [WJ] – 6,00 zł; poz. 3 cena ofertowa brutto = [WP] x [WJ].

W pkt 4 formularza oferta, pod tabelami, wykonawca był zobowiązany zamieścić oświadczenie: „Oświadczamy, że podane wyżej wskaźniki prowizji nie będą ulegały zmianie w całym okresie obowiązywania umowy i będą podstawą do obliczenia rzeczywistego wynagrodzenia Wykonawcy za kolejne miesiące realizowania przedmiotu zamówienia, zgodnie z § 5 wzoru umowy. Wynagrodzenie to obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy”.

Cena ofertowa brutto przyjęta do oceny ofert zgodnie z kryterium opisanym w SIWZ stanowiła iloczyn wskaźnika prowizji (wskazanego przez wykonawcę) i średniej wartości jednostkowej transakcji (wskazanej przez Zamawiającego).

Wykonawcy uczestniczący w sporze zaoferowali na części 2 i 3 zamówienia, następujące wskaźniki prowizji i ceny ofertowe brutto:

- Odwołujący: Pango Polska Sp. z o.o. – dla dwóch części zamówienia 0,8% i 0,05 PLN;
- Odwołujący: mPay S.A. – dla części 2 zamówienia 0,78% i 0,04 PLN dla części 3 zamówienia 0,87% i 0,05 PLN;
- Przystępujący SkyCash Poland S.A. – dla dwóch części zamówienia 0,33% i 0,02 PLN.

Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę (lub jej istotne części składowe) w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do wskazanych 3. Wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp – cytując treść art. 90 ust. 1 pkt 1-5 Pzp – o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wynikającym z cytowanej treści przepisów (pisma z 21.10.2019 r.).

Odwołujący i Przystępujący odnośnie cen zaoferowanych dla części 2 i 3 przedmiotu zamówienia złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami.

Wyjaśnienia Przystępującego SkyCash wraz z dowodami z 24 października 2019 r., (*fragmenty wyjaśnień przedstawione w dużym skrócie*), to: część opisowa wskazująca:

1. Wyjątkowo sprzyjające warunki zamówienia, w tym m.in. – nieprzerwane świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego od 01.12.2011 r. (połączenie z mobiParking Sp. z o.o.); posiadanie pełnej infrastruktury oraz stosownej wiedzy i doświadczenia; świadczenie usługi przyjmowania opłat za postój w oparciu o różne technologie (sms, USSD i aplikację instalowaną przy stawkach: SMS 0,01%, aplikacja mobilna 9%, USSD 9%); w ramach aktualnie realizowanej umowy zrealizowanie wymaganego połączenia systemu SkyCash z szyną danych udostępnioną przez Zamawiającego; w obecnym postępowaniu w przeciwieństwie do poprzedniego (2018 r.) nie jest obligatoryjne potwierdzanie rozpoczęcia i zakończenia parkowania wiadomością SMS (...). Skutkiem powyższego, Przystępujący nie będzie miał jakichkolwiek kosztów budowy rozwiązania na potrzeby realizacji zamówienia będącego

przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Usługa przyjmowania opłat parkingowych za pomocą telefonu komórkowego łącznie w 92 miastach i parkingach prywatnych w całej Polsce (stan na 14.10.2019 r.), koszty utrzymania systemu do pobierania opłat rozkładają się na wszystkie miasta i parkingi.

3. Stosowana technologia pozwalająca na wygenerowanie oszczędności – system mobiParking wysoce sparametryzowany, nie wymaga dodatkowego rozwoju programowania w razie dodania nowej strefy parkowania (miasta). Usługa świadczona w dużych miastach Polski o wielu strefach parkowania z różnymi stawkami – wymaga wysokiej konfigurowalności systemu, co jest wymaganiem stawianym programistom Przystępującego.

4. Oszczędności polegające na nikłych kosztach utrzymania systemu – w związku z rozliczaniem kosztów jw. Przystępujący ponosi zryczałtowaną stawkę za utrzymanie systemu mobiParking łącznie 26 518,80 zł brutto miesięcznie. Liczba transakcji Przystępującego 250 000 miesięcznie oraz dynamika transakcji mobilnych uzasadniała przyjęcie w kalkulacji, że każda z części zamówienia, tj. 2 i 3 obejmuje limit transakcji, który zostanie wykorzystany w ciągu 6 miesięcy każdego roku. Koszty utrzymania systemu zostały podzielone przez współczynnik 6/12. Miesięczny koszt utrzymania systemu to 294,40 zł brutto.

5. Koszt utrzymania bezpłatnego kanału SMS dla kontrolerów – posiadanie rozwiązania jako jednej z metod sprawdzenia parkowania (Warszawa, Białystok, Sopot, Chorzów, Gdańsk, Gniezno, Andrychów) – nie zachodzi potrzeba tworzenia takiego rozwiązania. Koszty miesięczne brutto dla części 2 i 3 po 20,05 zł miesięcznie.

6. Inne oszczędności związane z użytą technologią i unikalności rozwiązania SkyCash/mobiParking, m.in. system mobiParking został zintegrowany z prowadzonym dla SkyCash systemem bankowości elektronicznej, co powoduje znaczące zmniejszenie kosztów obsługi systemu i kosztów księgowych.

7. Niskie koszty obsługi kadrowo-płacowej,

8. Niskie koszty obsługi księgowej,

9. Koszty wynagrodzenia pracowników (koszty osobowe) część 2, część 3

– z wykazanim ich obliczeniem

10. koszty obsługi biura – przyjęte w związku z realizacją także innych projektów, jako 50% w zakresie obsługi usługi będącej przedmiotem zamówienia i podzielone przez 92 miasta i parkingi prywatne.

11. Koszty obsługi transakcji – część 2 i 3: po 1 937,10 zł brutto miesięcznie (w tym opłata za postój przy użyciu karty płatniczej (3% łącznej liczby transakcji), płatność przy wykorzystaniu wirtualnej portmonetki (ponad 97% wszystkich transakcji).

12. Całkowity miesięczny koszt świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego określony w punktach: 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, tj. oszczędności polegające na nikłych kosztach utrzymania systemu; Koszty utrzymania bezpłatnego kanału SMS dla kontrolerów; Niskie koszty obsługi

kadrowo-płacowej; Niskie koszty obsługi księgowej; Koszty wynagrodzenia pracowników (koszty osobowe) część 2, część 3; Koszty obsługi biura; Koszty obsługi transakcji – część 2 i 3 – został ustalony na kwotę brutto miesięcznie: dla części 2: 2 376,84 zł, dla części 3: 2 394,09 zł.

Oferta Przystępującego opiewała na kwotę w częściach 2 i 3 po 2 750,00 zł brutto miesięcznie (137 500 transakcji miesięcznie po 2 grosze).

Nadwyżka przychodów nad kosztami w skali miesiąca wynosi 373,16 zł brutto (część 2), 355,91 zł brutto (część 3). W skali roku nadwyżka dla obu części wyniesie 8 748,78 zł brutto.

Niezależnie od powyższych kosztów, Przystępujący osiąga przychód z tytułu zasilenia wirtualnej portmonetki za pomocą kart płatniczych i przelewów ekspresowych. Prowizja z tego tytułu wynosi 1,9% dla części 2 i 3. Przychód z tytułu prowizji za zasilenie konta wynosi po 1 833,98 zł brutto miesięcznie dla każdej części zamówienia, co przekłada się na przychód rocznie 22 007,80 zł brutto dla każdej części.

Załączniki:

- kalkulacje dla części 2 i 3
- faktury 2019 r.: sierpień (1); wrzesień (4)
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 08.10.2019 r.
- umowa współpracy w zakresie obsługi użytkowników SkyCash z 10.10.2019 r.
- umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych z załącznikami nr 1 i nr 2 i odpisem z KRS
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 08.10.2019 r.
- umowa współpracy z 29 września 2016 r. z załącznikami nr 3 i nr 4
- umowa współpracy z 17 maja 2019 r. z załącznikami nr 1 i nr 2 i odpisem z KRS
- oświadczenie Twój Asystent 24 z 8.10.2019 r.
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 08.10.2019 r. z odpisem z KRS
- umowa o świadczenie usług z 06.08.2018 r. z załącznikiem nr 1 i aneksem ze skutkiem od 1 grudnia 2018 r.
- umowa zlecenia prowadzenia obsługi kadrowo-płacowej z 27.12.2017 r. z załącznikami nr 1, nr 2 i nr 3.

Zamawiający przedstawił na rozprawie ocenę wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami 3 wykonawców (2. Odwołujących i Przystępującego) jako pozytywną uznając, że oferty nie zawierają rażąco niskich cen lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazując na rozprawie (07.01.2020 r.) jak niżej:

„Zamawiający uwzględnił wszystkie złożone przez wykonawców wyjaśnienia, tylko Odwołujący mPay utajnił, pozostałe wyjaśnienia były jawne. Oceniał w ten sposób wyjaśnienia

dlatego, że ocenił specyfikę zamówienia i odrębne założenia organizacyjne każdego wykonawcy. Uwzględnił również różnicę w sposobie realizacji zamówienia.

Odnosnie sposobu organizacji i świadczenia usługi pozostawił dowolność wykonawcom. Jedynie co do kadry skonkretyzował wymóg, a mianowicie wymagał by do usługi będącej przedmiotem zamówienia wykonawcy oddelegowali pracowników na cały okres zamówienia. Wymagał dysponowania odrębnymi zespołami dla każdej części zamówienia gdyż zakładał, że pracownicy przeznaczeni, np.: do zadania nr 2 nie mogli wykonywać zakresu zadania 3. W zakresie wyjaśnień istotne było wskazanie udziału kosztów transakcji przy pomocy karty płatniczej, również przy pomocy komend sms i internetowej.”

Odwołujący podtrzymali na rozprawie zarzuty:

A. Pango Polska Sp. z o.o., B. mPay S.A. (po wycofaniu zarzutów wobec Odwołującego Pango Polska Sp. z o.o.), wskazując odpowiednio naruszenie:

- 1) - art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia (i) w sposób skutkujący brakiem zachowania uczciwej konkurencji wśród wykonawców, (ii) z nierównym traktowaniem wykonawców, (iii) wbrew zasadom proporcjonalności i przejrzystości, a to wskutek niewłaściwej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień SkyCash dotyczących wyliczenia ceny i kosztu w zakresie zastosowanych rozwiązań technicznych (w szczególności: kanałów komunikacji) oraz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, podczas gdy prawidłowa ocena tychże wyjaśnień skutkuje uznaniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
 - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;
- 2) - art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - przez brak odrzucenia oferty SkyCash, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy obiektywnie i starannie przeprowadzona ocena nakazuje przyjąć, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez: (i) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ewentualnie
 - art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty Wykonawcy mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji, gdy dotychczasowe wyjaśnienia w tym zakresie budzą wątpliwości;
- 3) - art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez brak odrzucenia oferty

SkyCash, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskutek opierania się w ofercie na sprzedaży usług celem realizacji zamówienia, poniżej kosztu ich świadczenia;

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;

4) - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przez brak odrzucenia oferty SkyCash, której treść w odniesieniu do sposobu wykonywania zamówienia nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. przez brak odrzucenia oferty, która zakłada wykonywanie jednej części zamówienia jedynie przez określony okres, nie zaś przez cały okres, na który Zamawiający przewidział zamówienie;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy oferta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wyszczególnionym w treści odwołania.

Zamawiający i Przystępujący SkyCash Poland S.A. podtrzymali swoje stanowiska wnosząc o oddalenie odwołań.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli następujące dokumenty i informacyjne własne oraz internetowe, wnosząc o zaliczenie ich w poczet dowodów:

A. Odwołujący Pango Polska Sp. z o.o. / Przystępujący

10.12.2019 r.

1. Korespondencja elektroniczna z 24 i 28 listopada 2019 r. Odwołujący – ZDM Poznań, pytanie w sprawie metody kontroli wniesienia opłat parkingowych za pomocą telefonu komórkowego.
2. Korespondencja elektroniczna z 27 listopada 2019 r. Odwołujący – WEIP Sp. z o.o., pytanie dotyczące sposobu kontroli wniesionych opłat przez użytkowników ePark czy SkyCash oraz czy WEIP korzysta z API, odpowiedź: *TAK, oprogramowanie sprawdza API. Korzystamy z usług firmy Guru. Dzisiaj potwierdziłem, że mają już zintegrowaną aplikację z waszym API.*

13.12.2019 r.

1. Zestawienie tabelaryczne wskazujące kolumny oznaczone: Data, Portmonetki indywidualne liczba, Portmonetki indywidualni wartość, Portmonetki firmy liczba, Portmonetki firmy wartość, Transakcje kartami liczba, Transakcje kartami wartość. W dolnej części tabeli zakreślono liczbę transakcji 249 536,00 i wartość transakcji 1 676 104,24 jako sumę z dekad I, II, III.

2. Wydruki ze stron internetowych:

- Maybach Machine z informacją *Parkowanie z wykorzystaniem telefonu komórkowego*, w górnej części wydruku zakreślono układ wskazujący daty: luty 2010, kwiecień 15 2012, maj 2013;
- ponownie taki sam wydruk z innej daty;
- 10-stronicowy wydruk z SkyCash – Komendy SMS, Lista komend; Lista komend – IVR; Lista komend numery specjalne;
- Maybach Machine (2 karty) z informacjami: *Naklej identyfikator na swój samochód i zacznij parkować; Parkuj z mobiParking w całej Polsce; Wygodne doładowanie konta.*

B. Odwołujący mPay S.A. / Przystępujący

10.12.2019 r.

1. Wydruki ze stron internetowych:

- Cashless – *Mobilne parkowanie w największych miastach w II kw. 2018 r. Raport Cashless; Cashless – Prawie 11 mln zł. Tyle wydaliście na parkowanie za pomocą smartfonów w największych miastach w II kw. 2019 r.* – oba wydruki łącznie e wszystkimi dodatkowymi informacjami liczą po 10 str.

13.12.2019 r.

1. Zestawienie tabelaryczne – (nazwa dopisana odręcznie przez przewodniczącą składu orzekającego: *Symulacja kosztów ustalonych przez Odwołującego, gdyby nie zastosowano współczynnika 6/12 i 92*).
2. Opinia /odpowiedź na pytanie/ dr Artura Gola z 09 grudnia 2019 r. – zawierająca m.in. fragmenty: 1. Analiza techniczna, 2. Podsumowanie – wskazuje: *ściłą zależność między ilością przetwarzanych danych i spowodowanym tym obciążeniem systemu oraz kosztami utrzymania systemu informatycznego; wzrost ilości przetwarzanych danych bezpośrednio wpływa na koszt utrzymania systemu; dwa różne zbiory danych, różniące się ilością analizowanych czy przetwarzanych danych, obciążają system w sposób proporcjonalny do ilości danych i tym samym w proporcjonalny sposób wpływają na koszty utrzymania systemu IT.*
3. Zestawienie tabelaryczne – Raport – analiza udziału poszczególnych metod zasileń wirtualnej portmonetki.
4. Informacja MZDiT w Częstochowie z 27.11.2019 r. (odpowiedź na pytanie) skierowana do Odwołującego wskazuje, że *weryfikacja opłat za postój w częstochowskiej Strefie Płatnego Parkowania odbywa się jedynie za pomocą modułu do weryfikacji opłat*, dołączono kartę wydruku korespondencji elektronicznej.
5. 2-stronicowe zestawienie tabelaryczne – Raport z parkowań flotowych i prywatnych 01.07.2019 – 30.09.2019 r.

6. 8-stronicowy opis użytkownika pana A.B. transakcji parkowania w Warszawie 04.10.2019 r.
– Aplikacja SkyCash.

07.01.2020 r.

1. Wydruk: *Aplikacja SkyCash Dynamika wzrostu wartości i ilości transakcji opłacanych kartą płatniczą na podstawie danych SkyCash* – 2-stronicowe opracowanie tabelaryczne pt. *Raport z parkowań flotowych i prywatnych*, wskazujące dane z okresu 01.07.2019 r. – 30.09.2019 r. w kolumnach pn.: *Wirtualne portmonetki – klienci indywidualni – liczba transakcji; Wirtualne portmonetki - klienci indywidualni – wartość transakcji; Wirtualne portmonetki – klienci flotowi – liczba transakcji; Wirtualne portmonetki – klienci flotowi – wartość transakcji; Transakcje kartami płatniczymi – liczba transakcji; Transakcje kartami płatniczymi – wartość transakcji*. Na podstawie powyższego przedstawiono konkluzję: *Prognoza na koniec 2021 roku: udział procentowy płatności kartą wyniesie 22%*.
2. Raport roczny 2018 (ZDM Warszawa) [do akt sprawy Izba przyjęła str. 82-84], Odwołujący wskazał str. 83 *Formy płatności w SPPN, płatność kartą: w 2016: 26,3; w 2017: 32,4; w 2018: 37*.
3. 5-stronicowe opracowanie wykazujące niedoszacowanie oferty SkyCash w zakresie:
 1. *Utrzymanie systemu; 2. Koszty pracowników (II część); 3. Koszty pracowników (III część)* – wskazując w tym zakresie 2 Argumenty: *Argument 1: błędne dzielenie kosztów na 92 miasta; Argument 2: błędne uwzględnienie tylko 6 miesięcy;*
 4. *Biuro* – wskazując w tym zakresie 2 Argumenty: *Argument 1: błędne dzielenie kosztów na 92 miasta; Argument 2: błędne uwzględnienie 50% kosztów biura;*
 5. *Koszty karty* – wskazując w tym zakresie 1 Argument: *Argument 1: błędne założenie 3% udziału transakcji opłacanych kartą płatniczą;*

2- stronicowe opracowanie pt. -Wzrost udziału transakcji opłacanych kartą płatniczą – wyliczenie na podstawie raportów SkyCash – wskazując 1,0% wzrost w okresie 3 m-cy;
-Realny koszt procesowania transakcji opłacanych kartą - wyliczenie na podstawie raportów SkyCash – wskazując średnio dla części 360,14 zł.
4. Zestawienie informacji dotyczących opłat autoryzacyjnych + rozliczeniowych dla transakcji 6 PLN z uwzględnieniem dodatkowo opłaty IF – wg VISA i Mastercard, z załączonymi informacjami pt.: *Opłaty za krajowe transakcje płacone przez agentów rozliczeniowych na rzecz VISA (8 str.), Załącznik nr 2 – KARTA LOKALIZACJI eCOMMERCE z logo First Data. POLCARD oraz wydruk ze strony internetowej SkyCash zawierającej wzór zalogowania.*

Zamawiający:

13.12.2019 r.

1. Wydruk z T-Mobile Plus – wykaz ok. 100 miejscowości, 3 pozycje odręcznie wykreślone.

Przystępujący SkyCash Poland S.A.:

10.12.2019 r.

1. Pismo procesowe przedstawiające stanowisko merytoryczne z załącznikami – str. 26-36 uzasadnienia Izby.

13.12.2019 r.

1. Raport roczny 2018 *Parkowanie* (2 str.); Raport roczny 2017 *Modernizujemy Strefę Płatnego Parkowania Niestrzeżonego* (2 str.); Raport roczny 2016 *Parkowanie* (2 str.); Raport roczny 2015 *Parkowanie* (2 str.).
2. Wykres: *Wartość i dynamika parkowań SkyCash w Warszawie na podstawie danych Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie* – 1 str.
3. Weryfikacja tożsamości w SkyCash – przyczyna mniejszej dynamiki w 2019 roku.
4. Wykres: *Porównanie założonej struktury płatności za parkowanie w Warszawie: SkyCash vs. Pango* (1 str.) z częścią opisową – 3-stronicowy fragment opracowania (bez danych identyfikujących opracowanie).
5. Wydruk internetowy Cashless pt. *Prawie 11 mln zł. Tyle wydaliście na parkowanie za pomocą smartfonów w największych miastach w II kw. 2019 r.* – 2 str.
6. Umowa z 26.11.2015 r. ZDM Warszawa – SkyCash – usługi pobierania opłat za parkowanie w SPPN z wykorzystaniem telefonu komórkowego.
7. Wykres: pt. *Prognoza wykorzystania limitów poszczególnych części Zamówienia SkyCash Warszawa w okresie 12 miesięcy; Prognoza wykorzystania limitów poszczególnych części Zamówienia SkyCash Warszawa: 31.12.2020, 31.12.2021* (łącznie 2 str.).

07.01.2020 r.

1. -*Tabela: Zestawienie kosztów i przychodów SkyCash dla przyjętego na użytek niniejszej specyfikacji 24 miesięcznego okresu realizacji w Warszawie zamówienia dla części 2 i części 3 obejmującego okres wynikający z SIWZ od dnia 1 grudnia 2019 r. do 31 grudnia 2021 r. lub do wyczerpania środków* (2 str.) – w której wskazano w podziale na miesiące 31.12.2019 – 30.11.2021: Koszty: systemu, SMS dla kontrolerów, Kadry, Księgowość, Zespół, Biuro, Koszty transakcyjne – łącznie: 114,502,56; Prowizja od opłat za parkowanie w SPPN w Warszawie: 132 000,00; Zysk podstawowy: 17 497,44; Zasilenie z tytułu dobrowolnych ekspresowych zasileń portmonetki klientów indywidualnych: 88 030,80; Zysk łączny: 105 528,24 zł;
- Wykres kosztów i przychodów SkyCash dla przyjętego na użytek niniejszej kalkulacji 24 miesięcznego okresu realizacji w Warszawie zamówienia dla części 2 i części 3 obejmującego okres wynikający z SIWZ od dnia 1 grudnia 2019 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. lub do wyczerpania środków.
2. *Lista kontrolerów* – 16 z podaniem imion, nazwisk i nr telefonów.
3. Wydruk internetowy TWÓJ NEWS pt. *Droższe parkowanie w Warszawie, wyższe kary za*

brak biletu. Ratusz zapowiada zmiany (7 str.) - zapowiedź podwyższenia stawek za parkowanie, od lata 2020 r., rozszerzenie SPPN, powstanie nowej Śródmiejskiej Strefy Płatnego Parkowania.

Izba zważyła.

Po rozpoznaniu odwołań w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z ograniczeniem zakresu odwołania przez Odwołującego mPay S.A. oraz uwzględnieniem, że:

- zarzutami są okoliczności faktyczne i prawne wskazujące podjęte przez zamawiającego czynności niezgodnie z Pzp lub zaniechanie czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 ustawy),
- zasada kontradiktoryjności postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp) oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy,
- dowodami w postępowaniu odwoławczym są w szczególności, m.in. dokumenty (art. 190 ust. 3 ustawy), zdefiniowane w art. 244 § 1 Kpc dokumenty urzędowe oraz w art. 245 Kpc dokumenty prywatne („Dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie”)

– Izba oddaliła odwołania.

Z analizy materiału dowodowego wynika, że podstawę zarzutów stanowi głównie metodologia obliczenia wynagrodzenia przez Przystępującego SkyCash (dalej - Przystępujący) – ceny wybranej oferty w części 2 i 3 przedmiotu zamówienia, będąca skutkiem przyjętego sposobu organizacji i realizacji przedmiotu zamówienia, ze względu na dzielenie kosztów na 92 miasta i parkingi prywatne oraz uwzględnienie współczynnika 6/12 w zakresie kosztów, dotyczącego okresu zrealizowania zamówienia określonego limitem 1 650 000 transakcji w roku.

W tym zakresie istotne są wskazane niżej aspekty.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego, a ust. 1a zobowiązuje, w okolicznościach wskazanych w tych przepisach, do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (...).

Udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami (24.10.2019 r.), na wezwanie Zmawiającego z 21.10.2019 r. o standardowym zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 Pzp, zostały uznane przez Zmawiającego jako nie potwierdzające, że oferta zawiera

rażąco niską cenę w lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Analogicznie, ocenione zostały wyjaśnienia pozostałych wykonawców. W wyjaśnieniach wskazywano sposób obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem przyjętego przez każdego wykonawcę sposobu kalkulowania ceny oferty.

Przepis nie definiuje charakteru wezwania pod kątem częstotliwości jego stosowania, podobnie jak też inne przepisy ustawy – przykładowo: art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1.

W orzecznictwie krajowym, również europejskim wskazywano dopuszczenie możliwości ponowienia wezwania, aczkolwiek decydującym wyznacznikiem w tym przypadku, były dalsze zasadne wątpliwości zamawiającego lub organu odwoławczego.

Izba, mając na uwadze potwierdzenie Zamawiającego o analogicznej zasadzie oceny wyjaśnień pozostałych wykonawców, uwzględniającej właściwe im preferencje organizacyjne i ekonomiczne, także zdeterminowanie treści i zakresu wyjaśnień z załączonymi dowodami wskazanym zakresem wezwania oraz przedstawienie przez Przystępującego wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, wskazujących przyjęte założenia kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem podziału części kosztów przez 92 miasta i parkingi prywatne, okresu zrealizowania limitowanej usługi z zastosowaniem współczynnika 6/12 co do niektórych kosztów, prognozowanej dynamiki wzrostu transakcji w granicach 20%, przyjęcie części kosztów w wysokości 50%, także przedstawienia założeń co do wpływów (np. wirtualna portmonetka)

– uznała, że brak było podstaw po stronie Zamawiającego do powtórnego wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), zaś wyjaśnienia w przedstawionych okolicznościach pozwalały na ocenę, że cena oferty nie potwierdza rażąco niskiej ceny oferty w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy.

Dokonując oceny czynności podjętej przez Zamawiającego i ewentualnego zaniechania czynności, do której zobowiązywała go ustawa, przeniesionej na etap postępowania odwoławczego na skutek wniesionych odwołań, Izba wzięła pod uwagę przedstawione niżej okoliczności.

Z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy – bez ustawowego ograniczenia stosowania tego przepisu, określanego w ustawie najczęściej pojęciem „z zastrzeżeniem (...)”.

Z kolei przepis art. 190 ust. 1a Pzp obciąża ciężarem dowodu, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny, wykonawcę, który złożył ofertę, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W rozumieniu dowodzenia swych racji, Przystępujący stał się w postępowaniu

odwoławczym wyłącznym przeciwnikiem sporu wobec Odwołujących.

Analiza wskazanych przepisów nie pozwala przyjąć poglądu prezentowanego przez Odwołujących na rozprawie, że Przystępujący został pozbawiony prawa przedstawiania dowodów innych niż złożone Zamawiającemu na etapie składania wyjaśnień.

Przystępujący miał dowieść, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowiło m.in. podstawę zarzutów odwołań, jako naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty.

W postępowaniu odwoławczym – ocena zamawiającego, czy cena oferty jest rażąco niska, czy nie, zostaje potwierdzona lub korygowana z uwzględnieniem aktywności dowodowej wykonawcy, którego obciąża ciężar dowodu.

Wyjaśnienia wykonawcy nie są równe analizie ekonomicznej czy sprawozdaniu finansowemu firmy, mają wskazywać, że cena nie spełnia przesłanek ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. nierealności.

Odniesienie ceny oferty do przedmiotu zamówienia, wymaga sprecyzowania przedmiotu zamówienia w rozumieniu opisu zamieszczonego obligatoryjnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia (niestanowiący przedmiotu oceny Izby) – str. 47 SIWZ, wskazujący, że:

- przedmiot zamówienia dla każdej z części dotyczy pobierania opłat w ramach puli 1 650 000 (jeden milion sześćset pięćdziesiąt tysięcy) transakcji w ciągu każdego roku trwania umowy, na każdą część,
- a wykonawca otrzymuje wynagrodzenie wyłącznie za faktyczne obsłużone transakcje,
- z zastrzeżeniem w pkt 4 OPZ możliwości udzielenia kolejnego, analogicznego zamówienia, w okresie obowiązywania umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania,
- w powiązaniu z § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy załączonego do SIWZ, ustalającego terminy realizacji zamówienia: rozpoczęcie 01.12.2019 r., zakończenie 31.12.2021 r. lub do wyczerpania środków na wynagrodzenie, o których mowa w § 5 ust. 2,

– stwarza możliwość wykorzystania puli 1 650 000 transakcji w ciągu roku w sposób wybrany przez wykonawcę, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego, wskazującego, że celem takiego opisu było pozostawienie wykonawcom wyboru co do sposobu zorganizowania i zrealizowania przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie wykonawcy wynika z ilości wykonanych transakcji niezależnie od okresu w jakim zostaną zrealizowane w skali roku.

Przystępujący wyjaśnił przyjęty sposób realizacji zamówienia z zastosowaniem współczynnika 6/12 na rozprawie w dniu 13 grudnia 2019 r. (protokół rozprawy str. 6), także na rozprawie w dniu 7 stycznia 2020 r. (protokół rozprawy str. 3-6) następująco: „(...) składając

ofertę na części 2 i 3, miał do dyspozycji 4 pule, każda po 1 650 000 transakcji z przeznaczeniem na pełne 2 lata. Przyjęto, że każda pula zostanie wykorzystana w ciągu 6 miesięcy, a 4 pule w ciągu 24 miesięcy. Przyjęto koszt wg wskaźnika 6/12. Przystępujący wskazuje jak w odpowiedzi na odwołanie, że mając na uwadze - doświadczenie w realizacji tego typu usług, rozmiar usług, aktualne transakcje przetwarzane w Warszawie - założył 20% wzrost jako dynamikę wzrostu transakcji (w tym roku w stosunku do poprzedniego roku).

Powyższy współczynnik dotyczy:

- kosztów systemu informatycznego, system jest jeden łączący transakcje z Warszawy jak i z 91 innych miast. Ze specyfikacji nie wynika obowiązek i również w toku realizacji nie jest możliwe, przypisanie transakcji odpowiednio do puli 2 i 3. One się przenikają. Z uwagi na powyższe zasadne jest przyjęcie, że poszczególne pule będą konsumowane jedna po drugiej, najpierw pula 1 z 2 części, później 1 z części 3, później 2 z części 2 i następnie 2 z części 3. Powyższe założenie wynika również ze specyfikacji (brak regulacji co do kolejności konsumowania kolejno pul), a także logiki i doświadczenia. Koszty systemu pozostają bez zmian (od wielu lat ryczałt), wynika to z wyjaśnień z 24.10.2019 r. i z pisma z 10.12.2019 r. odpowiedź na odwołanie;

- na zasadzie analogicznej zostały ustalone smsy kontrolerskie, jest to kwota ryczałtowa jaką ponosi Przystępujący. Dowody - z 24.10.2019 r. oraz 10.12.2019 r. wraz z załącznikami;

(...) Zamawiający potwierdza stanowisko Przystępującego, podnosząc że z uwagi na fakt, że ilość kontrolerów jest niezmienna, ilość odpytań o wniesioną opłatę ilościowo będzie taka sama. Głównym kanałem odpytań jest kanał internetowy, a nie SMS-owy.

- w zakresie założeń dot. pracowników Przystępujący wskazuje, że obowiązuje zasada analogiczna w zakresie jak ponoszenia kosztów, jak systemu;

(...) przyjęto po 2 osoby na każdą część, opiekujące się systemem oraz po 5 osób na każdą część zamówienia do obsługi klientów. We wrześniu 2019 r. 10 osób odebrało 559 połączeń. Istnieje możliwość odebrania 11 000 połączeń w skali miesiąca przez 10 osób (jeden konsultant ma możliwość odebrania 1 100 połączeń). Przystępujący podnosi, że rzeczywisty koszt to 3%, natomiast do kalkulacji ceny przyjął 50%, ponieważ wskazane wyżej osoby w czasie nie odbierania połączeń wykonują inne czynności niewchodzące w zakres świadczonej usługi. W ramach jednej aplikacji korzysta się z wielu funkcjonalności, jedną z funkcjonalności jest pobieranie opłat za parkowanie;

- w zakresie pozostałych kosztów, np.: obsługa kadrowa, księgowość, utrzymanie biura wskazuje, że obowiązuje zasada uwzględniania kosztów, analogiczna jak wskazana w poprzednich punktach.

Taka sama zasada została przyjęta przy uwzględnianiu należności (przychody) za czas świadczenia usługi jak przy ponoszeniu kosztów jej zrealizowania. Przystępujący przyjął zarówno dla części 2 jak i 3 prowizję w wysokości 0,33%, podczas gdy w roku 2015

Przystępujący realizował usługę z prowizją niższą, tj. 0,21%. Niezasadne jest odniesienie obecnych kosztów do wynikających z realizowanej umowy od 2018 r., ponieważ w dotychczasowej umowie, każda transakcja jest obowiązkowo potwierdzana 2. smsami, co w obecnym postępowaniu nie występuje, nie ma takiego wymagania, wpływa to w sposób oczywisty na wysokość kosztów.”

Wyjaśnienie nie zostało skutecznie podważone przez stronę przeciwną. Stanowisko odmienne w odwołaniach i na rozprawie – motywowane było zakazem wynikającym z odpowiedzi na pytanie nr 10 dotyczące treści SIWZ.

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego co do treści odpowiedzi na pytanie nr 10 z 9 października 2019 r. dotyczące SIWZ, że odpowiedź „*Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym zakresie*”, nie stanowi zmiany pierwotnej treści specyfikacji i nie wskazuje na interpretację podnoszoną w postępowaniu odwoławczym.

Odpowiedź dotyczyła innego zakresu niż wskazany w odwołaniach – a mianowicie pkt 7.2.2.2. SIWZ – wymagania dysponowania dwoma zespołami kadrowymi odrębnymi dla każdej części zamówienia. Z treści odpowiedzi nie wynika jakiegokolwiek odniesienie się do sekwencyjności świadczenia usług.

Odnosnie „(...) punktu 2.15 OPZ (rozdział 5 SIWZ) zdanie 2. punktu, z którego wynika, że Zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania wirtualnej portmonetki jako nieobowiązkowej funkcjonalności dodatkowej systemu”, Przystępujący wyjaśniając pojęcie wirtualnej portmonetki – jako rachunek indywidualny każdego klienta, z którego wpłaca się pieniądze by opłacać należność za postój, wskazał, że „Z powyższej czynności Przystępujący czerpie prowizję, co zostało wykazane w przedostatniej kolumnie dowodu złożonego w dniu 7.01.2020 r., łącznie za okres realizacji umowy 88 000 zł (wskazano jako dobrowolne ekspresowe zasilenie) (...)”. „(...) w punkcie 3 OPZ zawarty jest zakaz pobierania dodatkowych dot. podstawowych funkcjonalności aplikacji mobilnej, podczas gdy wirtualna portmonetka nie jest podstawową funkcjonalnością. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie aby opłaty z tego tytułu były pobierane, a więc stanowiły przychód z tytułu realizacji zamówienia, które wykonawca będzie realizował.”

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego co do treści pkt 2.15 i 3 OPZ, zestawienie tych punktów wskazuje:

*pkt 2.15 - wirtualną portmonetkę jako nieobowiązkową funkcjonalność dodatkową Systemu;
pkt 3 - zakaz pobierania od użytkowników jakichkolwiek dodatkowych opłat za korzystanie z podstawowych funkcjonalności usługi mobilnej wymienionych jako:*

- wnoszenie opłat za postój,

- sprawdzanie statusu płatności /usługi,
- dostęp do rejestru transakcji,
- obciążanie karty płatniczej,
- powiadomienia o rozpoczęciu / zakończeniu postoju – niezależnie czy postój zostanie zakończony przez użytkownika, czy przez System.

Wskazanie funkcjonalności nieobowiązkowej, dodatkowej Systemu i zakazu odnoszącego się do podstawowych funkcjonalności usługi mobilnej - przy uwzględnieniu redakcji wskazanych punktów - nie wyklucza możliwości uzyskiwania przychodów z wirtualnej portmonetki.

Podział kosztów z uwzględnieniem punktów świadczących usługę na określonym obszarze jest przyjętą praktyką organizacji realizacji przedmiotu zamówienia. Stosują ją wykonawcy w tej branży, jak również w innych.

Przyjęcie współczynnika – podziału kosztów na 92 miasta i parkingi prywatne – kwestionowane było nie tyle co do zasady, lecz w zakresie ilości miast i parkingów prywatnych (różnica 92 – 74/75 jednostek). Na rozprawie członek zarządu spółki – Przystępującego oświadczył, że w wyniku wzrostu jednostek, ich liczba już wówczas wynosiła ok. 97.

Odniesienia porównawcze do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w 2018 r., w wyniku, którego realizowana jest aktualnie usługa – nie znajduje uzasadnienia.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że każde postępowania charakteryzuje się odrębną specyfiką, natomiast w postępowaniu ocenianym w granicach zarzutów, z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania, oceniane są czynności i zaniechania Zamawiającego dotyczące rozpoznawanego postępowania.

Różnica w cenie oferty – będąca skutkiem zastosowania organizacji i przyjętej metodologii realizacji zamówienia na podstawie SIWZ, której postanowienia: -co do okresu obowiązywania umowy i czasu realizacji usługi wyznaczonego alternatywnie datą zakończenia umowy lub wykorzystaniem środków finansowych, -wskazanej ilości transakcji w ciągu roku (1 650 000), których zrealizowanie zwalnia wykonawcę z obowiązku dalszego wykonywania zakresu umowy i wykonawca otrzymuje wynagrodzenie za faktyczne zrealizowanie transakcji, a nie za czas obowiązywania umowy

– oceniana z uwzględnieniem wyjaśnień Przystępującego, stanowiska przedstawionego w piśmie z 10.12.2019 r. popartego dowodami i wyjaśnieniami złożonych w postępowaniu odwoławczym, prowadzi do wniosku, że w świetle treści SIWZ brak jest podstaw do stwierdzenia, że zastosowanie współczynnika (6/12) przy ustalaniu treści oferty w tym ceny, stanowi: -o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w szczególności z treścią wskazanego

opisu przedmiotu zamówienia i opisu realizacji umowy na podstawie załączonego projektu (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz, obok zastosowanych innych wskaźników, przesądza: -o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy).

Przewaga Przystępującego wynikająca z dotychczasowego realizowania usługi (od 2011 r.), możliwości oceny rynku na podstawie posiadania wiedzy z bieżących kontaktów z Zamawiającym (dostępność do m.in. raportów), pozwalająca na skonkretyzowane chociażby prognozowanie dynamiki rynku, stanowi okoliczność obiektywną.

Odnośnie do zarzutów naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk; art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk - przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący Pango Polska Sp. z o.o. nie przedstawił uzasadnienia zarzutu, uzasadnienie Odwołującego mPay S.A. wskazuje m.in., że Przystępujący ustalając cenę oferty na niskim poziomie (poniżej kosztów wytworzenia) miał na celu eliminację innych wykonawców.

Oceniając zarzut, należy podnieść zdaniem Izby, podkreślane w orzecznictwie stanowisko: dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie.

Odwołujący mPay składając na rozprawie w dniu 7 stycznia 2020 r. zestawienie kosztów przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach z ustalonymi przez Odwołującego kosztami jako właściwymi dla Przystępującego, w zakresie: utrzymanie systemu, koszty pracowników (II część), koszty pracowników (III część), biuro, koszty karty – wskazał różnice kosztów jako niedoszacowanie po stronie Przystępującego, podając 2. argumenty: błędne dzielenie kosztów na 92 miasta, błędne uwzględnienie tylko 6 miesięcy.

W sytuacji, gdy Przystępujący wybrał opisany sposób realizacji zamówienia, trudno jest uznać, że cena oferty wskazuje świadczenie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Natomiast udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest w każdym przypadku dążeniem wykonawców do uzyskania najkorzystniejszej lokaty, co w istocie oznacza dążenie do eliminacji innych wykonawców z udziału w postępowaniu.

Przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp określają obowiązki zamawiającego - przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

– naruszenie wskazanych przepisów, co do zasady, jest skutkiem naruszenia przepisu szczególnego ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że jako dowody w sprawie zostały uznane dokumenty w rozumieniu przywołanych wyżej przepisów Kpc (art. 244 § 1 dokumenty urzędowe, art. 245 dokumenty prywatne (*Dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie*),

przy czym zgodnie z art. 78 § 1 Kc forma pisemna oznacza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, natomiast art. 78¹ § 1 Kc stanowi: *Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. § 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.*

Opinia osoby, która nie uczestniczy w postępowaniu odwoławczym w charakterze biegłego, uznawana jest jako stanowisko strony, która taką opinię składa.

Na podstawie powyższych ustaleń, w ocenie Izby, brak było podstaw do uwzględnienia żądań przedstawionych w odwołaniach.

Izba oddaliła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpisy uiszczone przez Odwołujących w kwocie po 7 500 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....