

**WYROK**

**z dnia 19 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2015 r. przez **„MPAY” Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **„MPAY” Spółkę Akcyjną w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **„MPAY” Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **„MPAY” Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pobieranie opłat za parkowanie z wykorzystaniem telefonu komórkowego w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 listopada 2015 roku wykonawca "MPAY" Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

- odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego;
- wyborze oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- wykluczeniu wykonawców City Parking Group S.A., moBILET sp. z o.o. oraz Pango Polska sp. z o.o. z postępowania w oparciu o dyskryminujące wykonawców przesłanki.

Odwołujący zarzucił czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzuca naruszenie szeregu przepisów ustawy P.z.p., w tym w szczególności art. 91 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wnoszeniu środka ochrony prawnej na działania i zaniechania zamawiającego - jest bowiem wykonawcą, którego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu i, którego oferta została odrzucona bezpodstawnie. Dodatkowo wskazał, iż przetarg obarczony był wieloma wadami, które uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez SkyCash Poland S.A.;
3. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

4. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Ewentualnie wniósł o unieważnienia przetargu, z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone było wadami, które są niemożliwe do usunięcia i uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dodatkowo wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów w postaci dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania, w szczególności dokumentów wymienionych w treści odwołania.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, poprzez zasądzenie od niego na rzecz Odwołującego kwoty 7.500 PLN, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał szeregu czynności naruszających przepisy ustawy P.z.p., które miały wpływ na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, iż zamawiający w postępowaniu zupełnie bezpodstawnie dokonał odrzucenia jego oferty. Przyczyna odrzucenia oferty odwołującego została ujęta przez zamawiającego niezwykle lakonicznie, w dwóch, następujących zdaniach: „Jednocześnie Zamawiający informuje, iż firma MPAY S.A - na wezwanie Zamawiającego złożyła wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. W wyniku przeprowadzonej analizy złożonych dokumentów, Zamawiający stwierdził, iż nie uzasadniają one w wystarczający sposób zaproponowanej w ofercie ceny. Skutkuje to odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art.90 ust. 3 ustawy Pzp”

W ocenie odwołującego tego typu rozstrzygnięcie i argumentację w nim zawartą uznać należy za niekompletne i zupełnie błędne.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 29 września 2015 roku zamawiający wezwał go do złożenia stosownych wyjaśnień odnośnie rzekomo rażąco niskiej ceny zaproponowanej przez odwołującego w postępowaniu. Odwołujący w przewidzianym terminie udzielił zamawiającemu kompleksowych wyjaśnień (pismem z dnia 5 października 2015 roku) w tym zakresie.

Jak wynika z akt postępowania, zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego zaproponowaną przez odwołującego cenę uważa za rażąco niską i dlaczego wyjaśnienia odwołującego w tym przedmiocie są niewystarczające.

W ocenie odwołującego, nie sposób doszukać się w przedstawionej przez odwołującego cenie znamion rażąco niskiej ceny i to dokonując analizy przedstawionej oferty odwołującego zarówno z treścią stosownego przepisu P.z.p., jak również ze stanowiskiem reprezentowanym przez judykaturę czy wreszcie z samymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r. KIO 1243/14, wyrok z dnia 18 czerwca 2014 r. KIO 1121/14 itp.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie tylko w sposób zupełnie dowolny i nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty odwołującego (oferta ta nie zawierała rażąco niskiej ceny), ale również niewłaściwie przeprowadził procedurę wyjaśniającą w przedmiocie rażąco niskiej ceny (m.in. nie dowiódł, że wyjaśnienia odwołującego są niewystarczające i nie potwierdzają realności oferowanych cen).

Dodatkowo odwołujący wskazał, że oferta, której wyboru dokonano, tj. oferta SkyCash Poland S.A. opiewa na kwotę 63.000 PLN, co oznacza, iż jest ona jedynie o 6.000 PLN brutto wyższa od oferty złożonej przez odwołującego. W tym kontekście wskazał, że oferty pozostałych wykonawców opiewały na kwoty od 540.000 PLN brutto (Pango Polska Sp. z o.o.) do 1.140.000 PLN brutto City Parking Group SA. Okoliczność ta powoduje, iż dokonując obiektywnej oceny przedstawionych wartości liczbowych, nie sposób uznać, aby, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia oraz złożone oferty, różnica między ofertami MPAY a SkyCash Poland S.A. prowadziła do konstatacji, iż jedna z ofert zawiera rażąco niską cenę, druga zaś uznana została za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że wszyscy wykonawcy, którzy przedstawili znacząco wyższe oferty (Pango Polska Sp. z o.o., MOBILET Sp. z o.o., oraz City Parking Group SA) zostali wykluczeni z przetargu; jedyną więc ofertą, z którą można było porównywać ofertę odwołującego, była oferta SkyCash Poland S.A. Rozbieżności pomiędzy tymi ofertami wynoszą ok. 9,52%, a więc nie mogą uzasadniać przekonania o tym, że jest rażąco niska.

W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieuzasadniony odrzucił ofertę odwołującego oraz dokonał wyboru oferty SkyCash Poland S.A., czym rażąco naruszył art. 91 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., co może również budzić

podejrzanie faworyzowania SkyCash Poland S.A. w tym postępowaniu, biorąc pod uwagę minimalne różnice pomiędzy obiema ofertami.

Odwołujący wskazał, że w s.i.w.z. zamawiający ustanowił wymóg przedstawienia przez wykonawców „Decyzji Prezesa Narodowego Banku Polskiego na wyrażenie zgody na prowadzenie systemu autoryzacji i rozliczeń płatności mobilnych lub dokument równoważny” (pkt 7.3.1.1. s.i.w.z.). Jakkolwiek wymóg ten został spełniony przez odwołującego, to jednak sformułowanie takiego wymogu w sytuacji, kiedy system prawny nie zna pojęcia zgody na prowadzenie systemu autoryzacji i rozliczeń płatności mobilnych i w efekcie wykluczenie z postępowania szeregu wykonawców, stanowi rażące naruszenie przepisu art. 7 ust 1 P.z.p., tj. prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i doprowadzający do nierównego traktowania wykonawców. Na marginesie należy wskazać, że chyba jedynym podmiotem, który w chwili obecnej posługuje się pojęciem zgody na prowadzenie systemu autoryzacji i rozliczeń płatności mobilnych jest SkyCash Poland S.A. Kolejną okolicznością wskazującą na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu, jest brzmienie pkt 7.3.3 s.i.w.z.: „ Wykonawca przedstawi w ofercie kandydata na stanowisko wymienione poniżej: Lp. Stanowisko - Wymagana liczba osób: 1. Informatycy - 2 osoby; 2. Pracownicy nadzoru -1 osoba; 3. Główny księgowy - 1 osoba; 4. Księgowy - 2 osoby: ” Wymogi takie niepodyktowane były żadnymi racjonalnymi przesłankami związanymi z prowadzeniem działalności w sektorze, którego dotyczyło zamówienie i stwarzają uzasadnione przypuszczenie, iż ich postawienie miało na celu wykluczenie z przetargu, w sposób nieuzasadniony, wykonawców, którzy nie mogli ich spełnić, a z drugiej strony uprzywilejowanie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Odwołujący podniósł, że pierwotne brzmienie pkt 15.2.2 s.i.w.z. (tj. przed dokonaną zmianą w dniu 8 września 2015 roku) zawierało wymóg ewidentnie faworyzujący jednego z wykonawców: „Wykonawca przedstawi oświadczenie zawierające średnią miesięczną ilość transakcji w sektorze parkowania pojazdów dokonaną za pomocą świadczonej przez siebie usługi w okresie czerwiec 2014 - maj 2015. Oświadczenie musi być potwierdzone przez właściwy urząd miasta lub gminy na terenie, którego usługa jest świadczona.” Takie opracowanie s.i.w.z., stanowi, w ocenie odwołującego, faworyzowanie jednego z uczestników już na etapie organizowania przetargu, którego oferta została następnie wybrana jako najkorzystniejsza. Tymczasem jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 20 kwietnia 2015 r. KIO 689/15: „Przepis art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z ze zm.) stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe

traktowanie wykonawców. Zasada postępowania wyrażona w tym przepisie nie pozwala na takie kształtowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, które preferowałoby określonych wykonawców (w tym wykonawców wyznaczonych z uwagi na obszar geograficznych, na którym świadczą usługi), a preferencja ta nie była usprawiedliwiona obiektywnymi potrzebami zamawiającego niedającymi się zaspokoić w inny sposób niż przez ograniczenie konkurencyjności postępowania. Obowiązkiem zamawiającego jest takie ukształtowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby dany potencjał odpowiednio umożliwił wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie jego opis nie naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. ”

W ocenie odwołującego, opisane powyżej okoliczności powodują, iż istnieją przesłanki do uznania, iż postępowanie obarczone było wadami, które są niemożliwe do usunięcia i uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tej przyczyny uznać należy za zasadny również najdalej idący wniosek niniejszego odwołania, tj. wniosek o unieważnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą przetargu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości i
2. obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej na rozprawie przed KIO.

Zamawiający podniósł, iż w zakresie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niewykazanie braku rażąco niskiej ceny oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego, odwołanie powinno podlegać oddaleniu z uwagi na:

(1) brak interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz brak możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku zarzucanego zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy P.z.p., w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz przy jednoczesnym braku zakwestionowania we wniesionym odwołaniu prawidłowości oferty i wykonawcy SkyCash Poland S.A. (którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza) - oferta odwołującego zostanie w następstwie ewentualnego ponownego wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert po ponownym wyborze przez zamawiającego oferty SkyCash Poland S.A. jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym nawet uwzględnienie odwołania nie zapewni możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego przez odwołującego, a

ewentualne zarzucane w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie wiąże się dla odwołującego z poniesieniem szkody w postaci utraty z jego powodu możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego,

jak również

(2) zgodność z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p. odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego z uwagi na niewykazanie przez odwołującego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w następstwie prawidłowego wezwania odwołującego przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny, w szczególności w zakresie okoliczności, wskazanych w ww. przepisie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, iż w zakresie wykluczenia wykonawców: City Parking Group S.A., moBILET Sp. z o.o. oraz Pango Polska Sp. z o.o. z przedmiotowego „postępowania w oparciu o dyskryminujące wykonawców przesłanki”, odwołanie powinno podlegać oddaleniu, ewentualnie odrzuceniu (a tym samym zarzuty te nie powinny podlegać rozpatrzeniu), z uwagi na:

(1) brak interesu oraz szkody odwołującego, w rozumieniu art. 179 ustawy P.z.p., w ewentualnym naruszeniu przez zamawiającego zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy, gdyż ww. wykonawcy złożyli oferty zdecydowanie gorsze od oferty odwołującego pod względem cenowym, a tym samym ich przywrócenie do postępowania i ocena w oparciu o przyjęte w przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert nie miałyby znaczenia dla miejsca oferty odwołującego w rankingu, a nawet jeżeli miałyby takie znaczenie, to w sposób pogarszający szanse odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego,

oraz

(2) spóźnione, gdyż po upływie terminu z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., podniesienie przedmiotowych zarzutów, opartych na założeniu ewentualnej niezgodności z ustawą Pzp opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,

z uwagi na okoliczność, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie zawartego w wymienionych dokumentach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu powinny być wniesione w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (co w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 21 sierpnia 2015 r.),

jak również

(3) okoliczność, że zarzut dotyczy czynności spoza katalogu czynności, wobec których na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., gdyż czynność wykluczenia innego wykonawcy nie jest czynnością, wobec której wykonawcy mogą wnosić odwołania w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, od wartości od 30 000 euro do 207 000 euro, na jaką opiewa wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (przedmiotem odwołania w tego rodzaju postępowaniach może być wyłącznie na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3) ustawy P.z.p., czynność zamawiającego dotycząca wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz wykluczenia ww. wykonawców z powodu niespełniania przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt, że jest obarczone wadami, które są niemożliwe do usunięcia i uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego odwołujący podniósł, że odwołanie powinno podlegać oddaleniu, ewentualnie odrzuceniu (a tym samym zarzuty te nie powinny podlegać rozpatrzeniu), z uwagi na:

(1) brak interesu odwołującego w podnoszeniu zarzutu dotyczącego unieważnienia przedmiotowego postępowania, w świetle art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., jako niesłużącego uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego,

oraz

(2) spóźnione, gdyż po upływie terminu z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., podniesienie przedmiotowych zarzutów, opartych na założeniu ewentualnej niezgodności z ustawą P.z.p. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz jego przygotowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie zawartego w wymienionych dokumentach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w



postępowaniu (dotyczących: (i) przedstawienia decyzji Prezesa NBP na prowadzenie systemu autoryzacji i rozliczeń płatności mobilnych lub dokumentu równoważnego; (ii) dysponowania przez wykonawcę odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, (iii) pierwotnego brzmienia (zmienionego w s.i.w.z. przed terminem składania ofert na niekwestionowany przez odwołującego) warunku dotyczącego posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia) powinny być wniesione w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (co w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 21 sierpnia 2015 r.),

(3) okoliczność, że zarzut dotyczy zaniechania czynności spoza katalogu czynności, wobec których na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, gdyż czynność unieważnienia lub zaniechania unieważnienia postępowania nie jest czynnością, wobec której wykonawcy mogą wnosić odwołania w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, od wartości od 30 000 euro do 207 000 euro, na jaką opiewa wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu,

jak również

(4) brak jakichkolwiek podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu oraz s.i.w.z. zostały ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2015 roku.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

W pkt. 7.3.1.1. s.i.w.z. zamawiający ustanowił wymóg przedstawienia przez wykonawców „Decyzji Prezesa Narodowego Banku Polskiego na wyrażenie zgody na prowadzenie systemu autoryzacji i rozliczeń płatności mobilnych lub dokument równoważny”.

Zgodnie z pkt. 7.3.3 s.i.w.z.: „ Wykonawca przedstawi w ofercie kandydata na stanowisko wymienione poniżej: Lp. Stanowisko - Wymagana liczba osób: 1. Informatycy - 2 osoby; 2. Pracownicy nadzoru -1 osoba; 3. Główny księgowy - 1 osoba; 4. Księgowy - 2 osoby: ”

Zgodnie z pkt 15.2.2 s.i.w.z. w pierwotnym brzmieniu, „Wykonawca przedstawi oświadczenie zawierające średnią miesięczną ilość transakcji w sektorze parkowania pojazdów dokonaną za pomocą świadczonej przez siebie usługi w okresie czerwiec 2014 - maj 2015. Oświadczenie musi być potwierdzone przez właściwy urząd miasta lub gminy na terenie, którego usługa jest świadczona.” Postanowienie to zostało zmienione w dniu 8 września 2015 roku.

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto: 57 000 zł oraz średnią miesięczną ilość transakcji: 2 795 sztuk. Wykonawca SkyCash Poland S.A. zaproponował cenę brutto: 63 000 zł oraz średnią miesięczną ilość transakcji: 157 936 sztuk.

Oferty pozostałych wykonawców opiewały na kwoty od 540.000 PLN brutto (Pango Polska Sp. z o.o.) do 1.140.000 PLN brutto (City Parking Group SA).

Zastosowane w przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert miały następujące wagi:

Cena brutto - 90%

Średnia miesięczna ilość transakcji 10%.

Ocena ofert miała być dokonywana według dwóch wzorów:

w zakresie kryterium ceny -  $C = \text{cena minimalna} / \text{cena ofertowa} \times 90$  pkt

w zakresie kryterium „średnia miesięczna ilość transakcji” zgodnie z formułą  $\text{Ilość transakcji z oferty} / \text{max. Ilość transakcji} \times 10$ .

Pismem z dnia 29 września 2015 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W piśmie z dnia 5 października 2015 roku odwołujący udzielił zamawiającemu następujących wyjaśnień:

"mPay S.Å. jako pierwszy podmiot w Polsce świadczący usługi płatności mobilnych posiadał w swoich kompetencjach świadczenie usługi pobieranie opłat za parkowanie z wykorzystaniem telefonii komórkowego. Wdrożenie przedmiotowej usługi polega na jednorazowej konfiguracji terminala dla miasta. mPay w tym momencie świadczy usługi płatności mobilnych dla 17 miast za bilety komunikacji miejskiej, 15 miast za pobieranie opłat za parkowanie oraz usługę doładowań telefonów przedpłaconych. Jednocześnie świadczymy

usługę wirtualnego portfela do bezpiecznego przechowywania kart płatniczych i realizacji płatności w e-commerce i m-commerce.

Zasoby niezbędne do wykonywania przedmiotowych działań są dzielone na poszczególne projekty. Realizacja istniejących i wdrażanych nowych produktów jest w kompetencjach poszczególnych działów. W naszym przedsiębiorstwie poszczególne zadania są przydzielane do grup projektowych a nie poszczególnych osób w celu wyeliminowania ryzyka braku kompetencji w przypadku absencji pracownika. Koszt administracji nowym merchantem w istniejącej usłudze nie stanowi wzrostu zasobów w związku z automatyzacją i powtarzalnością czynności.

Zasoby niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia wymienione w SIWZ zamawiającego są obecnie wykorzystywane i utrzymywane do realizacji działań bieżących mPay.

Pozyskanie miasta Warszawy do realizacji płatności za parkowanie z wykorzystaniem telefonu komórkowego przyczyni się do wzrostu liczby użytkowników naszego systemu w związku z brakiem alternatywnej aplikacji. mPay liczy to jako pośredni przychód (mniejszy koszt jednostkowy pozyskania klienta) w związku ze zwiększeniem populacji użytkowników i możliwością wykorzystywania przez nich obecnych oraz przyszłych usług w aplikacji mobilnej mPay. Koszt pozyskania klienta to średnio 50 zł/osobę (tyle płaćca firma konkurencyjna za pozyskanie klienta). W przypadku wygranej przetargu dla miasta Warszawy może to się przełożyć na wzrost o minimum 100 000 nowych użytkowników co stanowi oszczędność dla mPay na poziomie 5 000 000 zł. Korzyść ta dotyczy wyłącznie podmiotów, które nie świadczą obecnie usług dla miasta stołecznego Warszawy.

Zakładany zysk w wysokości 1583,33 miesięcznie z realizacji przedmiotowej usługi będzie stanowić dodatkowy przychód który obecnie byłby 4% udziałem w wynagrodzeniu pracowników. Zakładając oszczędności przy pozyskiwaniu nowych klientów oraz wzrost transakcyjności pozostałych usług traktujemy przedmiotowe postępowanie jako bardzo dochodowe dla naszego przedsiębiorstwa."

Pismem z dnia 30 października 2015 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez SkyCash Poland SA w Warszawie. W tym samym piśmie poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, podając wyjaśnienie: „Jednocześnie Zamawiający informuje, iż firma MPAY S.A - na wezwanie Zamawiającego złożyła wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. W wyniku przeprowadzonej analizy złożonych dokumentów, Zamawiający stwierdził, iż nie uzasadniają one w wystarczający sposób

zapropionowanej w ofercie ceny. Skutkuje to odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art.90 ust. 3 ustawy Pzp"

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. w podnoszeniu zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Należy zwrócić uwagę, iż legitymacja do wniesienia służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia.. Fakt posiadania przez odwołującego interesu, uprawniającego go do wniesienia odwołania, podlega badaniu w toku postępowania odwoławczego. W przypadku stwierdzenia braku tej przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania, podlega ono oddaleniu.

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, którzy korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę.

Jeżeli odwołanie dotyczy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty lub innych czynności, o których zamawiający informuje jednocześnie z podaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert), dodatkowym czynnikiem mającym wpływ na ocenę spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest pozycja, jaką oferta odwołującego zajmuje lub mogłaby zajmować w

rankingu ofert złożonych w danym postępowaniu. Jeżeli oferta odwołującego jest sklasyfikowana na dalszej pozycji, warunkiem przyznania, że spełnia on przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest podniesienie przez niego zarzutów wobec wszystkich ofert, które zajmują lepszą pozycję w rankingu ofert. W przeciwnym wypadku, nawet w sytuacji, gdy naruszenie ustawy przez zamawiającego zostanie wykazane, odwołujący nie będzie miał szans na uzyskanie zamówienia, ponieważ w postępowaniu pozostaną oferty, które zostały ocenione wyżej niż oferta przez niego złożona.

W rozpoznawanym przypadku oferta odwołującego nie była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Zarzuty odwołania nie dotyczą natomiast wyboru najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, iż – nawet w przypadku uwzględnienia postawionych zarzutów – odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia, gdyż nadal ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu będzie oferta złożona przez SkyCash Poland SA w Warszawie. Tym samym stwierdzić należy, iż odwołujący nie spełnia wymogów do skutecznego wniesienia odwołania, wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. i jego odwołanie winno zostać oddalone.

Z uwagi na powyższe rozpoznawanie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego co do zasady należy uznać za bezprzedmiotowe. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia.

Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje.

Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanej sprawie zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zaoferowana przez odwołującego cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. winny charakteryzować się dużym stopniem szczegółowości i być oparte na realnych, weryfikowalnych wartościach i okolicznościach. Nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami.

Odwołujący złożył wyjaśnienia ogólne i lakoniczne. Nie dołączył do nich żadnych dowodów, co praktycznie uniemożliwia ich weryfikację.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W ocenie Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Uznając, że odwołujący nie udowodnił, iż jego cena nie jest rażąco zaniżona, Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie odrzucił jego na podstawie wskazanego wyżej przepisu.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznając, że zostały one podniesione z naruszeniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p, zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W związku z tym, że ogłoszenie o zamówieniu oraz s.i.w.z. zostały ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2015 roku, termin do wniesienia odwołania na ich treść minął w dniu 26 sierpnia 2015 roku.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W związku z tym, iż w rozpoznawanej sprawie z naruszeniem terminu wniesiono jedynie część zarzutów, a ustawa P.z.p. nie przewiduje odrzucenia odwołania w części, Izba wskazane zarzuty pozostawiła bez rozpoznania.

W ocenie Izby żądanie unieważnienia przetargu z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest wadami, które są niemożliwe do usunięcia i uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie znajduje podstaw.

Izba wskazuje, że – zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Wskazany wyżej katalog nie obejmuje czynności lub zaniechań zamawiającego dotyczących kwestii unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym postawione żądanie nie może zostać uwzględnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....