

WYROK

z dnia 26 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **11 marca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **SkyCash Poland S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego z wykorzystaniem platformy kanałów mobilnych* (nr postępowania DPZ/116/PN/105/18)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich**

przy udziale wykonawcy: **mPay S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Miastu Stołecznemu Warszawie – Zarządowi Dróg Wojewódzkich unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty złożonej mPay S.A. z siedzibą w Warszawie z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego SkyCash Poland S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawy – Zarządu Dróg Miejskich na rzecz odwołującego SkyCash Poland S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 11600 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Wojewódzkich prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego z wykorzystaniem platformy kanałów mobilnych* (nr postępowania DPZ/116/PN/105/18).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 października 2018 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 639355-N-2018.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

7 marca 2019 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu SkyCash Poland S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „SkyCash”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez mPay S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „mPay”}.

11 marca 2019 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wzmóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp oraz 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, polegające na:

1. Wezwaniu mPay do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnoszących się do wyliczenia ceny, pomimo że nie zachodziły przesłanki uprawniające do powtórzenia wezwania, gdyż wyjaśnienia ceny złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były nierzetelne, niekompletne i zawierały błędy oraz potwierdzały, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji i stanowi niedopuszczalne przywrócenie terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być złożone za pierwszym razem.
2. Dokonaniu niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez mPay, które w istocie potwierdzają, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Zaniechaniu odrzucenia oferty mPay, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają złożone przez niego wyjaśnienia, a ponadto złożenie przez mPay oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty wykonawcy mPay.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert.

4. Powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwolujący sprecyzował powyższe zarzuty przez zbiorcze podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwolujący w skrócie następująco opisał przebieg badania oferty mPay:

- 21 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę mPay do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty;
- 26 listopada 2018 r. mPay złożył wyjaśnienia;
- 10 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał mPay do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnoszących się do wyliczenia ceny;
- 13 grudnia 2018 r. mPay złożył dodatkowe wyjaśnienia dotyczące ceny oferty.

Zdaniem Odwołującego nie zachodziły przesłanki uprawniające do powtórzenia wezwania, gdyż wyjaśnienia ceny złożone przez mPay w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były, po pierwsze – nierzetelne, niekompletne i zawierały błędy oraz, po drugie – potwierdzały, że oferta mPay zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego wyjaśnienia mPay potwierdzały rażąco niską cenę jego oferty, gdyż przewidywany przychód z tytułu wynagrodzenia od Zamawiającego w wysokości 266.400,00 zł brutto został zestawiony z kosztami netto w wysokości 249.840,00 zł, co nie jest miarodajne. Wartość netto założonego wynagrodzenia to 216.585,37 zł, a zatem o ponad 30 tys. mniej niż wysokość kosztów. Analogiczna różnica wystąpi gdyby zestawili wysokość przychodów brutto z kosztami brutto, które wyniosłyby 296.539,20 zł.

	Kategoria kosztów, które mPay:	I. wykazał	II. powinien wykazać
1.	Koszty wysyłki wiadomości SMS	174.240,00 zł netto (0,03 zł netto za 1 SMS)	214.315,20 zł brutto (0,0369 zł brutto za 1 SMS)
2.	Koszty osobowe	28.800 zł netto	35.424,00 zł brutto
3.	Koszty procesowania transakcji dokonywanej za pomocą karty płatniczej	46.800 zł (VAT ZW) (0,65% od transakcji)	46.800 zł (VAT ZW) (0,65% od transakcji)
4.	Koszty zasilenia wirtualnej portmonetki metodami innymi niż obciążenie karty	0,00 zł	14.594,59 zł (VAT ZW) 0,10 zł za transakcję
5.	Koszty systemu	0,00 zł	Koszty systemu
6.	Koszty najmu	0,00 zł	Koszty najmu
	Razem:	249.840,00 zł	311.133,79 zł

{ad poz. 1. – koszty wysyłki wiadomości SMS}

Wykonawca mPay musi uiszczać opłaty za obsługę wiadomości SMS z uwzględnieniem obowiązków podatkowych, tj. z podatkiem VAT (stawka 23%), gdyż jest to zwykła usługa telekomunikacyjna.

Jednocześnie podatek VAT zawarty w kwocie 266.400,00 zł prowizji należnej od Zamawiającego nie będzie stanowił dla wykonawcy mPay przychodu.

{ad poz. 2. – koszty osobowe}

Zgodnie z wykazem osób mPay będzie dysponował trzema pracownikami wsparcia technicznego i zdalnej obsługi klienta, udostępnionymi przez Grupę LEW, która będzie z tego tytułu obciążać mPay kwotą 2.400 zł netto, czyli 800 zł za każdą osobę. Zakładając ostrożnie, że każda z tych osób zarabia pensję minimalną, która w 2019 r. wynosi 2.250 zł, łączny koszt za udostępnionych pracowników wynosi ok. 8.100 zł (po uwzględnieniu danin publiczno-prawnych). Oznacza to, że wykazane wynagrodzenie będzie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę w rozumieniu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Oddelegowanie pracowników obciążone jest podatkiem VAT, tymczasem mPay ponownie wykazał kwotę netto.

Ponadto mPay w ramach tej kategorii kosztów nie wykazał żadnego kosztu związanego z pozostałymi 5 osobami, które wskazał w wykazie osób jako skierowane do wykonywania tego zamówienia, choć alokacja części czasu pracy pracowników mPay na rzecz Zamawiającego powinna znajdować proporcjonalne odzwierciedlenie w alokacji kosztów (np. jeśli dany pracownik poświęca 20% swojego czasu pracy temu zamówieniu, mPay powinien wykazać jako koszt osobowy kwotę 20% wynagrodzenia tego pracownika). Tymczasem wykonawca mPay nie wskazał żadnego kosztu związanego z tymi osobami.

{ad poz. 3. – koszty procesowania transakcji dokonywanej za pomocą karty płatniczej}

Brak zastrzeżeń.

{ad poz. 4. – koszty zasilenia wirtualnej portmonetki metodami innymi niż obciążenie karty}

Zasilenie wirtualnej portmonetki może być zrealizowane trzema sposobami: a) przez obciążenie karty płatniczej, b) przelewem tradycyjnym (MassCollect) c) szybkim przelewem PayByLink.

Sposoby zasilania portmonetki z lit. b) oraz c) również generują koszty dla instytucji płatniczej, w związku z czym koszty wykonawcy też nie są one zerowe.

Wykonawca mPay jest obsługiwany przez bank mBank (dalej: „mBank”) w zakresie płatności MassCollect, będących podstawą zasilenia wirtualnej portmonetki przelewami tradycyjnymi.

Odwolujący posiadał z mBankiem analogiczną umowę na usługę MassCollect, w której ramach płacił bankowi 0,10 zł za każde zasilenie wirtualnej portmonetki. Średnia wartość zasilenia portmonetki tą drogą w przypadku Odwołującego to 37 zł. Zakładając, że zgodnie z założeniem mPay 60% zasilień rachunku płatniczego z łącznej kwoty 18 mln zł będzie realizowane przez przelewy tradycyjne oraz średnią kwotę zasilenia na poziomie analogicznym do Odwołującego, mPay powinien być obciążony przez mBank kwotą 29.189,19 zł w okresie wykonania zamówienia. Tymczasem wykonawca mPay całkowicie pominął ten koszt w swojej kalkulacji.

Z daleko posuniętej ostrożności w przedstawionej powyżej tabeli przyjęto wartość stanowiącą 50% oszacowanej kwoty za zasilenia, tj. 14.594,59 zł.

Dodatkowo zasilenie portmonetki szybkim przelewem Pay-by-Link generuje dla instytucji płatniczej jeszcze wyższy koszt niż przelew tradycyjny. 0,10 zł prowizji za zasilenie wirtualnej portmonetki kwotą 37 zł oznacza prowizję na poziomie 0,27%, tymczasem koszt przelewów PayByLink to minimum 0,5% wartości przelewu.

Wykonawca mPay w ogóle nie uwzględnił w swoich kosztach opłaty za zasilenie wirtualnej portmonetki za pomocą szybkiego przelewu, który to koszt powinien być uwzględniony w kalkulacji kosztów, gdyż zgodnie z pkt 3.17 na 44 stronie SIWZ: *Zabronione jest pobieranie od użytkowników jakichkolwiek dodatkowych opłat za korzystanie z usługi mobilnej (np. opłat za zasilenie portmonetki, obsługę wielu użytkowników lub pojazdów na jednym, koncie, opłat transakcyjnych).*

{ad poz. 5. i 6 – pozostałe koszty: systemu oraz najmu}

Nie istnieje możliwość, żeby systemy informatyczne nie generowały dodatkowych kosztów (poza kosztem energii elektrycznej). W szczególności Zamawiający został już poinformowany przez Odwołującego o tym, że wykonawca mPay nie wypełnia obowiązków wynikających z przepisów prawa w zakresie identyfikacji i weryfikacji klientów. Ponieważ wirtualna portmonetka jest w istocie rachunkiem płatniczym, a wdrożenie przez wykonawcę mPay przedmiotowych funkcjonalności stanowi wymóg powszechnie obowiązujących przepisów prawa, wymagać będzie nakładów inwestycyjnych i istotnego wysiłku organizacyjnego.

Wykonawca mPay posiada siedzibę i fakt ewentualnego udzielenia zamówienia przez Zamawiającego nie zwiększy obciążen z tytułu czynszu. Jednakże działalność każdego podmiotu generuje i przychody, i koszty. Jeśli dany podmiot świadczy w swojej siedzibie dwie różne usługi, z których każda generuje połowę przychodów tego podmiotu, trudno przyjąć, że koszt najmu lokalu, w którym te usługi są świadczone, jest związany tylko z jedną z nich.

Wykonawca mPay ze względu na wielość usług przezeń świadczonych mógł zaalokować ułamkowy koszt najmu na działalność na rzecz Zamawiającego. Nie zdecydował się jednak tego uczynić i nie przedstawił żadnych kosztów, zaniżając w sposób zamierzony koszty swojej usługi.

Odwołujący dodał, że Zamawiający dokonując oceny pierwszych wyjaśnień, słusznie zauważył, czemu dał wyraz w piśmie z 10 grudnia 2018 r., że mPay:

- po pierwsze – błędnie przyjął, że jednostkowy koszt obsługi SMS wyniesie 0,03 zł netto i stanowić będzie koszt brutto, podczas gdy SMS nie jest opłatą za usługę parkowania, a usługą telekomunikacyjną o charakterze informacyjnym, zatem nie może być objęty stawką „zwolniony”;
- po drugie – pomimo wskazania, że 60% transakcji będzie dokonywanych za pomocą tzw. portmonetki, nie przedstawił w tym zakresie wyjaśnień kalkulacji i rachunków, a trudno przyjąć, że koszt funkcjonowania takiego rozwiązania jest zerowy;
- po trzecie – złożył ofertę BlueMedia dotyczącą wysyłki wiadomości SMS, która była ważna do 31.12.2018 r. – stąd wymaga wyjaśnienia, czy zachowuje ona ważność po tej dacie, biorąc pod uwagę, że termin zakończenia wykonywania zamówienia oznaczono na 30.11.2019 r.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie:

- ponownie wezwał mPay do złożenia wyjaśnień, kalkulacji i rachunków dotyczących tzw. portmonetki, gdyż takie dowody wykonawca działający z należytą starannością powinien złożyć za pierwszym razem, skoro przyjął takie, a nie inne założenie w wyjaśnieniach co do skali transakcji dokonywanych za pomocą tzw. portmonetki;
- stworzył mPay możliwość złożenia dodatkowej (ew. zmodyfikowanej dotychczasowej) oferty BlueMedia, która straciła już ważność (na marginesie Odwołujący zauważył, że nowa oferta straciła ważność z 01.02.2019 r.);
- zamiast dokonać oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę mPay z uwzględnieniem okoliczności, że oferta BlueMedia straciła ważność, ratował wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę, a co za tym idzie, jego ofertę.

Odwołujący zrelacjonował, że w odpowiedzi na uwagi Zamawiającego zawarte w wezwaniu z 10 grudnia 2018 r.: mPay

- wyjaśnił, co następuje: *Podatek VAT naliczony przez operatora komórkowego do ceny netto będzie dla Wykonawcy neutralny, nie będzie stanowił on więc dla Wykonawcy kosztu. Nawet, gdyby przyjąć z daleko idącej ostrożności odmienną interpretację, wówczas założony przez Wykonawcę zysk w dalszym ciągu wykazywałby wartość dodatnią, satysfakcjonującą dla Wykonawcy.*
- podtrzymał, że koszt funkcjonowania portmonetki jest zerowy.
- przedstawił kolejną ofertę BlueMedia, która także już utraciła ważność.

Odwołujący zastrzegł, że w przypadku niepodzielania przez Izbę stanowiska co do nieuzasadnionego wezwania mPay do złożenia dodatkowych wyjaśnień ceny, że nawet uwzględnienie także tych dodatkowych wyjaśnień nie zmienia konstatacji, że wyjaśnienia dotyczące ceny złożone przez mPay były nierzetelne, zawierały błędy, były niekompletne, oraz potwierdzały, że oferta wykonawcy mPay zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto Odwołujący zrelacjonował, że z wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez mPay wynika, że pokrycie kosztów i zysk tego wykonawcy będzie pochodziło również z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne za realizację tego zamówienia, gdyż wyjaśnił, że: *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.*

Odwołujący podniósł, że powyższe oświadczenie jest niewiążące dla spółki Finanteq, gdyż dotyczy przystąpienia do negocjacji, a jednocześnie w oświadczeniu brak jest klauzul dotyczących ewentualnych kar umownych za nieprzystąpienie do nich. Oznacza to, że w przypadku negatywnego wyniku negocjacji – a nie istnieją żadne dowody, które gwarantowałyby sytuację odwrotną – mPay nie uzyska dodatkowego wynagrodzenia w kwocie 50 tys. zł. Na marginesie Odwołujący zauważył, że oświadczenie spółki Finanteq nie precyzuje, czy kwota 50.000 zł jest kwotą netto czy brutto.

Odwołujący zarzucił, że wskazywany przez mPay niepewny (bliżej nieokreślony co do wartości netto lub brutto) przychód z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne stanowi zakazany przez prawo sposób na pokrycie kosztów i sztuczne wykazanie zysku w celu uniknięcia odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie Izby podkreśla się, że (por. KIO 132/17): *pokrywanie zaś kosztów danego zamówienia z przychodów od innych odbiorców, stanowi tzw. subsydiowanie skrośne – zakazane przez prawo*

Według Odwołującego takie działanie mPay potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert. O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne. O zjawisku rażąco niskiej ceny można mówić również, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (por. np. KIO 865/17).

Niezależnie od powyższego odwołujący zarzucił (jak stwierdził „w ślad za powołanym orzeczeniem Izby (por. KIO 132/17)”), że sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Zdaniem Odwołującego działania mPay, oprócz wskazanych niezgodności z prawem, są także działaniami sprzecznymi z dobrymi obyczajami, co potwierdza staranna analiza wyjaśnień wykonawcy mPay, w których, jak się wydaje nieprzypadkowo, porównuje się wartości netto z brutto czy abstrahuje się od obciążeń podatkiem VAT za wysyłkę wiadomości SMS.

Zamawiający poinformował Izbę, że 12 marca 2019 r. przekazał kopię odwołania drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom.

15 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez mPay S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Zamawiający na posiedzeniu nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o jego oddalenie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odwołaniu (lub załącznikach do niego) adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu badania przez Zamawiającego, czy oferta mPay nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzupełniając ustalono, co następuje:

- bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia 700 tys. zł, co odpowiada oszacowanej na 439024,39 zł wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT;

- mPay złożył ofertę z ceną wynoszącą 266.400,00 zł (wskaźnik prowizji na poziomie 1,48%).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnotować jednak należy, że Izba pozostawiła bez rozpoznania sprecyzowany w końcowej części uzasadnienia odwołania zarzut, że złożenie oferty przez mPay stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że zarzut ten był już przedmiotem rozpoznania w poprzedniej sprawie odwoławczej, prowadzonej pod sygnaturą KIO 260/19, pomiędzy tymi samymi stronami w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a z wyroku wydanego przez Izbę 26 lutego 2019 r. wynika, że m.in. w tym zakresie poprzednie odwołanie SkyCash zostało oddalone.

Izba nie uwzględniła również wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii w przedmiocie zakresu stosowania ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, a także stosowania wynikających z tej ustawy środków bezpieczeństwa finansowego. Choć opinia ta została tym razem zgłoszona w kontekście konieczności poniesienia kosztów systemu informatycznego przez wykonawcę zamówienia, w istocie nie odnosi się do tej kwestii, gdyż w poprzedniej sprawie odwoławczej została złożona w związku z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty mPay, której wybór miałby naruszać bezpieczeństwo lub istotny interes bezpieczeństwa państwa z uwagi na niespełnienie wymogów wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 1, art. 42 i art. 74 ust. 1 przywołanej powyżej ustawy.

Natomiast Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty mPay na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach złożonych w trybie 90 ust. 1 i 2 pzp wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.

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

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji

pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty mPay odbiega od ubruttowionej wartości zamówienia znacząco więcej niż 30%, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Wykonawcę nakładało obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w

kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarceniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Izba zważyła, że Odwołujący adekwatnie zidentyfikował nierzetelne lub nieprzekonujące elementy wyjaśnień, a przede wszystkim trafnie zakwestionował brak wzięcia pod uwagę istotnych dla realizacji tego zamówienia kosztów, przy jednoczesnym bezpodstawnym wykazywaniu istotnej dla zbilansowania kosztów kwoty jako realnego przychodu.

Po pierwsze, pomimo że 60% transakcji ma być opłacanych za pośrednictwem tzw. portmonetki, mPay w ogóle nie wykazał kosztów związanych z jej zasilaniem metodami innymi niż obciążenie karty, czyli przede wszystkim zwykłymi przelewami, co do których zastrzeżono w s.i.w.z., że koszty ich realizacji nie mogą obciążać użytkowników systemu opłat za parkingi. Co więcej, w tym zakresie sytuacja nie uległa zmianie również po ponownym wezwaniu, gdyż w drugich wyjaśnieniach mPay nadal nie odniósł się do tych kosztów, twierdząc, że takich kosztów nie ponosi. Należy przy tym podkreślić, że załączone do pierwszych wyjaśnień oświadczenie głównej księgowej mPay potwierdza li tylko, że system tzw. portmonetek został w całości zamortyzowany w latach ubiegłych, czyli odnosi się do kwestii braku konieczności ponoszenia kosztów z wdrożeniem takiego rozwiązania informatycznego specjalnie na potrzeby realizacji tego zamówienia.

Dopiero w toku postępowania Przystępujący dostrzegł lukę w swoich dotychczasowych wyjaśnieniach i – nie mając innego wyjścia – zaczął twierdzić, że zasilanie tzw. portmonetki dlatego nie będzie dla niego generowało żadnych kosztów, gdyż już na dzień składania pierwszego wezwania dysponował ustnym zapewnieniem jednego z banków, który zobowiązał się nie pobierać za obsługę tych przelewów żadnych opłat. Na potwierdzenie złożył na rozprawie oświadczenie Banku PKO S.A. z siedzibą w Warszawie. Zdaniem Izby Przystępujący, wbrew swojej intencji, potwierdził w ten sposób niekompletność wyjaśnień złożonych uprzednio Zamawiającemu, w których w ogóle nie odniósł się do tej kwestii, pomimo tego, że rzekomo dysponował już wtedy zapewnieniem banku. Natomiast uzupełnienie wyjaśnień dotyczących ceny dopiero w toku postępowania odwoławczego, w tym złożone w tym zakresie dowody, jak już powyżej wskazano, nie mogą być wzięte pod uwagę przez Izbę przy rozstrzygnięciu o prawidłowości oceny wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego.

Na marginesie Izba zauważa, że doświadczenie życiowe każe wątpić w to, aby bank za darmo obsługiwał przedsiębiorcę, co pośrednio zdaje się potwierdzać złożone przez bank oświadczenie, które referuje do bliżej nieznanych warunków, na których bank wyraża wolę niepobierania prowizji za prowadzenie rachunków na potrzeby tzw. portmonetki. Nie można zatem co najmniej wykluczyć, że w zamian mPay musiał zobowiązać się do określonych świadczeń na rzecz banku, względnie bank dzięki mPay będzie odnosił korzyści z innego tytułu. SkyCah, choć prowadzi działalność na większą skalę niż mPay (co było niesporne na rozprawie), jak wynika z dowodów załączonych do odwołania, ponosi z tytułu obsługi przez bank tzw. masowych płatności konkretne koszty, co wydaje się sytuacją typową.

Po drugie, mPay przyznał, że – wbrew treści pierwotnie złożonych wyjaśnień – koszt wysyłania wiadomości SMS obejmuje podatek VAT – twierdząc jednocześnie jakoby nie miało to znaczenia, gdyż będzie ten podatek odliczał w związku z zakupem usług telekomunikacyjnych. Nie tylko stanowi to zmianę pierwotnie złożonych wyjaśnień, ale przede wszystkim nie może być uznane za wystarczające, gdyż nie przedstawiono żadnych konkretnych informacji pozwalających na zweryfikowanie Zamawiającemu tego twierdzenia.

Po trzecie, wyjaśnienia mPay odnośnie ponoszonych kosztów osobowych również były niekompletne. Abstrahując od kwestii braku jasności, czy wykazywany koszt ponoszony na rzecz Grupy Lew jest kwotą brutto czy netto, na podstawie treści wyjaśnień nie można było uznać kwoty 2400 zł za adekwatną dla zespołu 3 osób, gdyż nie wynika z nich, w jakim wymiarze miałyby one wykonywać zadania związane z realizacją tego zamówienia. Stąd nie wiadomo na jakiej zasadzie Zamawiający uznał, że skalkulowano koszty pracy tych osób na poziomie nie niższym od minimalnej stawki godzinowej według stosownych przepisów. Należy zauważyć, że zawarte w listopadowych wyjaśnieniach oświadczenia dotyczy własnych pracowników mPay. Nawet w toku postępowania odwoławczego Przystępujący ograniczył się wyłącznie do polemiki z odwołaniem (gdzie założono zatrudnienie każdej z tych osób odpowiadające pełnemu etatowi), twierdząc, że udostępnione osoby nie przestaną wykonywać pracy na rzecz Grupy Lew i osiągać z tego tytułu wynagrodzenie. Nadal jednak nie konkretyzując, w jakim wymiarze założył zaangażowanie tych osób w związku z realizacją tego zamówienia.

Po czwarte, z uwagi na powyższe okazuje się, że kalkulacja opłacalności wykonania zamówienia przez mPay opiera się na założeniu osiągnięcia przychodu w wysokości 50 tys. zł od innego przedsiębiorcy, Finanteq S.A. z siedzibą w Lublinie, który w przypadku udzielenia tego zamówienia mPay wyraził zainteresowanie przeprowadzeniem integracji swoich rozwiązań z platformą mPay. Zamawiający przyznał na rozprawie, że przy ocenie złożonych wyjaśnień uznał, że kwota ta stanowi realny przychód wykonawcy. Najwyraźniej umknęło uwadze Zamawiającego, że Finanteq wyraził jedynie zainteresowania podjęciem z mPay negocjacji co do integracji rozwiązań informatycznych. Natomiast samo wskazanie w treści oświadczenia konkretnej kwoty nie oznacza, że Finanteq w sposób prawnie wiążący zobowiązał się do jej wypłaty na rzecz mPay ani tym bardziej na jakich warunkach. Stąd nie było podstaw prawnych, aby uznać, że mPay otrzymał od Finanteq ofertę w rozumieniu Kodeksu cywilnego, czyli złożone drugiej stronie oświadczenie woli zawarcia umowy, które musi również określać istotne postanowienia tej umowy (vide art. 66 § 1 kc).

Izba uznała również za zasadny w przeważającej mierze zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp przez umożliwienie mPay uzupełnienia lub zmiany pierwotnie złożonych wyjaśnień, które nie wykazywały, że cena oferty nie jest rażąco niska, wbrew obowiązkowi prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Również w kontekście tego zarzutu zaznaczenia wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień, za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść wyjaśnień z 26 listopada 2018 r., gdyż pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkowało powinno obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego, bez

stwarzania mPay kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W tej sprawie niewątpliwie dwie pierwsze kwestie objęte ponowionym wezwaniem były związane z wadliwością lub niekompletnością złożonych pierwotnie wyjaśnień, która wynikała z niedołożenia przez mPay należytej staranności przy ich formułowaniu w odpowiedzi na prawidłowo sformułowane wezwanie Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 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 (t.j. z 2018 r. Dz. U. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy, z ograniczeniem jego wysokości do kwoty maksymalnej wynikającej z ostatniego z powyżej wymienionych przepisów.

Przewodniczący:.....