

WYROK

z 7 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Monika Kawa - Ogorzałek
Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 4 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 lutego 2022 roku przez odwołującego: Pango Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczna Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Pango Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Miasto Stołeczna Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego (SP PN) w Warszawie z wykorzystaniem platform / kanałów mobilnych”, numer: ZDMUM/DZP/31/PN/8/21, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 maja 2021 r. pod numerem: 2021/S 096-251173.

21 lutego 2022 r. wykonawca Pango Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie dotyczące części 6 postępowania, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niewłaściwe ustalenie stanu faktycznego i błędną ocenę, że treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji podlegała odrzuceniu, podczas gdy prawidłowa ocena treści oferty prowadziła do wniosku, że spełnia ona wszelkie wymagania określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ);
2. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 pkt 1 i 32 Pzp oraz art. 239 ust. 2 Pzp przez niewłaściwą wykładnię przepisów ustawy i uznanie, że złożona przez Zamawiającego oferta zawierająca prowizję w wysokości minus 0,01 % była niezgodna z przepisami Pzp ponieważ nie odpowiadała definicji zamówienia oraz ceny oraz umowy o zamówienie publiczne, wskazanych w ustawie Pzp, a także nie pozwalała na wybór oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji jej odrzucenie;
3. art. 224 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, kiedy z treści decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty wynikało, że Zamawiający uznał ujemną prowizję zaproponowaną przez Odwołującego w ofercie za cenę nienormatywną tj. niższą od potencjalnie najniższej dodatniej;
4. art. 255 pkt 3 Pzp przez unieważnienie postępowania w części 6 przez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Zamawiającego spełniała warunki postępowania i nie przekraczała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylecia decyzji o unieważnieniu postępowania w części 6 zamówienia;
2. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w części 6 postępowania oraz ponowne przeprowadzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący 15 września 2021 roku za pośrednictwem platformy zakupowej Market Planet złożył Zamawiającemu oferty w części pierwszej, czwartej i szóstej zamówienia. Zgodnie z instrukcją przedstawioną w SWZ, Odwołujący wypełnił formularz oferty i wczytał na platformie zakupowej dokumenty stanowiące załączniki do oferty. Ze względu na okoliczność, że platforma zakupowa Zamawiającego nie dawała możliwości wprowadzenia ujemnej prowizji i ceny oferty bezpośrednio w formularzu, Odwołujący złożył wraz z ofertą pismo wyjaśniające.

Zamawiający od 15 września 2021 roku do 11 lutego 2022 roku w stosunku do Odwołującego wykonał tylko jedną czynności, tj. wezwał Odwołującego do przedłużenia okresu związania ofertą, co Odwołujący uczynił. Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy też złożenia jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących złożonej oferty.

Pismem z 11 lutego 2022 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia określonymi w pkt. 8.2.1.1. i pkt 12.4 SWZ oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 z uwagi na niezgodność oferty z przepisami Pzp tj. z art. 7 pkt 1 i 32 Pzp oraz art. 239 ust. 2 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że otrzymał od Odwołującego pismo z 14 września 2021 roku zatytułowane „Wyjaśnienia w zakresie wynagrodzenia część 6”, w której Odwołujący sprecyzował, że oferuje wykonanie zamówienia w części szóstej na następujących warunkach:

- 1) prowizja: - 0,01 % (słownie: minus jedna setna procenta),
- 2) cena oferty netto: - 914,63 zł (słownie: minus dziewięćset czternaście, 63/100),
- 3) cena oferty brutto: -1 124,99 złotych (słownie: minus jeden tysiąc sto dwadzieścia cztery, 99/100).

Odwołujący w powyższym piśmie z 14 września 2021 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że platforma zakupowa, którą posługuje się Zamawiający, nie pozwalała na wskazanie w części szóstej wynagrodzenia ujemnego, w związku z czym wskazane zostały wartości bez znaku minus ale zamiarem Odwołującego było złożenie oferty jak na warunkach wskazanych w piśmie. Odwołujący wskazał, że wpisanie w treści formularza ceny bez znaku minus wynikało z niedoskonałości narzędzia informatycznego udostępnionego przez Zamawiającego.

Z powyższego stanowiska Zamawiającego jasno wynikało, że miał on świadomość pełnej treści złożonej oferty, którą odczytał jednoznacznie i zgodnie z intencją Odwołującego tj. jako złożenie oferty o ujemnej wartości prowizji i ceny.

Zarzut 1

Zamawiający wskazał, że oferty w postępowaniu, zgodnie z pkt 8.2.1.1. SWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć za pośrednictwem udostępnionego formularza ofertowego udostępnionego na platformie, a zgodnie z pkt 12.4. SWZ wykonawca nie może w formularzu ofertowym oraz jego załącznikach samodzielnie zmieniać, pomijać lub wprowadzać dodatkowych zmian, pod rygorem odrzucenia oferty. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że celowo nie dopuszczał złożenia ofert z prowizją ujemną gdyż byłaby ona niezgodna z art. 7 pkt 1 i pkt 32 Pzp.

Przedstawione przez Zamawiającego stanowisko nie zostało potwierdzone w SWZ. Zamawiający nie wskazał w SWZ, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzucone zostaną oferty zawierające cenę równą zero lub ujemną. Odwołujący spełnił wszystkie wymagania dotyczące ceny wskazane w SWZ, w szczególności wynikające z pkt 12 SWZ. Podana przez Odwołującego w treści oferty prowizja została wskazana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, ceny zostały wyrażone w walucie polskiej PLN i wskazywały zarówno wartość brutto jak i wartość netto. Odwołujący nie dokonał przy tym żadnych modyfikacji formularza ofertowego, w szczególności nie zmienił, nie wprowadził ani nie pominął żadnych pozycji. Oferowana cena została wprowadzona w sposób określony przez Zamawiającego. Jednakże ze względu na problemy ze wskazaniem wartości ujemnej wskaźnika prowizji oraz ceny, których Odwołujący pierwotnie nie mógł zamieścić w formularzu oferty z uwagi na niedoskonałości narzędzia informatycznego udostępnionego przez Zamawiającego, zostały przez niego wyczerpująco i jasno wyjaśnione w piśmie z 14 września 2021 roku, które zostało złożone wraz z ofertą.

Brak postanowień SWZ dotyczących zakazu składania ofert z prowizją ujemną nie mógł być uzupełniony przez brak właściwej funkcjonalności systemu. W konsekwencji brak właściwej funkcjonalności w narzędziu informatycznym oferowanym przez Zamawiającego należało oceniać w kategorii błędu po stronie Zamawiającego i to Zamawiającego ten błąd powinien obciążać.

Z powyższej analizy jasno wynika, że dopuszczalne było złożenie oferty, w której prowizja lub cena miały wartości ujemne. Składając swoją ofertę Odwołujący nie naruszył postanowień SWZ, albowiem w żadnym zakresie nie dokonywał modyfikacji udostępnionego formularza.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że podstawę prawną odrzucenia stanowił art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zastosowanie tej podstawy w stosunku do oferty wykonawcy jest możliwe tylko w przypadku, gdy w dokumentach zamówienia istniało postanowienie, które nakłada na wykonawcę obowiązek określonego działania lub zaniechania.

Zamawiający próbował pośrednio wywieść istnienie odpowiedniego zakazu z postanowień pkt 8.2.11 i pkt 12.4 SWZ, czy też wzoru umowy, ale nie sposób było odnaleźć w nich zakazu stosowania prowizji ujemnej. Wniosek o dopuszczalności składania ofert, w których cena ma wartość ujemną lub zerową, w sytuacji braku odmiennego zastrzeżenia przez Zamawiającego w SWZ, został potwierdzony w orzecznictwie. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przytoczył szereg wyroków KIO.

Zamawiający zdawał się niejako interpretować konieczność podawania cen dodatnich na tej podstawie, że w udostępnionym przez niego w formularzu ofertowym, składanym za pośrednictwem platformy nie było możliwości wpisania wartości ujemnych. Brak takiej możliwości wynikał z funkcji narzędzia informatycznego, którym posługiwał się Zamawiający, co potwierdził pracownik Market Planet podczas rozmowy telefonicznej z 17 lutego 2022 roku.

Na Zamawiającym ciążyą obowiązki związane z prawidłowym i wyczerpującym uregulowaniem przedmiotu zamówienia w SWZ. Naturalną konsekwencją takiego założenia jest wniosek, także wynikający z utrwalonej i jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, że braki lub nieścisłości w SWZ nie mogą obciążać podmiotu, który w danym postępowaniu składa swoją ofertę. W takiej sytuacji to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za niewyjaśnione przez niego wątpliwości dotyczące przedmiotu konkretnego zamówienia i warunków jego realizacji. Podobnie w przypadku błędów w działaniu narzędzia informatycznego, które miało służyć do komunikacji z Zamawiającym czy też składania ofert — to Zamawiającego obciążały wszystkie błędy w funkcjonowaniu takiego narzędzia.

Gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego, że stosowne zastrzeżenia zostały niejako dodane przez taką, a nie inną konfigurację formularza do składania ofert przez system informatyczny, doszłoby do sytuacji, w której Zamawiający mógłby obchodzić ustawowe wymagania przewidziane dla SWZ, w szczególności wynikający z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp, mówiący o obowiązku podania sposobu obliczania ceny. Co więcej system elektroniczny, którym posługiwał się Zamawiający nie stanowił elementu dokumentacji zamówienia, czy chociażby wyjaśnień do SWZ, w konsekwencji nie mógł modyfikować postanowień SWZ. Zarzut 2

Z analizy decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wynikało, że Zamawiający upatrywał niezgodności oferty z przepisami ustawy na płaszczyźnie cenowej tj. w ocenie Zamawiającego złożona oferta po pierwsze nie zawierała ceny w rozumieniu Pzp, po drugie w wyniku wyboru takiej oferty nie doszłoby do zawarcia umowy odpłatnej, o której mowa w definicji zamówienia w art. 7 pkt 32 Pzp, a po trzecie, nie byłoby możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej tj. uwzględniając najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, skoro nie było ceny.

W ocenie Odwołującego w pierwszej kolejności wyjaśnić należało mechanizm działania przedsiębiorstwa Odwołującego, który złożył ofertę z ujemną prowizją.

Odwołujący świadczy usługi pobierania opłat za postój za pośrednictwem telefonu komórkowego w 52 miastach w Polsce, w szczególności w Krakowie, Poznaniu, Wrocławiu, Katowicach, Gdańsku, Sopocie, Szczecinie. Spółka była częścią grupy kapitałowej, która świadczyła usługi związane z pobieraniem opłat za parkowanie przy pomocy telefonów komórkowych w innych krajach, m.in. w Izraelu i USA, następnie spółka nabyła autorskie prawa majątkowe do aplikacji/systemu oraz przejęła część personelu i od tego czasu jest samodzielnym podmiotem działającym na polskim rynku. Doświadczenie zdobyte w Polsce oraz na innych rynkach światowych pozwoliło na takie dopracowanie aplikacji mobilnej, aby była ona w pełni zautomatyzowana i mało awaryjna. W konsekwencji nie wymaga ona częstych ingerencji programistycznych, czy aktywnego nadzoru nad jej działaniem. W związku z czym, Odwołujący nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów związanych z rozbudową czy stworzeniem nowej aplikacji lub rozwoju dotychczasowej na potrzeby realizacji oferty. Ponadto koszty utrzymania aplikacji mobilnej rozkładają się na wszystkie miasta, w których Spółka świadczy usługi, a co za tym idzie koszty stałe spółki dzielone są na 52 miasta, co pozwala na obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Skutkiem powyższych okoliczności są m. in. bardzo niewielkie koszty utrzymania działalności całej aplikacji, które oczywiście nie są równe zero czy ujemne, ale pozostają na tak niskim poziomie, że mogą zostać zrekompensowane przez Odwołującego z jego wpływów

związanych ze świadczeniem usług premium za pośrednictwem oferowanej aplikacji AnyPark.

Potencjalny dochód Odwołującego, z realizacji usług w ramach niniejszego postępowania, należy podzielić na dwie kategorie.

Pierwsza z nich to ewentualna prowizja od Zamawiającego, ustalona zgodnie ze wskaźnikiem prowizji i pomnożona przez pozostałe składowe określone we wzorze znajdującym się w pkt 12.1 SWZ. Wpływy z prowizji stanowiłyby jednak dla Odwołującego mniej istotną część dochodu. Druga kategoria to wpływy od użytkowników aplikacji, które stanowią przeważającą część zysków Odwołującego, tj. wpływy z abonamentów wykupionych przez tzw. użytkowników premium, którzy korzystają z dodatkowych funkcjonalności aplikacji.

Dotychczasowe doświadczenia Odwołującego z innych miast, pozwalają na oszacowanie dodatkowych dochodów spółki związanych z możliwością świadczenia usług na danym obszarze.

Możliwość oferowania usług premium na terenie m.st. Warszawy otworzy się przed Odwołującym w chwili, gdy jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji jednym ze świadczeń Zamawiającego, które ma dla Odwołującego wymierną korzyść i de facto stanowi jej główne źródło dochodu, jest możliwość zaoferowania potencjalnym użytkownikom usług aplikacji, w tym właśnie usług premium.

Odwołujący wskazał, że jego aplikacja z opcją premium używana jest także w innych krajach, w Izraelu z opcji premium korzysta ponad 10% wszystkich użytkowników. Przy tym założeniu na terenie m.st. Warszawy, Odwołujący szacuje, że ok 10% wszystkich użytkowników z Warszawy będzie korzystał z usługi premium, tj. ok 6.000 użytkowników. Koszt usługi premium to obecnie 6 złotych miesięcznie (w tym 6 zł + VAT dla klientów biznesowych, stanowiących zdecydowaną większość klientów premium). Odwołujący szacował, że dodatkowy dochód, jaki osiągnie z tytułu świadczenia usług dodatkowych na terenie Warszawy wyniesie ok 30 000,00 złotych miesięcznie. Przy zaoferowanej prowizji na poziomie -0,01 %, co daje łączną cenę brutto minus 1 124,99 zł Odwołujący w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia osiągnąłby dochód w wysokości 28 143,01 zł miesięcznie. W związku z powyższym dla Odwołującego kluczowym świadczeniem ze strony Zamawiającego nie jest wypłata prowizji za świadczone usługi, ale właśnie możliwość świadczenia usług premium na terenie m.st. Warszawa.

W rezultacie oferta Odwołującego mimo ujemnej ceny nie naruszała art. 7 pkt 1 i 32 Pzp ani art. 239 ust. 2 Pzp.

Zarzut 3

Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta odpowiadała wymaganiom stawianym dla przedmiotowego zamówienia, a zaproponowana cena była adekwatna, ale mimo to działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego bez wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, stało w sprzeczności z przepisami prawa, orzecznictwem krajowym i orzeczeniem TSUE w sprawie C-367/19 Tax-Fin-Lex d.o.o. przeciwko Ministrstvo za notranje zadeve.

W orzeczeniu tym Trybunał jednoznacznie wypowiedział się na temat tego jakie działania powinien podjąć Zamawiający w sytuacji, w której ma wątpliwości co do ceny zaproponowanej w ofercie. Trybunał wskazał, że definicja zamówienia publicznego, zawarta w dyrektywie, ma zastosowanie tylko i wyłącznie dla oceny, czy w danym postępowaniu bezpośrednio zastosowanie znajdują przepisy dyrektywy tzn. czy dochodzi do przekroczenia danego poziomu cenowego. W sytuacji, w której próg ten nie jest przekroczony, nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko na tej podstawie, że podana cena wynosi zero, a zatem, w ocenie Odwołującego, tym bardziej nie może skutkować takim orzeczeniem, gdy cena ta jest jeszcze niższa tj. przyjmuje wartość ujemną.

Działanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i na przyjęciu, że zaoferowana cena jest sprzeczna z definicją zamówienia publicznego i ceny w rozumieniu Pzp, a w konsekwencji, sprzeczna z wykładnią dyrektywy, doprowadziło do naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, w której Zamawiający był zobowiązany zastosować ten przepis. Brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny uniemożliwił mu wykazanie, że złożona przez niego oferta spełnia wszelkie wymagania stawiane dla przedmiotowego zamówienia, a także, że stanowi ona ofertę najkorzystniejszą.

Zarzut 4

Zamawiający unieważnił Postępowanie w cz. 6 z uwagi na fakt, że po odrzuceniu oferty Odwołującego, cena kolejnej oferty przekraczała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W kontekście naruszeń Zamawiającego związanych z badaniem i oceną oferty Odwołującego, decyzja o unieważnieniu był co najmniej przedwczesna. Gdyby oferta Odwołującego została poddana ocenie zgodnie z Pzp, a w konsekwencji wybrana, nie doszłoby w ogóle do wykorzystania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w tej części przez Zamawiającego i nie doszłoby do ziszczenia się przesłanki do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 Pzp.

4 marca 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut 1

Platforma Marketplanet i jej funkcjonalności były Zamawiającemu znane i Zamawiający posiadał wiedzę, że Platforma nie umożliwia wpisania ceny o wartości ujemnej. Zamawiający posiadał spersonalizowaną umowę z dostawcą Platformy e-Zamawiający, w której określono w załączniku nr 2 poziomy funkcjonalności. W zakresie postępowań klasycznych i sektorowych nie określono możliwości składania ofert z ceną ujemną. Tą okoliczność Odwołujący mógł sprawdzić na etapie przygotowywania ofert przez wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

Zamawiający przyjął pismo Odwołującego złożone wraz z ofertą z 14 września 2021 r. w którym Odwołujący wskazał, że oferuje wykonanie zamówienia w części szóstej za ujemną cenę.

Zgodnie z postanowieniami SWZ, w tym umowy, to Zamawiający dokona zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia miesięcznego na podstawie faktur VAT wystawianych za każdy miesiąc. Podanie ujemnej ceny spowodowałoby, że przy rozliczaniu comiesięcznym umowy to Odwołujący miałby zapłacić Zamawiającemu, a taka cena nie spełniała wymogów ustawy Pzp. Zmiana formy rozliczeń itp. to istotny element postanowień umowy, a zatem jego zmiana jest też obwarowana ograniczeniami wynikającymi z Pzp. Biorąc pod uwagę postanowienia projektowanych postanowień umowy (§ 9 ust. 2 pkt. 2, 7, 8, 9 i 10) to:

„2. Zamawiający przewiduje zmiany postanowień umowy w poniżej opisanym zakresie i przypadkach oraz zgodnie z warunkami ich wprowadzenia opisanymi poniżej:

- 2) zwiększenia popytu na usługi Wykonawcy związane z pobieraniem opłat za postój w SPPN — zmianę w zakresie wartości wynagrodzenia. o której mowa w ust. 2,
- 7) zmiany w zapisach aktów prawnych, mających wpływ na umowę - zmianę umowy w zakresie wymagań systemu oraz terminów realizacji Przedmiotu Zamówienia o czas konieczny dla wprowadzenia zmian w systemie;
- 8) gdy istnieje możliwość zastosowania nowszych i korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań technologicznych lub technicznych, niż te istniejące w chwili podpisania umowy - zmianę umowy w zakresie wymagań systemu z terminu realizacji Przedmiotu Zamówienia;
- 9) w przypadku zaistnienia siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu zamówienia w terminach określonych w umowie - zmianę terminów realizacji przedmiotu zamówienia stosownie do czasu trwania siły wyższej.
- 10) sposobu rozliczeń umowy, terminu rozliczeń umowy w przypadku zaistnienia okoliczności:
 - a) zmiany OPZ lub obowiązków, o których mowa w 5 umowy, w trakcie realizacji umowy,
 - b) zmiany terminu realizacji na podstawie pkt. 7, 8 lub 9 powyżej,

- odpowiednio do tego jak okoliczności te mają wpływ na sposób rozliczeń umowy lub termin rozliczeń umowy”.

Zatem umowa nie przewidywała nawet możliwości zmian jej postanowień w tym zakresie.

Jak wskazał Zamawiający w odrzuceniu oferty Odwołującego to przyjęcie oferty z ceną ujemną spowodowałoby również brak możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż zgodnie z przepisem art. 239 ust. 2 Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem, zaś w ofercie wykonawcy (Odwołującego) nie było ceny w rozumieniu Pzp, którą ma zapłacić Zamawiający za realizację zamówienia.

W związku z powyższym przedmiotowy zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut 2

Z odwołania wynikało, że Odwołujący upatrywał swojego zysku jedynie ww. usłudze premium, którą dopiero jedynie w przypadku zawarcia umowy z Zamawiającym będzie mógł oferować klientom. Nie można tutaj było mówić o pewności zysku. Zdarzenie, które opisał Odwołujący jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Nawet jeśli zysk mógłby nie pochodzić bezpośrednio od Zamawiającego tylko od osób trzecich (co w sprawie nie mogło być uznane za prawidłowe — o czym poniżej) to musi być on pewny w sytuacji prawidłowego zrealizowania usług przez Odwołującego będącego przedmiotem umowy. W sytuacji opisanej w odwołaniu chęć skorzystania przez klientów z usług dodatkowych Odwołującego, które nie są przedmiotem umowy w postępowaniu nie jest zdarzeniem pewnym.

Odwołujący wskazał w ofercie cenę ujemną, a nie udzielił/nie wskazał jakichkolwiek upustów/zniżek dla Zamawiającego itp., które powodowałyby, że Odwołujący zaoferował spełnienie świadczenia za cenę (w rozumieniu Pzp), ale jednocześnie dał Zamawiającemu upust/zniżkę itp. przez co jego cena stałaby się ceną niższą.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, do której odsyła art. 7 pkt. 1 Pzp w zakresie rozumienia ceny w rozumieniu Pzp stanowi, że:

„1. Użyte w ustawie określenia oznaczają:

1) cena - wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę;

2. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową”.

Zatem, jeśli w art. 7 pkt. 1 Pzp zdefiniowano cenę wyłącznie jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeśli jest on należny to należało uznać, że cena odnosząca się do oferty powinna zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych o określonej wartości (z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeśli jest należny). Dlatego podanie oferty jako wartości ujemnej było niezgodne z wymogiem podawania ceny wyrażanej w jednostkach pieniężnych. Stąd cena ofertowa Odwołującego nie była ceną w rozumieniu ustawy, a zatem jej wskazanie było niezgodne z warunkami zamówienia.

Zarzut 3

Zamawiający nie wzywał do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie przepisu art. 224 Pzp, bowiem uznał, że Odwołujący w ogóle nie złożył oferty z ceną w rozumieniu Pzp. Zatem Zamawiający nie mógł podjąć wątpliwości, że cena w ofercie Odwołującego była rażąco niska. Zamawiający nie miał po pierwsze w stosunku do czego podjąć wątpliwości, o których mowa w przepisie art. 224 Pzp, a po drugie nie miał czego badać. W związku z powyższym wszelkie argumenty Odwołującego w tym zakresie były bezprzedmiotowe i nie zasługiwały na ich uwzględnienie.

Zarzut 4

Wobec wykazania prawidłowości działania Zamawiającego w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1 — 3 odwołania i prawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający postąpił prawidłowo unieważniając postępowanie z uwagi na brak wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Odwołującego wraz z załącznikami,
3. informacji 11 lutego 2022 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania,
4. dowodów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia zastrzegając przy tym, że każdy z wykonawców może złożyć oferty w ramach trzech części postępowania.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (Rozdział IV SWZ):

1. „Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Operatora Systemu pobierania opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego za pomocą platform / kanałów mobilnych, w okresie po zawarciu umowy, nie wcześniej niż od 01.12.2021 r. do 31.12.2024 r.
2. Zamówienie podzielone jest na osiem identycznych (tożsamy) części.
3. Przedmiot zamówienia dla każdej z części dotyczy pobierania opłat w ramach puli 1,5 mln (jeden milion pięćset 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.
4. Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie obsłużone transakcje (tj. za transakcje, które faktycznie miały miejsce i za które przekazał środki Zamawiającemu”).

Zgodnie z punktem 12.1 SWZ „Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o przedstawiony Opis Przedmiotu Zamówienia (Rozdział IV SWZ) i uznaje się, że pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia - odpowiednio na daną część.

Wykonawca podaje w ofercie cenę ofertową brutto (COB) obliczoną w oparciu o deklarowany wskaźnik prowizji uwzględniający podatek VAT w wysokości 23%, wyliczoną na potrzeby porównania ofert wg wzoru:

$$(([WP] \times [WJ] \times [LT]) = [COB]))"$$

Symbole we wskazanym wzorze oznaczały:

WP - wskaźnik prowizji - była to jedyna wartość jaką mieli wskazać wykonawcy;

WJ - średnia wysokość opłaty za postój - średnia wartość jednostkowa transakcji ustalona przez Zamawiającego w wysokości 7,50 zł;

LT - szacunkowa liczba transakcji w jednym roku kalendarzowym - wartość określona przez Zamawiającego w wysokości 1,5 mln.

Zgodnie z wzorem formularza oferty wykonawcy mieli podać cenę netto i cenę brutto, przy czym okolicznością niesporną między stronami był fakt, że formularz ofertowy udostępniony przez platformę Marketplanet nie umożliwiał wpisania w tym zakresie wartości ujemnych.

Dla oceny zasadności zarzutów istotne były następujące postanowienia SWZ:

„12.2. Cenę oferty netto Wykonawca uzyska pomniejszając cenę oferty brutto o należny podatek VAT (23%).

12.3. Wykonawca w formularzu oferty powinien podać cenę oferty netto i brutto oraz podatek VAT.

12.4. Wykonawca nie może w formularzu ofertowym oraz w załączniku do formularza ofertowego samodzielnie zmieniać, pomijać lub wprowadzać dodatkowych pozycji (pod rygorem odrzucenia oferty).

12.5. Wykonawca składa wraz z ofertą wypełniony załącznik do formularza ofertowego (załącznik nr 7 do SWZ) - odpowiednio na składaną część zamówienia.

12.6. Cena oferty musi obejmować koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac.

12.7. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Wykonawca, składając ofertę, ma obowiązek wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą Wykonawcy, będzie miała zastosowanie. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, do ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną dolicza się podatek od towarów i usług, który Zamawiający miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

12.8. Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN), w złotych polskich będą prowadzone również rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

12.9. Wszystkie wartości, w tym w szczególności wskaźnik prowizji, powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”.

„18.1. Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5% ceny ofertowej w następujących formie/formach, w zależności od wyboru Wykonawcy (...).”

Odwołujący w złożonej Zamawiającemu za pośrednictwem platformy zakupowej ofercie wskazał cenę netto: 914,63 zł, stawkę VAT 23,00 % i cenę brutto 1 124,99 zł.

W wyjaśnieniu złożonym razem z ofertą Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta w rzeczywistości dotyczy następujących warunków cenowych:

„a) prowizja - - 0,01% - słownie minus jedna setna procenta;

b) cena oferty netto - - 914,63 słownie złotych: minus dziewięćset czternaście, 63/100;

c) cena oferty brutto — 1 125,00 złotych - słownie złotych: minus jeden tysiąc sto dwadzieścia pięć, 00/100”.

Odwołujący wskazał ponadto:

„Uprzejmie wyjaśniam, że platforma zakupowa, którą posługuje się zamawiający nie pozwala na wskazanie w części szóstej wynagrodzenia ujemnego, w związku z czym wskazane zostały wartości bez znaku „-”. Wykonawca oświadcza, że jego zamiarem jest złożenie oferty na warunkach wskazanych powyżej. Wpisanie w treści formularza ofertowego wartości bez znaku minus - wynika z niedoskonałości narzędzia informatycznego, jakim posługuje się zamawiający - nie stanowi tym samym złożenia dwóch różnych ofert w części 6 zamówienia”.

Pismem z 11 lutego 2022 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia określonymi w pkt. 8.2.1.1. i pkt 12.4 SWZ oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 z uwagi na niezgodność oferty z przepisami ustawy Pzp tj. z art. 7 pkt 1 i 32 Pzp oraz art. 239 ust. 2 Pzp. W uzasadnieniu dokonanej czynności Zamawiający wskazał:

„Opisywane w wyjaśnieniach Wykonawcy stanowisko, jakoby brak możliwości złożenia oferty z prowizją ujemną wynikał z niedoskonałości narzędzia informatycznego jest niezgodne z prawdą. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert z prowizją ujemną, co powodowałoby w konsekwencji obowiązek Wykonawcy do wypłaty Zamawiającemu wynagrodzenia miesięcznego.

Zgodnie z art. 7 ustawy Pzp:

1) pkt 32 przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług;

2) pkt 1 przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, zaś na podstawie ust. 2 tego artykułu w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

W przypadku ceny o wartości ujemnej nie zostały zachowane warunki zawarte w jej definicji zamówienia, czyli obowiązek zapłaty na rzecz przedsiębiorcy lub osoby niebędącej przedsiębiorcą oraz uwzględnienie w cenie podatku VAT.

Potwierdzają to zapisy SWZ, gdyż zgodnie z § 3 ust. 3 i 4 wzoru umowy Zamawiający dokona zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia miesięcznego na podstawie faktur VAT wystawianych za każdy miesiąc w terminie 21 dni od daty wpływu lub złożenia w kancelarii Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT lub przesłania ustrukturyzowanej faktury elektronicznej za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania (...).

Przyjęcie oferty z ceną ujemną spowodowałoby również brak możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż zgodnie z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem, zaś w ofercie wykonawcy nie ma ceny w rozumieniu ustawy Pzp, która ma zapłacić Zamawiający za realizację zamówienia”.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z części 6 postępowania była prawidłowa.

Z przytoczonych wyżej postanowień SWZ wynika, że Zamawiający, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie dopuścił ofert z cenami ujemnymi. Wprost świadczy o tym punkt 18.1 SWZ, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5% ceny ofertowej. Zamawiający nie przewidział odstępstw od tego obowiązku, a wniesienie takiego zabezpieczenia przy cenie ujemnej nie byłoby możliwe. Nie można się przy tym zgodzić z Odwołującym, że brak

jasnego zakazu składania ofert z cenami ujemnymi traktować należy jako przyzwolenie na takie oferty. Stanowisko takie jest błędne, a ponadto sprzeczne z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178) do którego odsyła art. 7 pkt 1 Pzp.

Z przepisu powyższego wynika, że:

1. Cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę;
2. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Tym samym na gruncie przepisów Pzp niedopuszczalna co do zasady jest sytuacja, w której to wykonawca płaci zamawiającemu za realizację przedmiotu zamówienia na rzecz tego zamawiającego. Tymczasem Odwołujący wprost przyznał, że właśnie do takiej sytuacji by doszło, gdyby jego oferta została wybrana do realizacji. Nie ma przy tym znaczenia, że mimo ujemnej ceny Odwołujący prawdopodobnie uzyskałby zysk. Zdaniem Izby rację miał Zamawiający twierdząc, że Odwołujący założył dodatni bilans realizacji zamówienia opierając się na zdarzeniu przyszłym i niepewnym. Tylko w taki sposób można traktować przyjęcie, że realizacji oferty pozwoli na zarobek, gdy odpowiednia ilość klientów skorzysta z oferowanych usług wersji premium aplikacji Odwołującego. Izba nie kwestionuje przy tym dotychczasowych doświadczeń Odwołującego z których wynika, że pewien, względnie stały odsetek klientów decyduje się na zakup opcji premium aplikacji. Jednak w obliczu wyjątkowo niestabilnej sytuacji polityczno-gospodarczej w Europie przyjęcie, że zakładany zysk będzie miał charakter przyszły i pewny byłoby jednak przesadnym optymizmem.

Zamawiający nie dopuścił ponadto, by wykonawcy oparli kalkulacje cen ofert na założeniu zysków pochodzących od podmiotów innych niż sam Zamawiający. Dlatego też, mimo, że oferta Odwołującego z biznesowego punktu widzenia mogła być korzystna dla Zamawiającego, to była ona sprzeczna zarówno z przepisami Pzp jak i z postanowieniami SWZ, a to z kolei obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia.

Zamawiający zasadnie przy tym uznał, że oferta Odwołującego nie zawierała ceny w rozumieniu przepisów Pzp, a w konsekwencji nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień ceny w zakresie części 6 postępowania.

W konsekwencji Izba uznała, że wszystkie zarzuty odwołania podlegają oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....