

Sygn. akt: KIO 1492/22

Sygn. akt: KIO 1496/22

WYROK

z dnia 28 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Joanna Gawdzik-Zawalska

Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2022 r. przez odwołujących:

- A. Pango Polska sp. z o.o., Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa (KIO 1492/22),
- B. Flowbird Polska sp. z o.o., ul. Brukowa 12 lok. 11, 91-341 Łódź (KIO 1496/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa,

przy udziale wykonawcy:

- 1) mPay S.A., ul. Jasna 1/421, 00-013 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1492/22 i KIO 1496/22, po stronie

zamawiającego,

- 2) Flowbird Polska sp. z o.o., ul. Brukowa 12 lok. 11, 91-341 Łódź, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1492/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. w sprawie KIO 1492/22 oddala odwołanie,
2. w sprawie KIO 1496/22 uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części nr 1 postępowania: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Flowbird Polska sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. w sprawie KIO 1492/22 kosztami postępowania obciąża odwołującego: Pango Polska sp. z o.o., Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa, i:

3.1. 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,

3.2. zasądza od odwołującego: Pango Polska sp. z o.o., Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa, na rzecz zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

4. w sprawie KIO 1496/22 kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, i:

4.1. 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,

4.2. zasądza od zamawiającego: Miasta Stołecznego Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, na rzecz odwołującego: Flowbird Polska sp. z o.o., ul. Brukowa 12 lok. 11, 91-341 Łódź, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1492/22

Sygn. akt: KIO 1496/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pobieranie opłat za postój w strefie płatnego parkowania niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych”, numer referencyjny: ZDMUM/DZP/31/PN/8/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.05.2021 r., nr 2021/S 096-251173.

W dniu 03.06.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

A. Pango Polska sp. z o.o., Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa (zwany dalej: „odwołującym Pango”) - KIO 1492/22,

B. Flowbird Polska sp. z o.o., ul. Brukowa 12 lok. 11, 91-341 Łódź (zwany dalej: „odwołującym Flowbird”) - KIO 1496/22.

Odwołanie Pango - sygn. akt KIO 1492/22.

Odwołujący Pango zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez uznanie, że oferta odwołującego zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo iż odwołujący w piśmie z 08.11.2021 r. złożył obszerne wyjaśnienia, w których wykazał, że zaproponowana cena oferty nie jest rażąco niska, a odwołujący osiągnie zysk z realizacji zamówienia,

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez uznanie, że oferta odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy nie ziszczyły się przesłanki do uznania, że zachowanie odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to jest że jego działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i przepisami prawa oraz stanowi zagrożenie lub naruszenie interesów przedsiębiorców lub klientów w postaci subsydiowania skośnego.

W szczególności odwołujący Pango wskazał, co następuje.

„2. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego planował on przeznaczyć na realizację Zamówienia, kwotę 25.000,00 złotych.

3. W Postępowaniu wpłynęły łącznie 3 oferty, w których wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu Zamówienia odpowiednio za cenę:

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena oferty
1	PANGO POLSKA sp. z o.o. , Al. Solidarności 117/207, 00-140 Warszawa	33.749,99
2	FLOWBIRD POLSKA sp. z o.o., Wincentego Rzymowskiego 31, 02-697 Warszawa	37.125,00
3	mPay SA, Jasna 1, 00-013 Warszawa	43.875,00

4. Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i 2 listopada 2021 roku wezwał Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. (...)

6. W wyjaśnieniach z 8 listopada 2021 roku, Odwołujący szczegółowo opisał w jaki sposób oszacował cenę oferty potwierdzając swoje wyliczenia licznymi dowodami w postaci — umów z dostawcami, faktur, ofert.

7. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że planuje udostępnić użytkownikom końcowym (kierowcom) nie tylko usługi podstawowe, który stanowiły wymogi SWZ, ale także usługi premium — AnyPark+, które należy zakwalifikować do usług towarzyszących. Do usług premium oferowanych przez Odwołującego należą:

- 1) znajdź parking — usługa raportuje na bieżąco stan miejsc parkingowych w wybranej lokalizacji;
- 2) iMoved — w momencie opuszczenia miejsca parkingowego, system przypomina o konieczności zakończenia naliczania opłaty za postój;
- 3) znajdź auto — aplikacja pozwala znaleźć samochód na parkingu;
- 4) faktury — użytkownik może pobrać fakturę zbiorczą dla wszystkich opłat z danego okresu rozliczeniowego przy użyciu samej aplikacji bez konieczności logowania się do systemu na stronie internetowej . Pobieranie faktur, dodatkowych raportów, konfiguracje indywidualne bezpośrednio z aplikacji będą realizowane w ramach pakietu premium. Możliwość zapoznania się z historią wniesionych opłat zgodnie z pkt. IV.5 opisu przedmiotu zamówienia za pomocą loginu i hasła na stronie internetowej będzie dostępne w ramach usług podstawowych;
- 5) zarządzanie flotą — użytkownik może zarządzać grupą pojazdów pod kątem rozliczeń za parkowanie przy użyciu aplikacji.

(...) 9. Na dzień obecny, aplikacja i funkcje dodatkowe są używane przez ok. 2.000 użytkowników z Warszawy i okolic. Szczegółowe dane dotyczące podmiotów z Warszawy i okolic, które korzystają już z usług w związku z parkowaniem w Warszawie jest przedstawiona w Załączniku numer 1 (tajemnica przedsiębiorstwa).

Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego jednoznacznie wynika, że osiągnie on dochód, który nie tylko pozwoli na pokrycie kosztów świadczenia usług, ale pozwoli również wygenerować zysk.

10. Jak wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie kwestionował przyjętych wyliczeń. Jedynym elementem, który w ocenie Zamawiającego został uznany za działanie nieprawidłowe było uwzględnienie w rachunku ekonomicznym Odwołującego prognozowanego dochodu z usług premium (zwanych też przez Zamawiającego usługami rozszerzonymi lub komercyjnymi).

11. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że Odwołujący przyznał, że będzie osiągał dochód nie tylko z wynagrodzenia wypłacanego w oparciu o 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, ale także z usług komercyjnych oferowanych kierowcom. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że koszty wykonawców w przedmiotowym Postępowaniu mogą być pokrywane jedynie przez Zamawiającego, co nie zostało jednak wskazane w żadnym postanowieniu SWZ.

12. SWZ zawierał zarówno definicję usług podstawowych jak i usług rozszerzonych. Zgodnie z SWZ:

1) usługi podstawowe to „usługi dostarczane Użytkownikom przez Operatora bezpłatnie, umożliwiające co najmniej: rejestrację w systemie, wnoszenie opłat za dowolną liczbę pojazdów, sprawdzenie historii wniesionych opłat, składanie reklamacji na działania Operatora, dostęp do serwisu infolinii Operatora (nie dotyczy opłaty za połączenie zgodnej z cennikiem operatora telefonii Użytkownika). Operatorowi nie wolno korzystać z tzw. numerów premium”.

2) usługi rozszerzone, usługi komercyjne, usługi towarzyszące, dostarczane Użytkownikom na ich wyraźne życzenie, jak na przykład: obsługa flot pojazdów, dodatkowe raporty, konfiguracje indywidualne, itp.

13. Literalne brzmienie definicji usług rozszerzonych prowadzi do wniosku, że katalog usług rozszerzonych jest otwarty i zależy od uznania każdego z wykonawców oraz jego możliwości technicznych.

14. SWZ nie zawiera więc zakazu świadczenia usług innych niż usługi pobierania opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie z wykorzystaniem platform mobilnych, jak również pobierania opłat za takie usługi dodatkowe (rozszerzone) od użytkowników. Wprowadzenie do SWZ definicji usług rozszerzonych oraz brak jakiegokolwiek postanowienia wprowadzającego zakaz pobierania opłat z tytułu usług rozszerzonych oznacza, że działanie to zostało przez Zamawiającego dopuszczone.

(...) 6. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że wszystkie z powyższych warunków zostały spełnione. W przypadku rynku usług pobierania opłat za parkowanie w SPPN, przysporzeniem gospodarczym dla Odwołującego, oprócz wynagrodzenia za świadczenie usług poboru opłat za parkowanie od Zamawiającego jest zwiększona możliwość oferowania usług premium na danym rynku (na największym rynku krajowym), tj. rynku warszawskim. Dla Odwołującego jest to realna i wyceniana wartość gospodarcza, ponieważ łatwiej i szybciej będzie mógł pozyskać klientów na usługi premium w przypadku, gdy będzie również oferował usługi pobierania opłat za parkowanie w SPPN. Zawarcie umowy o zamówienie publiczne jest natomiast jedyną prawnie dopuszczalną drogą, która pozwala na pobieranie opłat z tytułu parkowania w SPPN w Warszawie. W przypadku braku oferowania możliwości pobierania opłat za parkowanie przez Odwołującego, jego klienci będą musieli korzystać z dwóch aplikacji — innej dla pobierania opłat, a innej dla usług premium, co zawsze jest postrzegane jako utrudnienie z perspektywy użytkownika. Mając na uwadze te okoliczności sam dostęp do rynku SPPN w Warszawie ma dla Odwołującego wymierną wartość gospodarczą, który ma skwantyfikowany wymiar finansowy i stanowi świadczenie wzajemne w rozumieniu przepisów polskiego prawa.

7. Świadczeniem wzajemnym Zamawiającego jest powierzenie Odwołującemu możliwości pobierania opłat za parkowanie na terenie miasta stołecznego Warszawy, a zatem uczynienie go jednym z podmiotów zobowiązanych i uprawnionych do wchodzenia w relacje z klientami w tym zakresie.

(...) 9. Świadczenie Zamawiającego jest w sposób oczywisty egzekwowalne i prawnie wiążące, albowiem w toku trwania umowy nie może on powierzyć świadczenia takich usług innym podmiotom spoza grupy podmiotów wybranych w Postępowaniu lub wykluczyć Odwołującego od świadczenia takich usług. Jest to więc z jednej strony świadczenie polegające na działaniu tj. powierzeniu obsługi płatnego parkowania, a z drugiej zaś na zaniechaniu tj. powstrzymaniu się od powierzenia świadczenia tych usług innym podmiotom spoza kręgu wykonawców wybranych w niniejszym postępowaniu lub wykluczenia Odwołującego z ich świadczenia.

(...) 11. W niniejszej sprawie, źródłem dochodu dla Odwołującego będzie (i) prowizja od Zamawiającego z tytułu opłat za parkowanie oraz (ii) dochody Odwołującego uzyskane od

kierowców z tytułu świadczenia usług premium. Postanowienia dokumentacji zamówienia (SWZ, opisu przedmiotu zamówienia czy projektowanych postanowień umowy), takiego działania nie zabraniają. Co więcej, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zdefiniował pojęcie usług rozszerzonych/ usług komercyjnych, a co za tym idzie dopuścił świadczenie usług rozszerzonych. Zamawiający w pkt IV.5 opisu przedmiotu zamówienia ustanowił jedynie zakaz pobierania dodatkowych opłat z tytułu świadczenia usług podstawowych. Co oznacza, że dopuścił możliwość pobierania opłat za świadczenie usług komercyjnych — innych niż podstawowe.

13. Odwołujący podczas analizy ekonomicznej przed złożeniem oferty, dokonał szczegółowych obliczeń, które przyjął za podstawę złożonej oferty. Za podstawę wyceny,

Odwołujący przyjął doświadczenie z innych krajów i miast Polski. Aplikacja z opcją premium używana jest także w innych krajach, w Izraelu z opcji premium korzysta ponad 10% wszystkich użytkowników (załącznik numer 7 — pismo Pango Pay&Go). Przy tym założeniu, na terenie m.st. Warszawy, Spółka szacuje, że ok. 10% wszystkich użytkowników z Warszawy będzie korzystać z usługi premium, tj. ok. 6.000 użytkowników. Koszt usługi premium to 6 złotych miesięcznie. Spółka szacuje, że dodatkowy dochód, jaki osiągnie z tytułu świadczenia usług dodatkowych — AnyPark+ na terenie Warszawy wyniesie ok. 30.000,00 złotych miesięcznie. $(6.000 \times 6,00) / 1,23 = 29.268,00$ złotych)

A co za tym idzie, Spółka nie tylko osiągnie dochód z tytułu Wynagrodzenia w postaci prowizji z tytułu świadczenia usług podstawowych, tj. pobierania opłat za parkowanie, ale także z tytułu usług dodatkowych. Świadczenie usług dodatkowych będzie skutkowało osiągnięciem przez Spółkę dochodu w wysokości ok. 360.000,00 złotych rocznie. Uwzględniając dochód pochodzący z usług podstawowych, Odwołujący osiągnie korzyść w wysokości ok. 393.750,00 złotych, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów ponad te, które zostały wyszczególnione w załączniku do oferty, tj. 37.628,28 złotych rocznie. (...)

15. (...) Zbilansowanie tych wartości doprowadziło Odwołującego do wniosku, że odniesie on zysk w wysokości co najmniej 356.121,20 złotych rocznie.

16. Wskazać także należy, że zawarcie umowy z Zamawiającym otwiera przed Odwołującym możliwość oferowania swoich usług klientom flotowym, którzy w ramach warunków przystąpienia do złożenia oferty w przetargach prywatnych wymagają dysponowania możliwością pobierania opłat na terenie SPPN w Warszawie. Dochody pochodzące od podmiotów korporacyjnych pozwolą na dodatkowe zwiększenie dochodu Odwołującego ponad kwotę wskazaną w pkt 15 powyżej.

17. W tym przypadku, Odwołujący uzyska dochód ze świadczonych usług na poziomie pokrywającym wszystkie jego koszty oraz osiągnie znaczący zysk. A co za tym idzie, oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

(...) 1. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że działanie Odwołującego polegające na uwzględnieniu w modelu biznesowym dochodów ze świadczenia usług premium stanowi czyn nieuczciwej konkurencji — subsydiowanie skrośne, które według Zamawiającego polega na „pokrywaniu kosztów usług i dostaw dla jednej z grup odbiorców wpływami z umów od innych grup odbiorców”. Zamawiający jednocześnie wskazuje, że działanie zagraża interesom innym wykonawców, gdyż celem Odwołującego było uzyskanie dla siebie kontraktu, który będzie mu przynosił zysk ze sprzedaży usług dodatkowych, a nie wyłącznie z wynagrodzenia od Zamawiającego.

(...) 4. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia nawet z subsydiowaniem skośnym w rozumieniu Zamawiającego. Odwołujący oferuje swoje usługi zarówno Zamawiającemu (w zakresie usług podstawowych), jak i kierowcom korzystającym z usług płatnego parkowania (usługi premium). Zgodnie z przekazanymi wyjaśnieniami, Odwołujący osiągnie zysk ze świadczenia usług dodatkowych — usług premium, przy czym dzięki zawarciu umowy z Zamawiającym zysk ten może osiągnąć szybciej i w wyższej wysokości, niż bez takiej umowy. Każdy przedsiębiorca ma swobodę w sposobie wykorzystania swojego zysku. Może go wypłacić wspólnikom lub przeznaczyć na inną swoją działalność. Jest normalnym, że aby stworzyć nowy produkt czy wejść na nowy rynek, przedsiębiorca musi najpierw w to zainwestować. Może zainwestować swój zysk lub inne środki — np. uzyskane z pożyczek lub kredytów. Takie działanie jest normalnym zachowaniem przedsiębiorcy, który rozwija swoje produkty i usługi, a nie działaniem stanowiącym nieuczciwą konkurencję. Powyższe znajduje również potwierdzenie w doktrynie. (...) W niniejszej sprawie przeznaczenie części zysku uzyskanego z usług premium na pokrycie niewielkiej części kosztów świadczenia usług podstawowych przez ograniczony czas trwania umowy (37 miesięcy) z Zamawiającym jest działaniem w pełni uzasadnionym z perspektywy biznesowej. Dzięki pokryciu z zysku kosztów w wysokości 3.878 zł rocznie; Odwołujący planuje uzyskanie czystego zysku w wysokości 356.121,20 zł rocznie. Działanie takie jest niewątpliwie racjonalne i służy

rozwojowi przedsiębiorstwa Odwołującego.

(...) 6. Należy również podkreślić, że Zamawiający nie zakazał oferowania usług dodatkowych. Nie może zatem teraz twierdzić, że fakt oferowania takich usług przez Odwołującego narusza teraz konkurencję, skoro sam przewidywał taką możliwość, czemu dał wyraz w opisie przedmiotu zamówienia.

7. Co więcej Zamawiający już raz dopuścił tego typu sposób finansowania usług podstawowych w przypadku SkyCash Poland S.A. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych (...). Zamawiający nie tylko dokonał wówczas wyboru oferty SkyCash Poland S.A., który wycenił swoją ofertę w oparciu o podobny model finansowy (uwzględniając w modelu finansowym dochody pochodzące z prowizji pobieranej od zasilania wirtualnej portmonetki), ale także bronił tej decyzji przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 2401/19, ani też Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie XXIII Ga 185/20 nie dopatrzili się w takim działaniu czynu nieuczciwej konkurencji. (...)"

W związku z powyższym odwołujący Pango wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty mPay S.A. jako najkorzystniejszej w części nr 1,
- 2) unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz ponowne przeprowadzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, oraz po zakończeniu badania i oceny oferty nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie Flowbird - sygn. akt KIO 1496/22.

Odwołujący Flowbird zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w części nr 1,
- 2) art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i nieuzasadnione przyjęcie, iż badanie podstaw wykluczenia, o których mowa w tym przepisie powinno dotyczyć osoby prawnej będącej członkiem zarządu podmiotu udostępniającego zasoby odwołującemu, tj. spółki Yellowbrick International B.V.,
- 3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia zaświadczenia z rejestru karnego dotyczącego D. M. wydanego przez organ niderlandzki w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 4) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w części nr 1.

W szczególności odwołujący Flowbird wskazał, co następuje.

„Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że złożona ona została przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w związku z art. 108 ust.1 pkt 2) Pzp. Zamawiający uzasadnił powyższe twierdzenie tym, iż przesłane przez Odwołującego dokumenty nie dają podstaw do uznania, iż wobec Flowbird nie zachodzą przesłanki wykluczenia określone w ww. przepisie.

Wobec faktu, iż Odwołujący powołuje się w Postępowaniu za zasoby podmiotu trzeciego, tj. spółki Yellowbrick B.V., Zamawiający wywiódł, iż weryfikacja braku podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2) Pzp w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu powinna dotyczyć spółki Yellowbrick International B.V. będącej jedynym członkiem zarządu spółki Yellowbrick B.V., a nie osoby D. M., który pozostaje jedynym członkiem zarządu spółki Yellowbrick International B.V.

W uzasadnieniu Zamawiający powołał się na opinię UZP stanowiącą, iż w przypadku wykonawcy działającego w formie spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, której komplementariuszem jest osoba prawna obowiązek weryfikacji niekaralności komplementariusza nie będzie przenosił się na osoby zasiadające w organach zarządzających i nadzorczych osoby prawnej będącej komplementariuszem.

Jednocześnie Zamawiający wyraził pogląd, iż nawet, gdyby uznać możliwość i poprawność

złożenia zaświadczenia dla osoby fizycznej to przedłożone przez Odwołującego zaświadczenie z rejestru karnego dla D. M. wystawione zostało przez organ francuski, zaś wobec treści § 4 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako: „Rozporządzenie”), zaświadczenie takie powinno zostać wystawione przez właściwy organ kraju, w którym podmiot ma siedzibę. Z uwagi na siedzibę zarówno Yellowbrick B.V. jak również Yellowbrick International B.V., właściwym dla sporządzenia przedmiotowego zaświadczenia w opinii Zamawiającego byłby organ niderlandzki.

Przy tym Zamawiający wskazał, iż wobec zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp nie było możliwe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia prawidłowego zaświadczenia. Z tych względów Zamawiający doszedł do przekonania, iż oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania w związku z art. 108 ust. 1 pkt 2) Pzp. (...)

Zacząć wypada od tego, że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił wystąpienia wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2) Pzp. Zamawiający stwierdził jedynie, że Odwołujący nie złożył wymaganych jego zdaniem (Zamawiającego) podmiotowych środków dowodowych w postaci stosownego oświadczenia notarialnego, tudzież informacji z rejestru sądowego. Tyle że w takich okolicznościach (uznając je hipotetycznie za właściwie ustalone) zastosowanie mógłby znaleźć co najwyżej art. 226 ust. 2 pkt c) Pzp, który jednakże nie stanowi podstawy odrzucenia oferty Flowbird. Idąc dalej, dostrzec należy, że Zamawiający w kontekście użytego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp nie wykazał, aby Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania w trybie art. 108 ust. 1 pkt 2) Pzp, tj. aby urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego Yellowbrick B.V., lub prokurenta tej spółki, czy też samą spółkę Yellowbrick International B.V. (abstrahując od obiektywnej możliwości tego stwierdzenia) prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający zakwestionował niezłożenie podmiotowego środka dowodowego, co jednakże nie jest wystarczające do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp. W związku z powyższym czynność odrzucenia oferty Flowbird już tylko z ww. powodów nie może się ostać. (...)

W opinii Odwołującego Zamawiający błędnie interpretuje treść art. 108 ust. 1 pkt 2) Pzp przyjmując, iż badanie podstaw wykluczenia pod kątem przesłanek wskazanych w ww. przepisie powinno dotyczyć osoby prawnej - spółki Yellowbrick International B.V., domagając się oświadczenia złożonego przed notariuszem przez wspomnianą spółkę.

Przepis ten stanowi, iż: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.

Prawidłowa wykładnia art. 108 ust. 1 pkt 2) Pzp prowadzi do konkluzji, iż przepis dotyczy wyłącznie osób fizycznych. (...) Jednocześnie w nauce prawa karnego zdecydowanie

dominuje pogląd, iż przestępstwem może być jedynie zachowanie człowieka, które ma postać czynu, a co za tym idzie przestępstwo może popełnić jedynie człowiek (...). Podmiotem trzecim, na zasoby którego powołuje się Odwołujący, jest Yellowbrick B.V. W stosunku do tej spółki zostały przedstawione podmiotowe środki dowodowe. Natomiast Yellowbrick International B.V. jest spółką sprawującą zarząd Yellowbrick B.V., a jej jedynym członkiem zarządu jest Pan D. M.

Całkowicie nielogiczne, bezpodstawne i bezprzedmiotowe byłoby złożenie oświadczenia przed notariuszem, że osoba prawna (tu: Yellowbrick International B.V.) nie została skazana za przestępstwa, których nie mogła być sprawcą (wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp). Z tych powodów Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zaświadczenie z rejestru karnego dla osoby D. M., który pozostaje jedynym członkiem zarządu spółki Yellowbrick International B.V., będącej jedynym członkiem zarządu spółki Yellowbrick B.V., na której zasoby powołuje się Odwołujący.

Kolejno podkreślić należy, iż Zamawiający błędnie ustalił formę prawną spółki Yellowbrick International B.V., sugerując jakoby zastosowanie w sprawie znaleźć mogła opinia UZP odnosząca się do spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej.

Pełnym rozwinięciem skrótu formy niderlandzkiej spółki „B.V.” jest bowiem Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, co w wolnym tłumaczeniu oznacza prywatną spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka ta powszechnie uznawana jest za odpowiednik polskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (por. R. Adamus [w:] Prosta spółka akcyjna. Komentarz, red. P. Malinowski, Warszawa 2021, art. 300(1),

(...) Jak już zostało powyżej powiedziane, z przepisu art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp wynika obowiązek potwierdzenia braku karalności osób fizycznych będących odpowiednio współnikami spółek jawnych lub partnerskich albo komplementariuszami w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej. Zatem ani opinia UZP, ani art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp nie mogą być podstawą żądania jakichkolwiek oświadczeń od osoby prawnej będącej członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

W tych okolicznościach Zamawiający błędnie wyciągnął konsekwencje z powodu niezłożenia oświadczenia notarialnego przez Yellowbrick International B.V. Zarazem jak sam przyznaje, posilając się opinią UZP, obowiązek weryfikacji niekaralności nie przenosi się na osoby zasiadające w organach zarządzających komplementariuszy. W związku z powyższym także z ww. względów czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie może się ostać. (...)

Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż przedłożone przez Odwołującego zaświadczenie z rejestru karnego dla D. M. wystawione zostało przez organ francuski, choć wobec treści §4 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia oraz zważywszy na siedzibę spółki winno zostać sporządzone przez organ niderlandzki. Zamawiający pozostaje jednak w błędzie co do przekonania, że w zakresie informacji z odpowiedniego rejestru sądowego (karnego) dla D. M. wzywał już Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. (...)

Z analizy akt sprawy wynika, że pismem z dnia 29.03.2022 r. Zamawiający wystąpił do Flowbird o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w postaci: 1) referencji; 2) dokumentu, stanowiącego oświadczenie złożone przed notariuszem, które będzie odpowiadało informacji z KRK, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych (w związku z zaświadczeniem dla podmiotu udostępniającego zasoby tj.: Yellowbrick B.V. wystawionym przez Ministerstwo Sprawiedliwości i Bezpieczeństwa w Niderlandach, które obejmuje zakres znacznie węższy niż wymagają tego przepisy ustawy Prawo zamówień Publicznych, tj. w kontekście art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp). W odpowiedzi otrzymał postulowane materiały. Zamawiający dotąd nie wskazywał błędów, ani nie podważał zaświadczenia z rejestru karnego wydanego przez organ francuski dla D. M. W rezultacie nigdy nie wzywał Odwołującego do przedstawienia stosownego zaświadczenia z niderlandzkiego rejestru sądowego.

Należy zatem uznać, iż w postępowaniu nie wystąpiły okoliczności uzasadniające odstąpienie od wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia z niderlandzkiego rejestru sądowego dla Pana D. M.

Za utrwalone należy uznać orzecznictwo, iż zasada jednokrotności wezwania zakazuje ponownego wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu w tym samym zakresie (...) Podsumowując, nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego oraz stwierdzenia podstaw wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Odrzucenie oferty nastąpiło niezgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, a z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp ani żadnego innego przepisu nie wynika obowiązek złożenia oświadczenia notarialnego przez Yellowbrick International B.V. Zarazem w odniesieniu do informacji z właściwego rejestru sądowego (niderlandzkiego) dotyczącej p. M., Odwołujący nie był wzywany do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp."

W związku z powyższym odwołujący Flowbird wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty mPay jako najkorzystniejszej w części nr 1,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w części nr 1,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części nr 1.

Pismami z dnia 08.06.2022 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienia:

- 1) mPay S.A., ul. Jasna 1/421, 00-013 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1492/22 i KIO 1496/22, po stronie zamawiającego,
- 2) Flowbird Polska sp. z o.o., ul. Brukowa 12 lok. 11, 91-341 Łódź, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1492/22 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 22.06.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której wniósł o ich oddalenie. Pismem z dnia 24.06.2022 r. odwołujący Flowbird ustosunkował się do odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest pobieranie opłat za postój w strefie płatnego parkowania niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych. Przedmiot zamówienia został podzielony na 8 części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1.

W części nr 1 postępowania złożono trzy oferty:

- Pango Polska sp. z o.o. z ceną 33.749,99 zł,
- Flowbird Polska sp. z o.o. z ceną 37.125,00 zł,
- mPay S.A. z ceną 43.875,00 zł.

W rozdziale 12 pn. „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, w pkt 12.1. swz zamawiający wskazał, że 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 - odpowiednią na daną część. (.). W pkt 12.6. swz zamawiający wskazał, że cena oferty musi obejmować koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac.

W Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) zamawiający wskazał definicje:

- Usług podstawowych - usługi dostarczane Użytkownikom przez Operatora bezpłatnie, umożliwiające co najmniej: rejestrację w systemie, wnoszenie opłat za dowolną liczbę pojazdów, sprawdzenie historii wniesionych opłat, składanie reklamacji na działania Operatora, dostęp do serwisu infolinii Operatora (nie dotyczy opłaty za połączenie zgodnej z cennikiem operatora telefonii Użytkownika). Operatorowi nie wolno korzystać z tzw. numerów premium.
- Usług rozszerzonych, usług komercyjnych - usługi towarzyszące, dostarczane Użytkownikom na ich wyraźne życzenie, jak na przykład: obsługa flot pojazdów, dodatkowe raporty, konfiguracje indywidualne, itp.

Pismem z dnia 02.11.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego Pango, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty.

Pismem z dnia 08.11.2021 r. odwołujący złożył wyjaśnienia i zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący m.in. wymienił usługi odpłatne, które zamierza świadczyć dodatkowo przy realizacji zamówienia i wskazał: „Szczegółowa analiza planowanych dochodów, jakie Spółka osiągnie w ramach usług skutkuje tym, iż nawet przy zaoferowaniu prowizji na poziomie 0,3%, 0,1% czy też -0,01%, skutkuje tym, że świadczenie Stron umowy będzie ekwiwalentne, a umowa odpłatna, pomimo iż płatność pochodzi bezpośrednio od innego podmiotu - co z prawnego punktu widzenia jest dopuszczalne”.

Pismem z dnia 08.02.2022 r. zamawiający poinformował o częściowym odtajnieniu ww. wyjaśnień.

Odwołujący Flowbird dołączył do oferty zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. spółki Yellowbrick B.V z siedzibą w Amsterdam-Duivendrecht. Z odpisu z Rejestru Handlowego Niderlandzkiej Izby Handlu (KVK) wynika, że jedynym członkiem zarządu ww. spółki jest spółka Yellowbrick International B.V.

Pismem z dnia 23.02.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego Flowbird do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. „informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie: art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem”.

Odwołujący złożył m.in.:

1) dokument wystawiony przez niderlandzkie Ministerstwo Sprawiedliwości i Bezpieczeństwa dla spółki Yellowbrick B.V. o treści: „Z przeprowadzonej przez nas kontroli wynika, że nie istnieją zastrzeżenia wobec osoby prawnej oraz osób fizycznych zaangażowanych w działalność osoby prawnej dotyczące występowania w:

- przetargi na zamówienia publiczne
- specjalne zamówienia sektorowe
- koncesje na roboty publiczne lub
- konkursy”

2) dokument z francuskiego Krajowego Rejestru Karnego wystawiony dla pana Damiena Mandy.

Pismem z dnia 29.03.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego Flowbird do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wskazał:

„W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, zgodnie z pkt 9.1.5.1. SWZ, Wykonawca został wezwany do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie: art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

Wykonawca przedstawił zaświadczenie dla podmiotu udostępniającego zasoby tj.: Yellowbrick B.V. wystawione przez Ministerstwo Sprawiedliwości i Bezpieczeństwa w Niderlandach. Przedstawione zaświadczenie obejmuje zakres znacznie węższy niż wymagają tego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione zaświadczenie w zasadniczej części brzmi: „nie istnieją zastrzeżenia wobec osoby prawnej oraz osób fizycznych zaangażowanych w działalność osoby prawnej dotyczące występowania w: przetargi na zamówienia publiczne”. Natomiast na ostatniej stronie zaświadczenia znajduje się informacja, że w odniesieniu do osób fizycznych zbadano tylko jedną osobę zajmującą stanowisko kierownicze: p. D. M. Z treści zaświadczenia wynika, że była to jedyna osoba zajmująca stanowisko kierownicze w ciągu 12 miesięcy przed złożeniem wniosku. Osoba ta nie widnieje w dokumencie stanowiącym odpowiednik naszego KRS, nazwanego KVK.

W zw. z powyższym prosimy o złożenie dokumentu, stanowiącego oświadczenie złożone przed notariuszem, które będzie odpowiadało informacji z KRK, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych”.

Pismem z dnia 05.04.2022 r. odwołujący Flowbird wskazał:

„a. Dokument GVA dostarczony w piśmie z dnia 4 marca 2022 roku. Jest standardowym dokumentem jaki wykonawcy otrzymują od Ministerstwa Sprawiedliwości i Bezpieczeństwa w Holandii celem spełnienia wymogu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdzamy, że jego zakres jest węższy niż w brzmieniu z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp. Celem wypełnienia wezwania Zamawiającego przedstawiamy oświadczenie podpisane w obecności notariusza zgodnie z treścią art. 108 ust. 4 PZP. Oświadczenie dołączamy jako Załącznik nr 5 do tego pisma oraz tłumaczeni aktu notarialnego jako Załącznik nr 6.

b. Informujemy również, że:

i. W zarządzie Yellowbrick B.V. (co prezentowały również wcześniej udostępnione dokumenty) nie ma osób fizycznych. Członkiem Zarządu Yellowbrick B.V. jest Yellowbrick International B.V. Stąd w załączonym do Pisma z dnia 4 marca dokumencie GVA znajdował się wpis dotyczący Yellowbrick B.V., Yellowbrick International B.V. oraz Pana D. M., który jest jedynym członkiem zarządu Yellowbrick International B.V. Jako Załącznik nr 7 dołączamy aktualny KRS dla Yellowbrick B.V. a Załącznik nr 8 - tłumaczenie KRS Yellowbrick B.V.. Dodatkowo jako Załączniki 9 i 10 odpowiednio KRS Yellowbrick International B.V. i Tłumaczenie KRS. Dostarczone dokumenty potwierdzają stan opisany powyżej tj. Yellowbrick nie posiada osób fizycznych w zarządzie oraz wyjaśnia powód, dla którego Ministerstwo Sprawiedliwości i Bezpieczeństwa Holandii wypowiedziało się jedynie

w zakresie Pana M. (...)

c. Niezależnie od powyższego dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego zdecydowaliśmy się przestawić holenderskie i francuskie odpowiedniki KRK dla osób wskazanych w KRS Yellowbrick B.V. oraz Pana M. jako reprezentanta Yellowbrick International B.V. (...)
Dokumenty dotyczące Pana D. M. Zamawiający otrzymał z Pismem z dnia 4 marca. Pan D. M. jest członkiem Zarządu Wykonawcy (Flowbird Polska Sp. Z o.o.). Na wszelki wypadek dołączamy je jako Załącznik nr 13 oraz tłumaczenie Załącznik nr 14."

Do ww. pisma odwołujący Flowbird dołączył m.in.

- odpis z Rejestru Handlowego Niderlandzkiej Izby Handlu (KVK) dla spółki Yellowbrick International B.V., z którego wynika, że jedynym członkiem zarządu jest D. M.,
- dokument z francuskiego Krajowego Rejestru Karnego wystawiony dla pana D. M.

Pismami przekazanymi wykonawcom w dniu 24.05.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego mPay S.A. oraz o odrzuceniu ofert obu odwołujących. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

1) co do oferty odwołującego Pango:

„Wykonawca załączył do oferty przedmiotowy załącznik, w którym wskazał, że wartość miesięczna kosztów związanych z realizacją części pierwszej wyniesie 3 135,69 zł co daje koszt roczny 37 628,28 zł.

Wykonawca zaoferował prowizję za świadczenie usług pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie z wykorzystaniem platform / kanałów mobilnych w wysokości 0,3% od każdej transakcji, co daje przychód dla obsługi 1.5 mln transakcji rocznie, dla średniej wartości jednej transakcji (jednego „biletu parkingowego”) równej 7.50 zł wysokości 33 750 zł.

Prowizja za świadczone usługi nie pokrywa więc kosztów świadczonej usługi w części pierwszej zamówienia. (.)

Tymczasem Wykonawca kalkulując cenę wskazał, że zysk z realizacji przedmiotowego zamówienia będzie uzyskiwał dzięki oferowaniu osobom korzystającym z SPPN usług premium, czyli usług dodatkowych w aplikacji, za pomocą której użytkownicy SPPN będą wносить opłaty za postój. Wykonawca wskazał tym samym, że będzie pokrywał koszty realizacji usługi z innej działalności Wykonawcy, niezwiązanej bezpośrednio z realizacją samej usługi na rzecz Zamawiającego i z przychodów nie pochodzących od Zamawiającego.

Tym samym Wykonawca przyznał, że jego prowizja jaką zaoferował Wykonawca w ofercie nie pokrywa kosztów jej realizacji a nawet minimalnego poziomu zysku. W konsekwencji, przy zachowaniu reguł pokrywania kosztów jedynie z wynagrodzenia pochodzącego od Zamawiającego wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby nieopłacalne. Wysokość prowizji jaką zaoferował Wykonawca sprawia, że jego zawiera rażąco niską cenę za wykonanie usługi przy założonym poziomie prowizji. (.)

Z ceny oferty wynika, że Wykonawca koszty danego usługi pokrył innymi przychodami, chociaż miał obowiązek skalkulować je na poziomie rzeczywistym. Celem działania Wykonawcy było uzyskanie dla siebie kontraktu, który choć nie będzie zapewniał zysku w postaci wynagrodzenia od Wykonawcy, to będzie korzystny dla niego wskutek oferowania dodatkowych usług użytkownikom SPPN, które to usługi nie były przedmiotem przedmiotowego postępowania. Działanie Wykonawcy zagraża więc interesom innych Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, poprzez dążenie do braku wyboru ich ofert za pomocą działań sprzecznych z zasadami uczciwej konkurencji".

2) co do oferty odwołującego Flowbird:

„Organem zarządzającym podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Yellowbrick B.V., jest Yellowbrick International B.V., której jedynym członkiem zarządu jest Pan D. M. Spółka przedstawiła zaświadczenie z KRK (wydane przez organ francuski) dotyczące Pana D. M. Tymczasem, zgodnie z opinią UZP:

W przypadku wykonawcy działającego w formie spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, której komplementariuszem jest osoba prawna obowiązek weryfikacji niekaralności komplementariusza nie będzie przenosił się na osoby zasiadające w organach zarządzających i nadzorczych osoby prawnej będącej komplementariuszem.

Opinia dotyczy polskiej spółki komandytowej, jednakże odpowiednio, w ocenie Zamawiającego, wnioski z niej wynikające należy zastosować do niniejszej sprawy.

W związku z powyższym, weryfikacja braku podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinna dotyczyć Yellowbrick International B. V. Wykonawca powinien był zatem przedstawić oświadczenie złożone przed notariuszem dotyczące nie tylko Yellowbrick B.V. ale także Yellowbrick International B. V. w związku z art. 118 i 108 ust. pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, dokumenty złożone przez Wykonawcę nie dają podstaw do uznania, że wobec Wykonawcy nie zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym zakresie Wykonawca przedstawił zaświadczenia dotyczące osób fizycznych, a powinien był przedstawić zaświadczenie (w tym konkretnym przypadku — oświadczenie złożone przed notariuszem) dotyczące Yellowbrick International B.V. Nawet jednak gdyby dopuścić możliwość i poprawność złożenia zaświadczenia dla osoby fizycznej (pana D. M.), to zostało ono wystawione przez organ francuski. Tymczasem, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych:

„jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami

Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z KRK, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 — składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa § 2 ust. 1 pkt 1”.

Siedzibą Yellowbrick jest Holandia, a zatem ewentualny równoważny dokument powinien być wydany przez właściwy organ tego kraju.

W związku z zasadą jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie było możliwe ponowne wezwanie w tym zakresie.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

Odwołanie Pango - sygn. akt KIO 1492/22.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego Pango z powodu rażąco niskiej ceny, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że podstawą faktyczną tego odrzucenia była różnica między ceną oferty odwołującego a kosztami realizacji usług podstawowych objętych przedmiotem zamówienia. Na podstawie załącznika do formularza ofertowego zamawiający ustalił bowiem, że wartość miesięczna kosztów realizacji ww. usług wyniesie 3.135,69 zł, co rocznie oznacza koszty w wysokości 37.628,28 zł. Jednocześnie odwołujący zaoferował prowizję za świadczenie usług podstawowych (tj. za pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego z wykorzystaniem platform / kanałów mobilnych) w wysokości 0,3% od każdej transakcji, co przy obsłudze 1.500.000 transakcji rocznie i średniej wartości jednej transakcji (jednego „biletu parkingowego”) równej 7,50 zł daje przychód w wysokości 33.750 zł. Oznacza to, że koszty realizacji usług podstawowych objętych przedmiotem zamówienia przekraczają przychód odwołującego z realizacji tych usług o 3.878,28 zł. Innymi słowy: uwzględniając wyłącznie cenę oferty odwołującego za usługi podstawowe, należy stwierdzić, że realizowałby on przedmiot zamówienia ze stratą w wysokości prawie 4.000 zł.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pkt 12.6. w rozdziale 12 swz pn. „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, w którym to punkcie zamawiający wskazał, że cena oferty musi obejmować koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac. Z ww. postanowienia swz jednoznacznie wynika, że cena oferty musi pokryć koszt wykonania przedmiotu zamówienia, a zatem cena ta nie może być niższa niż koszty wykonania zamówienia. Tymczasem w ofercie odwołującego cena oferty nie pokrywa kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, bo jest od nich o prawie 4.000 zł niższa. Oznacza to, że cena ww. oferty nie została obliczona zgodnie z pkt 12.6. swz, a co za tym idzie - skoro cena ta nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia - zasadnie została uznana przez zamawiającego za cenę rażąco niską.

W związku z powyższym wskazać należy, że o ile odwołujący ma rację, że zamawiający dopuścił realizację usług komercyjnych („premium”) przy okazji realizacji usług podstawowych, a w efekcie - dopuścił także możliwość uzyskiwania przychodu z wykonywania takich usług komercyjnych, o tyle nie oznacza to, że zamawiający pozostawił wykonawcom całkowitą swobodę w sposobie kalkulacji ceny oferty za usługi podstawowe objęte przedmiotem zamówienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający wprost wskazał w swz, że oczekuje takiego obliczenia ceny oferty, w wyniku którego cena ta obejmie koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac. Cena oferty odwołującego nie obejmuje kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż jest od nich niższa, co wynika zarówno z samej oferty, jak i z wyjaśnień odwołującego z dnia 08.11.2021 r.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny nie jest zasadny i oddaliła odwołanie.

Niezależnie od powyższego, Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do niezasadności odrzucenia jego oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W piśmie informującym o odrzuceniu oferty zamawiający powołał się na art. 3 ust. 1 uznk, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W przedmiotowej sprawie działanie odwołującego Pango polegające na skalkulowaniu ceny oferty z uwzględnieniem przychodów z realizacji usług komercyjnych nie objętych przedmiotem zamówienia nie jest sprzeczne z prawem, gdyż nie istnieje przepis prawa zakazujący takich praktyk. Działanie to nie może być także uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami, skoro jest stosowane co do zasady przez wszystkich wykonawców na rynku poboru opłat za parkowanie. Jak bowiem wynika ze stanowisk stron i przystępujących, oferowanie użytkownikom usług komercyjnych przy okazji realizacji usług podstawowych objętych przedmiotem zamówienia i czerpanie z tego dochodów, jest zjawiskiem typowym, powszechnym i nawet przewidzianym przez samego zamawiającego. Z tego samego powodu praktyka oferowania usług komercyjnych obok realizowania usług podstawowych nie może też być uznana za zagrażającą lub naruszającą interes innych przedsiębiorców lub klienta i to bez względu na to, czy klientem będzie zamawiający (który sam dopuścił taką praktykę w swz), czy użytkownicy końcowi (którzy sami decydują o korzystaniu z usług komercyjnych). Natomiast skalkulowanie ceny za usługi podstawowe poniżej kosztów ich realizacji świadczy o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, która to przesłanka odrzucenia oferty nie jest w każdym przypadku tożsama z przesłanką odrzucenia oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że działanie odwołującego Pango nie nosi cech zagrożenia, czy naruszenia interesów innych przedsiębiorców, a jedynie polega na błędnym skalkulowaniu ceny oferty. Stąd też Izba uznała, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, nie zaś na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że prawidłowe było odrzucenie oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny i w związku z tym oddaliła odwołanie. W tej sytuacji stwierdzenie zasadności zarzutu dotyczącego braku podstaw do odrzucenia ww. oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, nie może mieć wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta odwołującego i tak pozostanie odrzucona. W związku z tym, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7

ustawy Pzp, dlatego też podlegało oddaleniu w całości.

Izba uznała przy tym za nieprzydatne dowody złożone na rozprawie przez odwołującego Pango w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi wykonawcy Skycash z dnia 14.02.2020 r. na skargę wykonawcy mPay, odpowiedzi zamawiającego z dnia 13.02.2020 r. na skargę wykonawcy mPay oraz wyjaśnień wykonawcy Skycash z 24.10.2019 r., ponieważ dotyczą one innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego w 2019 r. i - niezależnie od innego stanu faktycznego w obu postępowaniach (cena oferty SkyCash została uznana za pokrywającą koszty realizacji zamówienia) - czynności podjęte w tamtym czasie przez zamawiającego nie mogą przesądzać o prawidłowości bądź wadliwości czynności podejmowanych przez niego w obecnie prowadzonym postępowaniu. Ponadto pozostałe dowody, tj. korespondencja mailowa dotycząca możliwości świadczenia usług dla klienta flotowego na terenie m.st. Warszawy, opis aplikacji dla klienta flotowego, przewodnik po aplikacji mobilnej AnyPark oferowanej przez odwołującego Pango oraz dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, nie zawierają treści przydatnych do rozstrzygnięcia istoty problemu w sprawie KIO 1492/22, tj. dopuszczalności zaoferowania ceny niższej od kosztów realizacji usług podstawowych przy jednoczesnym czerpaniu przychodów z realizacji usług komercyjnych. Również wyrok KIO o sygn. akt 2401/19 i 2402/19 nie dotyczy tożsamego stanu faktycznego w zakresie stosunku ceny oferty do kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołanie Flowbird - sygn. akt KIO 1496/22.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

- a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,
- b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,
- c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 523, 1292, 1559 i 2054),
- d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,
- e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,
- f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769 oraz z 2020 r. poz. 2023),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 a) i c) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego Flowbird, w pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii podstawy prawnej odrzucenia. Zamawiający wskazał w piśmie przekazanym wykonawcom w dniu 24.05.2022 r., że odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Następnie wobec zarzutów odwołującego zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że popełnił w tym zakresie omyłkę, gdyż właściwą podstawą prawną jest w tym przypadku art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. W związku z powyższym należy wskazać, że podane w piśmie informującym o odrzuceniu oferty podstawy prawne i faktyczne są wiążące dla zamawiającego, co oznacza, że zamawiający nie może w postępowaniu odwoławczym przytaczać nowych, nieznanych wcześniej wykonawcy, faktów i argumentów w tym zakresie. Niemniej jednak w niniejszej sprawie należy zauważyć, że w ocenie zamawiającego, odwołujący Flowbird podlegał przede wszystkim wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast podanie podstawy prawnej odrzucenia, tj. wskazanie odpowiedniego przepisu z art. 226 ustawy Pzp, miało w tym wypadku charakter wtórny, gdyż było jedynie pochodną podjętej przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Choć więc co do zasady zamawiający nie powinien zmieniać podstawy prawnej odrzucenia oferty w toku postępowania odwoławczego, należy stwierdzić, że w niniejszym stanie faktycznym nie ma to znaczenia dla zakresu rozpoznania sprawy, gdyż dotyczy ona przede wszystkim prawidłowości zastosowania przez zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1. Przepis ten ma zatem zastosowanie do konkretnych podmiotów, które zostały w nim wymienione. Są to: urzędujący członek organu zarządzającego, urzędujący członek organu nadzorczego, wspólnik w spółce jawnej, wspólnik w spółce partnerskiej, komplementariusz w spółce komandytowej, komplementariusz w spółce komandytowo-akcyjnej lub prokurent, o ile osoby te zostały prawomocnie skazane za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie odwołujący Flowbird powołał się na zasoby podmiotu - spółki Yellowbrick B.V., której forma działania jest odpowiednikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zarząd w ww. spółce udostępniającej odwołującemu zasoby sprawuje spółka Yellowbrick International B.V., która także jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, a z kolei jej jedynym członkiem zarządu jest pan D. M. Podmiotem podlegającym weryfikacji zamawiającego, był zatem podmiot udostępniający zasoby, czyli spółka Yellowbrick B.V.

Jednocześnie należy zauważyć, że w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział rozwiązań prawnych, jakie istnieją na gruncie prawa niderlandzkiego, tj. sytuacji gdy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada zarząd w postaci osoby prawnej będącej także spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Przepis ten dotyczy

bowiem podmiotów będących osobami fizycznymi (członek organu, wspólnik, prokurent, komplementariusz), co potwierdza zawarte w nim odniesienie do art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w którym wymieniono przestępstwa, za popełnienie których mogą być skazane osoby fizyczne. W związku z powyższym art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania do osób prawnych, w tym także do wskazanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty spółki Yellowbrick International B.V. sprawującej zarząd w spółce udostępniającej zasoby odwołującemu.

Ponadto, jak wskazano już wcześniej, weryfikacji zamawiającego podlegała co do zasady spółka udostępniająca zasoby, tj. Yellowbrick B.V. Nie ma podstaw do przyjęcia, że weryfikacja ta powinna sięgać także do kolejnej spółki będącej jej zarządem, tj. do spółki Yellowbrick International B.V., a tym bardziej do pana D. M. będącego członkiem zarządu tej ostatniej. Potwierdza to pośrednio opinia Urzędu Zamówień Publicznych powoływana przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego. Opinia ta wprawdzie dotyczy spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, ale przyjęte w niej stwierdzenie o nieprzenoszeniu obowiązku weryfikacji karalności na osoby zasiadające w organach zarządzających lub nadzorczych ww. spółek, znajduje zastosowanie również w niniejszym stanie faktycznym, w którym zarząd w jednej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością sprawuje inna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Odnosząc się natomiast do podniesionej przez przystępującego kwestii zastosowania art. 57 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy wskazać, że zgodnie z tym przepisem: „Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne”. Przystępujący zwrócił uwagę na wskazane w ww. przepisie osoby posiadające uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, co miałyby odnosić się do pana D. M. jako mogącego za pośrednictwem spółki Yellowbrick International B.V. decydować lub kontrolować spółkę udostępniającą zasoby, tj. spółkę Yellowbrick B.V. Po pierwsze, należy zauważyć, że dyrektywa jest aktem prawnym, który nie ma bezpośredniego zastosowania w państwach członkowskich UE, a wskazywany przez przystępującego fragment nie został transponowany do ustawy Pzp w sposób dosłownie przenoszący tekst z dyrektywy, po drugie zaś, nie ma podstaw do twierdzenia, że stosowanie tego przepisu miałyby sięgać aż do członka zarządu spółki sprawującej zarząd w innej spółce. Zatem treść art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej, nie uzasadnia dokonywania rozszerzającej wykładni art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że zamawiający nie miał podstaw do badania ziszczenia się przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec spółki Yellowbrick International B.V. i wobec pana D. M. będącego członkiem zarządu tej spółki, ponieważ przepis ten nie ma zastosowania do osoby prawnej, jak też jego stosowanie nie przenosi się na osobę fizyczną będącą członkiem zarządu osoby prawnej sprawującej zarząd w innej osobie prawnej (tu: członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością sprawującej zarząd w innej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością). Tym samym wykluczenie odwołującego i w efekcie - odrzucenie jego oferty, nie było zasadne.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, że odwołujący powinien był przedstawić „zaświadczenie (w tym konkretnym przypadku — oświadczenie złożone przed notariuszem) dotyczące Yellowbrick International B.V.” Abstrahując od tego, że jak wskazano już wyżej, zamawiający nie miał podstaw do żądania od odwołującego jakichkolwiek dokumentów dotyczących spółki Yellowbrick International B.V., należy także zauważyć, że z wezwania z dnia 29.03.2022 r. skierowanego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie wynika, że właśnie takiego dokumentu zamawiający oczekiwał od odwołującego. W piśmie tym zamawiający po opisie złożonych dotąd przez odwołującego dokumentów (przy czym nie wspomniano o spółce Yellowbrick International B.V. ani o francuskim KRK dla pana D. M.) wezwał do złożenia „dokumentu stanowiącego oświadczenie złożone przed notariuszem, które będzie odpowiadało informacji z KRK, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych”. Z tak sformułowanego wezwania nie sposób wywieść, jaki dokument odwołujący miał złożyć / uzupełnić. Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że nie jest jego zadaniem zastępowanie wykonawców w ustalaniu, jaki dokładnie dokument powinien zostać przedstawiony celem potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Należy w tym miejscu wskazać, że jest obowiązkiem i zadaniem zamawiającego sformułować wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w taki sposób, aby wykonawca nie musiał domyślać się, jakich dokumentów brakuje lub jaką wadą dotknięte są złożone dotychczas przez niego dokumenty i co powinien uzupełnić. Wezwanie z dnia 29.03.2022 r. nie jest jasne w tym zakresie i nie koresponduje także z uzasadnieniem odrzucenia oferty, w którym mowa jest o oświadczeniu złożonym przed notariuszem dotyczącym Yellowbrick

International B.V., podczas gdy w wezwaniu żadna kwestia dotycząca tej spółki nie została poruszona. Tym bardziej treść uzasadnienia odrzucenia oferty nie koresponduje z treścią wezwania z dnia 29.03.2022 r. w zakresie dotyczącym ewentualnego złożenia informacji z niderlandzkiego KRK dla pana D. M., gdyż w wezwaniu nie było mowy o tym, że złożono dla niego dokument francuski i że w związku z tym zamawiający uznaje ten dokument za wadliwy.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że skoro w wezwaniu z dnia 29.03.2022 r. zamawiający nie kwestionował złożonej dla ww. osoby informacji z francuskiego rejestru karnego i nie żądał złożenia informacji z niderlandzkiego rejestru karnego, to nie można przyjąć, że w tym zakresie wyczerpana zostałaby zasada jednokrotności wezwania dotycząca art. 128 ust.1 ustawy Pzp. Uwaga ta (o jednokrotności wezwania) ma jednak charakter wyłącznie teoretyczny, gdyż w niniejszej sprawie - jak wskazano już wyżej - zamawiający nie miał podstaw do żądania jakichkolwiek dokumentów w celu weryfikacji karalności pana D. M. jako członka zarządu Yellowbrick International B.V.

Nie ma przy tym znaczenia, że odwołujący Flowbird nie zakwestionował czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszym odwołaniu odwołujący kwestionuje bowiem skutek w postaci odrzucenia jego oferty, powołując się przy tym na okoliczności wynikające z treści ww. wezwania, natomiast nie kwestionuje samego wezwania. Stąd też nie są zasadne argumenty sugerujące podniesienie przez odwołującego zarzutów spóźnionych.

W świetle powyższych ustaleń, w szczególności dotyczących zakresu stosowania art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz stanu prawnego i powiązań między spółkami Yellowbrick B.V. i Yellowbrick International B.V. oraz panem D. M., Izba stwierdziła, że odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania w oparciu o ww. przepis i w konsekwencji - jego oferta nie podlegała odrzuceniu ani na podstawie pierwotnie powołanego przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), ani na podstawie wskazanego w odpowiedzi na odwołanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), tj.:

- § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia w sprawie KIO 1492/22,
- § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia w sprawie KIO 1496/22.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

KIO 1492/22 i KIO 1496/22