

WYROK
z dnia 16 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę DLM Corporate Group S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawcy KBU sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego;
 - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę strefy płatnego parkowania we Wrocławiu, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 grudnia 2017 r. pod nr 2017/S 247-519532.

23 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KBU sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Wykonawca K”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy DLM Corporate Group S.A. z siedzibą w Warszawie.

4 maja 2018 r. wykonawca, którego oferta została odrzucona (dalej „Odwołujący”) zaskarżył tą czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo pełnej zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), co dodatkowo stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez niewskazanie powodów odrzucenia oferty Odwołującego oraz nieokreślenie postanowienia SIWZ, z którym oferta pozostaje niezgodna;
3. art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy K z naruszeniem ww. przepisów Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp oferta Odwołującego została bezzasadnie odrzucona, zaś w przypadku nieodrzużenia oferty Odwołującego, zostałaby ona wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający udzieliłby Odwołującemu zamówienia. Oferta Odwołującego spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu otrzymałaby wówczas najwyższą liczbę punktów.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że pismem z dnia 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, zawiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę K jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdzając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ramach bardzo lakonicznego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że na podstawie wyjaśnień Odwołującego datowanych na 12 i 27 marca 2018 r. posiadał wiedzę, że Odwołujący w ramach realizacji zamówienia skalkulował swoją działalność na 5 lat, a nie – jak (rzekomo) wymagał Zamawiający – na 7 lat. Zamawiający stwierdził nadto, że w jego ocenie taki sposób kalkulacji jest sprzeczny z treścią SIWZ.

Dla wyjaśnienia bezzasadności zarzutu Zamawiającego konieczne jest przeanalizowanie wytycznych zawartych w Opisie sposobu obliczenia ceny (pkt XIV SIWZ). Zgodnie z jego postanowieniami, cena ofertowa brutto określona w formularzu oferty ma stanowić sumę następujących pozycji:

- wynagrodzenia netto za udostępnione urządzenia do poboru opłat parkingowych przez okres realizowania umowy;
- wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych w parkomatach bilonem i zbliżeniowa kartą płatniczą (oraz opcjonalnie blik) przez okres realizowania umowy;
- wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych przy pomocy urządzeń mobilnych przez okres realizowania umowy;
- podatku VAT.

Nie budzi zatem wątpliwości okoliczność, że wszystkie składniki wynagrodzenia wykonawcy miały być obliczone przy uwzględnieniu całego okresu realizowania umowy.

Jednocześnie Zamawiający określił termin realizacji umowy przez odniesienie się do okresu pobierania opłat za postój. Zgodnie z OPZ Zamawiający, jako termin zakończenia pobierania opłat za postój, wskazał moment wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację

zamówienia, zastrzegając jedynie, że okres ten nie będzie dłuższy niż 7 lat od daty rozpoczęcia pobierania opłat za postój (Rozdział XVII ust. 3 OPZ). Z kolei termin zakończenia umowy wynosi 2 tygodnie od dnia zakończenia pobierania opłat za postój. Analogicznie terminy te zostały określone w stanowiącym załącznik do SIWZ wzorze umowy (§ 2 ust. 3 i 5).

Zamawiający wyjaśnił i doprecyzował kwestię terminu zakończenia pobierania opłat za postój w odpowiedzi na pytanie nr 162. Zgodnie z odpowiedzią na to pytanie, pobieranie opłat za postój ma zostać zakończone wraz z wyczerpaniem ceny ofertowej (a nie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 Pzp). Do kwestii tej Zamawiający wrócił również w odpowiedzi na pytanie nr 210, ponownie podkreślając, że termin zakończenia realizacji umowy zależy od wypłacenia wykonawcy kwoty wynagrodzenia równej cenie ofertowej. Terminy zakończenia pobierania opłat za postój oraz zakończenia umowy zostały zatem powiązane z kwotami wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia.

Odwołujący wyjaśnił następnie, że wynagrodzenie ma być płatne miesięcznie. W każdym kolejnym miesiącu wynagrodzenie wykonawcy ma stanowić sumę dwóch kwot:

- wynagrodzenia prowizyjnego z tytułu faktycznie uiszczonych opłat za postój (§ 4 ust. 2 umowy);
- wynagrodzenia z tytułu udostępnionych parkomatów (§ 4 ust. 3 umowy).

Wynagrodzenie z tytułu udostępnionych urządzeń parkingowych zależy wyłącznie od liczby udostępnionych parkomatów. Zamawiający żądał, by miesięczne stawki tego wynagrodzenia zostały określone w Tabeli 1 stanowiącej załącznik do oferty. Procentowy udział tej części wynagrodzenia w całkowitej cenie oferty jest jednak niewielki. W ofercie Odwołującego kwota ta stanowi zaledwie 4,7% całkowitej ceny oferty.

Znakomita większość (w przypadku oferty Odwołującego ponad 95%) wynagrodzenia to prowizja od faktycznie opłaconych godzin postoju. Wynagrodzenie to, zgodnie z Rozdziałem XV OPZ, jest obliczane w następujący sposób: dla każdej strefy (A, B, C) na koniec miesiąca ustalana jest całkowita suma kwot wpłaconych w tym miesiącu z tytułu opłat za postój w danej strefie (A, B, C) w danym miesiącu kalendarzowym. Kwota ta jest następnie dzielona przez stawkę opłaty należnej za pierwszą godzinę postoju w danej strefie. W ten sposób ustalana jest uśredniona liczba godzin faktycznie opłaconego postoju w danej strefie. Następnie tak obliczona uśredniona liczba godzin opłaconego postoju jest mnożona przez stawkę prowizji wykonawcy określoną przez niego w ofercie (w Tabeli 2 i Tabeli 3 stanowiących załączniki do oferty).

Podsumowując powyższe: w zaproponowanym przez Zamawiającego mechanizmie ustalania wysokości wynagrodzenia wykonawcy, wynagrodzenie z tytułu udostępniania parkomatów jest względnie stałe i zależne od (wyznaczonej przez Zamawiającego) liczby parkomatów (oraz stałej stawki miesięcznej wskazanej w ofercie), natomiast znakomitą większością wynagrodzenia wykonawcy stanowi wynagrodzenie prowizyjne, zależne od liczby godzin faktycznie opłaconego postoju i stawki prowizji określonej w ofercie.

Na potrzeby skalkulowania ceny ofertowej, kwotę wynagrodzenia prowizyjnego (Tabela 2 i Tabela 3 – załączniki do oferty) wykonawcy obliczali w oparciu o wskazaną ogólnie przez Zamawiającego „szacunkową ilość godzin opłaconego postoju”. Co istotne, zgodnie z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie nr 170, wskazana przez Zamawiającego we wzorach Tabeli 2 i Tabeli 3 „szacunkowa ilość godzin opłaconego postoju” dotyczy horyzontu 7-letniego.

Wszystkie złożone oferty, w tym oferta Odwołującego, zostały zatem skalkulowane w oparciu o te same dane, o tę samą liczbę godzin opłaconego postoju, oszacowaną przez Zamawiającego dla horyzontu 7-letniego.

Co istotne, wykonawcy nie mieli możliwości samodzielnego oszacowania, dla jakiej liczby godzin pobiorą opłaty za parkowanie w ciągu 7 lat wykonywania usługi. Szacunkowa liczba godzin opłaconego postoju w skali 7 lat wykonywania usługi została ogólnie wyznaczona przez Zamawiającego. Wykonawcy mogli określić jedynie stawkę prowizji, jaką mają uzyskać za opłaconą godzinę postoju. Nie może być zatem żadnych wątpliwości, że Odwołujący cenę oferty skalkulował w sposób całkowicie zgodny z SIWZ. Odwołujący wprost zobowiązał się do wykonywania zamówienia w zakresie pobierania opłat za postój do wyczerpania ceny ofertowej, lecz nie dłużej niż 7 lat (pkt 6 ppkt 3 oferty), a zapis ten jest identyczny z odpowiednim (cyt. wyżej) zapisem SIWZ, OPZ i wzoru umowy. Treść oferty w zakresie terminu realizacji zamówienia jest zatem w pełni zgodna z treścią SIWZ w tym zakresie. Koreluje z tym również treść Tabeli 1 załączonej do oferty, w której koszty udostępnienia parkomatów zostały uwzględnione w horyzoncie 7 letnim. Zachodzi zatem pełna tożsamość zobowiązania Odwołującego wyrażonego w ofercie oraz wymagań Zamawiającego co do treści zobowiązania wykonawcy.

Odwołujący przyznał, że w przedstawionych wyjaśnieniach rzeczywiście zwrócił uwagę Zamawiającemu, że przy zastosowaniu narzędzi (których użycia Zamawiający zażądał w rozdziale X OPZ) zwiększających efektywność zarówno kontroli wnoszenia opłat, jak i poboru opłat, pobranie opłat za taką liczbę godzin, jaką Zamawiający wskazał we wzorze załączników do formularza oferty, a zatem wyczerpanie ceny ofertowej, będzie możliwe nie

dopiero po siedmiu latach, a już po pięciu. Dostrzec bowiem należy, że Odwołujący podał w ofercie jedynie stawkę prowizji za jedną opłaconą godzinę postoju. Cena ofertowa została natomiast, jak już wyjaśniono powyżej, skalkulowana jako iloczyn podanej przez Zamawiającego szacunkowej liczby godzin opłaconego postoju oraz wskazanej przez wykonawcę stawki godzinowej. W istocie zatem „wyczerpanie” ceny ofertowej brutto będzie możliwe jedynie w przypadku pobrania opłat za wskazaną przez Zamawiającego liczbę godzin. Im szybciej opłata za taką liczbę godzin zostanie pobrana, tym krócej usługa będzie realizowana i tym mniejsze koszty stałe realizacji usługi poniesie wykonawca – taki model umowy z wykonawcą przyjął Zamawiający. Jeśli okaże się, że taka liczba godzin zostanie przez kierowców opłacona np. już po trzech latach, to zyskuje na tym wykonawca, bowiem nie będzie musiał przez pozostały czas pokrywać kosztów utrzymania systemu i innych kosztów stałych.

W istocie zatem długość trwania umowy została ściśle skorelowana z efektywnością narzędzi, rozwiązań i usług, które zapewnia wykonawca, który w ramach własnego ryzyka kontraktowego mógł przyjąć określone założenia biznesowe, w tym w szczególności w ramach kalkulacji ceny ofertowej i rzeczywistych kosztów realizacji mógł założyć, iż umowa wygaśnie wcześniej niż w ciągu 7 lat od dnia jej zawarcia. Co więcej, prawidłowa i optymalna kalkulacja kosztów realizacji przedmiotu umowy w przyjętym przez Zamawiającego modelu wynagradzania, wymusza uwzględnienie tak istotnego czynnika jak realny moment wygaśnięcia umowy.

Odwołujący, bazując na posiadanej wiedzy i doświadczeniach z wdrażania podobnych jak stosowane przez niego systemy poboru opłat, obliczył, że opłaty za taką liczbę godzin pobierze już po pięciu latach. Systemy oparte o skanowanie tablic rejestracyjnych umożliwiają bowiem istotne zwiększenie efektywności zarówno kontroli wnoszenia opłat jak i poboru tych opłat w strefie płatnego parkowania. Dodatkowo, usprawnienie strefy zagwarantuje również możliwość regulowania należności kartami płatniczymi, która do tej pory nie była dostępna. Odwołujący miał prawo do samodzielnej kalkulacji kosztów działania strefy płatnego parkowania, zorganizowanej przez niego przy użyciu odpowiednich narzędzi (technicznych, organizacyjnych, proceduralnych) zwiększających efektywność kontroli i poboru opłat w strefie płatnego parkowania. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył w SIWZ możliwości zwiększenia efektywności, która może spowodować wygaśnięcie umowy w terminie krótszym niż 7 lat.

Pomimo tego, nawet jeżeli Odwołujący uwzględnił w swoich kalkulacjach kosztów, że opłaty za wskazaną przez Zamawiającego liczbę godzin uda mu się pobrać już po pięciu latach, to nie ma to żadnego wpływu na zakres i treść zobowiązania Odwołującego,

które przyjął na siebie składając ofertę. Zobowiązanie to, jak już wyżej wykazano, jest co do treści całkowicie zgodne z treścią SIWZ.

Jednocześnie, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że ewentualne niewłaściwe określenie przez Zamawiającego terminu realizacji usługi lub niedoszacowanie liczby godzin płatnego postoju jakie osiągnąć można w horyzoncie 7-letnim, nie może rzutować negatywnie na ocenę oferty Odwołującego. Zamawiający nie może bowiem zakładać, że w przypadku braku jednoznacznych wytycznych co do sposobu obliczenia ceny, wszyscy wykonawcy skalkulują koszty realizacji w oparciu o najdłuższy dopuszczalny termin jej trwania. Jeśli intencją Zamawiającego (niewyrażoną w SIWZ) miała być kalkulacja kosztów wyłącznie w oparciu o sztywny termin 7 lat, to Zamawiający miał obowiązek poinformować o tym wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy nie muszą bowiem domyślać się jaka intencja przyświecała Zamawiającemu przy formułowaniu warunków SIWZ, mają jedynie obowiązek dokonania należytej literalnej wykładni jego zapisów.

Z drugiej strony nie można nie oprzeć się wrażeniu, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie zarzutu ma charakter pozorny, zaś zarzut jest w istocie pozbawiony podstaw. Oferta jest niezgodna z SIWZ wyłącznie w sytuacji w której możliwe jest przeciwstawienie precyzyjnie określonego postanowienia SIWZ oraz postanowienia wynikającego z oferty wykonawcy, które pozwala na stwierdzenie, iż te dwa zapisy pozostają ze sobą niezgodne. Tymczasem, Zamawiający nie wskazał ani zapisu SIWZ, ani odpowiedniego zapisu formularza ofertowego jakie pozostają ze sobą niezgodne.

Niedopełnienie tego obowiązku narusza dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawców, których oferty zostały odrzucone o powodach odrzucenia oferty:

Odwołujący podsumował, że szczegółowo wykazane powyżej naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi jednocześnie naruszenie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty w pełni zgodnej z SIWZ pod pretekstem niespełniania przez nią wymogów tej specyfikacji godzi w sam fundament uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdawkowe, lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty jest nie do pogodzenia z zasadą przejrzystości postępowania. Ponadto z całą pewnością bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty innego wykonawcy prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania argumentując na rozprawie, że punktem wyjścia do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ było zawarte w objętych

tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, złożonych przez Odwołującego w dniu 14 marca 2018 r., oświadczenie, zgodnie z którym przyjął, że usługę będzie realizował przez okres 5 lat. Zamawiający podkreślił ponadto, że odpowiadając na wnioski wykonawców o wyjaśnienie SIWZ zwracał uwagę na konieczność skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem 7-letniego okresu realizacji umowy (odpowiedzi nr 163 i 170).

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienia zgłosili Wykonawca K oraz wykonawca City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu (dalej „Wykonawca C”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca K w piśmie procesowym z 16 maja 2018 r. uzasadnił powyższy wniosek w następujący sposób.

Trudno zgodzić się z zarzutem, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest lakoniczne, ponieważ została podana podstawa prawna, a także uzasadnienie faktyczne. Okoliczność, że uzasadnienie faktyczne zostało ujęte w dwóch zdaniach, w przedmiotowej sytuacji, w żaden sposób nie dyskwalifikuje go w kontekście art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Powody uznania oferty za niezgodną z SIWZ zostały wyraźnie i jednoznacznie wskazane, a Odwołujący nie musiał jedynie domyślać się podstaw faktycznych stanowiących podstawę odrzucenia oferty. Natomiast w kontekście zarzutu zaniechania określenia postanowienia SIWZ, z którym oferta pozostaje niezgodna, Wykonawca K stwierdził, że Zamawiający wskazał, że to sposób kalkulacji oferty jest niezgodny z SIWZ. Trudno jest bowiem wskazać konkretne postanowienie SIWZ, gdyż wymóg realizacji zamówienia, a tym samym wymóg skalkulowania oferty przy uwzględnieniu 7 lat realizacji zamówienia wynika z całokształtu postanowień SIWZ, w tym zarówno z samych postanowień części głównej SIWZ, jak i załączników, tj. formularzy przeznaczonych do wypełnienia, wzoru umowy, jak i odpowiedzi udzielonych do treści SIWZ.

Jak wskazał sam Odwołujący, wytyczne zawarte w SIWZ, dotyczące sposobu obliczenia ceny, odnoszą się do „okresu realizowania umowy”, a zatem należało skalkulować wynagrodzenie dla całego okresu realizowania umowy. Nie można zgodzić się natomiast ze stwierdzeniem Odwołującego, że to od wykonawcy zależał okres realizacji zamówienia. Stanowisko takie byłoby sprzeczne z istotą postępowania o zamówienie publiczne, gdzie to zamawiający określa warunki realizacji zamówienia, w tym oczekiwany okres realizacji zamówienia. Z postanowień SIWZ wyraźnie wynika, że oczekiwanym okresem realizacji zamówienia jest okres 7 lat od daty rozpoczęcia pobierania opłat za postój (m.in. pkt III ppkt 11 lit. a SIWZ.). Postanowienie zgodnie z którym umowa może zakończyć się wcześniej, w przypadku wcześniejszego wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia,

jest jedynie zastrzeżeniem (stosowanym często w praktyce w przypadku zasad wynagradzania określonych jak w tej sprawie), w celu wyraźnego zastrzeżenia braku możliwości kontynuacji pobierania opłat do pełnego okresu 7 lat, bez ewentualnego dodatkowego zlecenia. Absolutnie zapis taki nie może być rozumiany jako możliwość samodzielnego określenia przez wykonawcę okresu realizacji umowy.

Sposób interpretacji Odwołującego prowadziłby do całkowicie absurdalnej sytuacji, wręcz stanowiącej możliwość manipulacji i działań naruszających uczciwą konkurencję: im krótszy okres realizacji zamówienia zostanie zaplanowany przez wykonawcę, tym wykonawcy będzie przysługiwało niższe wynagrodzenie, a w konsekwencji będzie mógł zaoferować niższą cenę niż wykonawcy, którzy zaplanowali dłuższy okres realizacji i uzyskać zamówienie. Zamawiający byłby zatem zmuszony udzielić zamówienia na krótszy okres niż został zaplanowany. Próbę manipulacji ceną oferty przez Odwołującego sugeruje już zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że „jeżeli okaże się, że taka liczba godzin zostanie przez kierowców opłacona np. już po trzech latach, to zyskuje na tym wykonawca, bowiem nie będzie musiał przez pozostały czas pokrywać kosztów utrzymania systemu i innych kosztów [...]”. W sytuacji zatem, gdy Odwołujący skalkulował swoją ofertę jedynie przy uwzględnieniu 5-letniego okresu realizacji zamówienia, to nie uwzględnił kosztów utrzymania systemu i tych innych kosztów za pozostały okres 2 lat.

Dlatego też, w celu zapewnienia porównywalności ofert i zaoferowania świadczenia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, należało skalkulować ofertę na okres 7 lat realizacji zamówienia. Wspomniana powyżej ewentualność nie może stanowić o ograniczeniu zobowiązania wykonawcy, jest to bowiem okoliczność przyszła, niepewna, a przede wszystkim niemożliwa do oszacowania.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, treść zobowiązania wynikającego z jego oferty nie jest tożsama z wymaganiami Zamawiającego co do treści zobowiązania wykonawcy. W sytuacji, gdy z wyjaśnień treści oferty udzielanych przez Odwołującego wynika, że cena oferty została skalkulowana jedynie przy założeniu realizacji zamówienia przez 5 lat, zaś jedynie dla formalności, tj. formalnej zgodności ze wzorami formularzy zawartymi w SIWZ, została rozłożona na 7 lat, należy – jak słusznie ocenił Zamawiający – uznać, że oferta została skalkulowana w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. W sposób jednoznaczny z SIWZ wynikało bowiem, że cena ofertowa ma uwzględniać założenie realizacji zamówienia przez okres 7 lat.

Wykonawca K podkreślił, że intencja Zamawiającego, aby kalkulacja kosztów stanowiących podstawę obliczenia ceny ofertowej dotyczyła okresu 7 lat (a nie okresu

dowolnie i swobodnie wybranego przez wykonawcę) wynika wprost z SIWZ. Zamawiający dopełnił zatem swojego obowiązku poinformowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o swoich wymaganiach poprzez umieszczenie odpowiednich zapisów w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu oraz w wyjaśnieniach do treści SIWZ.

Na szczególną uwagę zasługuje pkt II.2.7 ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, w którym jednoznacznie, jako zakończenie okresu obowiązywania umowy, wskazano datę 31.08.2025 r., a dodatkowo w pkt VI.3 („Informacje dodatkowe”) wskazano, że „Zamawiający przewiduje termin realizacji zamówienia od daty zawarcia umowy do 31.8.2025 r. [...]”.

Postanowienia SIWZ (pkt III ust. 11 oraz pkt XIV) również jednoznacznie wskazują, że zamiarem Zamawiającego było udzielenie zamówienia na 7 lat, a w konsekwencji okres 7 lat należało traktować jako okres realizacji zamówienia, który powinien być objęty treścią oferty. Wykonawcy kalkulując cenę oferty zobowiązani byli zatem uwzględnić pełen planowany okres realizacji zamówienia, tj. okres 7 lat.

We wzorach formularzy stanowiących załączniki do SIWZ, tj. w formularzu oferty oraz w formularzach dotyczących obliczenia wartości poszczególnych elementów wynagrodzenia, Zamawiający wyraźnie zobowiązał wykonawców do ujęcia kosztów realizacji umowy w odniesieniu do 7 lat, przez wskazanie każdego roku świadczenia usługi odrębnie. W szczególności, w Tabeli nr 1 podano szacunkową ilość udostępnianych parkomatów i odpowiadające im okresy udostępniania. Wynika z tego, że 299 parkomatów, które miały zostać udostępnione w 2018 r., miały być udostępniane przez okres 84 miesięcy, tj. 7 lat. Podobnie, w Tabeli nr 2 i 3 podano szacunkową liczbę godzin opłaconego postoju, jak wskazano chociażby w odpowiedzi na pytanie nr 170 do SIWZ (pismo z dnia 2 lutego 2018 r.), w skali 7 lat pobierania opłat.

We wzorze umowy również powtórzono postanowienia wskazujące na zamiar udzielenia zamówienia na okres 7 lat, w tym w § 2, a także w § 4 ust. 3 umowy, gdzie wyraźnie przeznaczono miejsce na rozbiecie wynagrodzenia wykonawcy na 7 lat (tj. 8 lat kalendarzowych, z których w pierwszym i ósmym roku zamówienie realizowane byłyby przez okres proporcjonalny do daty zawarcia umowy i rozpoczęcia pobierania opłat).

Powyższe wskazuje, że wynagrodzenie, w tym koszty związane z realizacją zamówienia, należało skalkulować przy założeniu realizacji zamówienia przez okres 7 lat. Każde inne rozwiązanie pozostawałoby w sprzeczności z SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym Wykonawcę K (dalej również „Przystępujący”) stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki warunkujące skuteczność przystąpienia, określone w art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba odmówiła natomiast dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym Wykonawcy C uznając, że przystąpienie zgłoszone zostało niezgodnie z zasadami reprezentacji tego wykonawcy.

Przystąpienie zgłoszono w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej, zgodnie z przepisem § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t.). Na przystąpieniu widnieje graficzna forma podpisu elektronicznego prezesa zarządu wykonawcy (M.W.), podczas gdy z załączonej do zgłoszonego przystąpienia informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców (Dział 2) wynika łączny sposób reprezentacji tego wykonawcy (w przypadku zarządu wieloosobowego wykonawcę reprezentuje dwóch członków zarządu łącznie lub członek zarządu z prokurentem). Na marginesie zauważyć należy, że załączona do zgłoszonego przystąpienia kopia pisma zawierającego oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy C, nie spełnia określonych w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp wymogów w zakresie formy, w jakiej dokonać należy tej czynności.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z odpowiedziami na wnioski wykonawców o wyjaśnienie jej treści, oferty Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny (pisma z 12 i 27 marca 2018 r.) oraz zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdzając, że wynikający z przytoczonych powyżej stanowisk stron stan faktyczny odpowiada treści przywołanych dokumentów.

W uzupełnieniu okoliczności faktycznych rozpoznawanej sprawy skład orzekający ustalił, że w toku Postępowania wykonawcy, wnosząc o wyjaśnienie treści SIWZ,

wielokrotnie nawiązywali do użytego w rozdziale III pkt 11 ppkt 3 SIWZ określenia momentu zakończenia pobierania opłaty za postój. Niezależnie od szczegółowych treści składanych Zamawiającemu wniosków, Zamawiający konsekwentnie wskazywał, że terminem zakończenia pobierania opłat jest, zgodnie z rozdziałem XVII SIWZ, wyczerpanie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, rozumianej jako cena oferty wykonawcy, nie dłużej jednak niż 7 lat od daty rozpoczęcia pobierania opłat (zob. pytania 162, 163 i 210 wraz z udzielonymi odpowiedziami). Ponadto, w odpowiedzi na pytanie 170, Zamawiający potwierdził, że szacunkowe liczby godzin opłaconego postoju podane w tabelach nr 2 i 3 stanowiących część formularza oferty określają wartości w skali 7-letniego okresu realizacji zamówienia.

W powyższych okolicznościach Izba uznała odwołanie za częściowo zasadne.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z SIWZ, w konsekwencji czego doszło do uchybienia zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i do wyboru oferty Przystępującego niezgodnie z przepisami Pzp.

Jedynie tytułem przypomnienia, jako że kwestia ta doczekała się obszernej analizy zarówno w doktrynie, jak i judykaturze, skład orzekający wskazuje, że mianem niezgodności treści oferty z SIWZ określa się sytuacje, w których świadczenie wykonawcy wynikające z oferty nie odpowiada wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ. *Ad casum* okoliczność ta wynikać miała z niewłaściwie określonego w ofercie Odwołującego zakresu świadczenia, wyrażającego się skróceniem okresu, w jakim Odwołujący przewidział świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Oceniając tę kwestię skład orzekający uznał jednak, że ze względu na brzmienie postanowień SIWZ oraz udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie jej treści, zakres świadczenia nie jest determinowany zakładanym przez wykonawcę okresem realizacji umowy.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań uczynić należy stwierdzenie, że Odwołujący wypełnił formularz ofertowy, w tym tabele 1-3, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Dodatkowo, biorąc pod uwagę treść odpowiedzi na pytanie 170, w której Zamawiający wyjaśnił, że przewidziane w tabelach 2 i 3 szacunkowe liczby godzin opłaconego postoju wyliczono biorąc za podstawę maksymalny, 7-letni okres pobierania opłat, nie sposób, w ocenie Izby, twierdzić, że Odwołujący nie ujął w ofercie pełnego zakresu oczekiwanego przez Zamawiającego świadczenia. W tej kwestii wykonawcy nie mieli możliwości zmiany szacunków, te bowiem zostały określone przez Zamawiającego, jednakowo dla wszystkich

wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Tym samym, skład orzekający uznał argument dotyczący braku porównywalności ofert za chybiony.

Odnosząc się do przywoływanych przez Zamawiającego i Przystępującego postanowień SIWZ (w szczególności rozdziału III pkt 11 ppkt 3), w tym wzoru umowy (§ 2) Izba uznała, biorąc również pod uwagę udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania 162, 163 i 210, że nie zawierają one zakazu przyjęcia krótszego niż 7-letni okresu realizacji zamówienia. Z powyższego wynika natomiast, że okres realizacji zamówienia (pobierania opłat) determinowany jest zasadniczo tym jak szybko wykonawca osiągnie przewidziane przez Zamawiającego wskaźniki (por. tabele 2 i 3 stanowiące podstawę obliczenia części wynagrodzenia wykonawcy) i otrzyma za to wynagrodzenie, wyczerpując jednocześnie kwotę z § 4 ust. 1 wzoru umowy, tj. cenę oferty. Mechanizm ten nie stwarza jednak – wbrew zapatrywaniom Wykonawcy K – możliwości manipulacji i działań naruszających uczciwą konkurencję, skoro – jak wspomniano – zakres świadczenia został sprecyzowany przez Zamawiającego przez podanie szacunków stanowiących podstawę obliczenia ceny oferty. Także wspomniane przez Przystępującego fragmenty treści ogłoszenia o zamówieniu nie przesądzają, że wskazana w nich data jest jedynym przewidzianym przez Zamawiającego momentem zakończenia realizacji zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, że przyjęcie przez Odwołującego założenia o wcześniejszym zrealizowaniu pełnego wymiaru świadczeń oczekiwanych przez Zamawiającego (w ciągu pięciu lat) stanowi w istocie jego ryzyko biznesowe. Przeciwwstawiane tej tezie twierdzenie o nieuwzględnieniu kosztów realizacji usługi w okresie dwóch kolejnych lat nie mieści się we wskazanej przez Zamawiającego podstawie odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, mający polegać na zaniechaniu wskazania powodów odrzucenia oferty Odwołującego i postanowienia SIWZ, z którym oferta Odwołującego miała być niezgodna. W pierwszej z kwestii skład orzekający stwierdził, że uzasadnienie, choć lakoniczne, nie było pozbawione podstawy faktycznej. Skoro zatem przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego były mu znane, to druga z ww. kwestii miała, zdaniem Izby, znaczenie wtórne i nie mogła przesądzać o uwzględnieniu tego zarzutu odwołania.

Wobec tego odwołanie w części obejmującej wspomniany zarzut podlegało oddaleniu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: