Sygn. akt: KIO 2308/18

WYROK

z dnia 23 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2018 r. przez wykonawcę P. S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez 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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania koncesyjnego,

2. kosztami postępowania obciąża 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 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa na rzecz wykonawcy P. S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący……

……

……

Sygn. akt: KIO 2308/18

U z a s a d n i e n i e

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 wszczął postępowanie o zawarcie umowy koncesji na „Świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych „carsharing" na terenie m. st. Warszawy — nr DPZ/83/KU/1/18.

Ogłoszenie o koncesji zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lipca 2018r. pod numerem 2018/S 138-316472 i w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 1100000047-N-2018 w tej samej dacie.

Zamawiający przekazał Odwołującemu: P. S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania za pośrednictwem e-mail w dniu 30 października 2018r.(pismo DPZ/83/KU/1/18).

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania Odwołujący w dniu 9 listopada 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 października 2016r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2016. 1920 ze. zm.) (dalej jako „ustawa o koncesji") w zw. z art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018. 1986 t.j.) (dalej jako „ustawa Pzp") zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

a)**art. 39 ustawy o koncesji, a w szczególności art. 39 ust. 2 pkt 1) ustawy o koncesji poprzez nieuzasadnione, bez podstawy prawnej unieważnienie postępowania nr DPZ/83/KU/1/18**na „Świadczenie usług

zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych „carsharing" na terenie m. st. Warszawy;

b)**art. 38 ust. 1 pkt 3) ustawy o koncesji poprzez zaniechanie należytego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania nr DPZ/83/KU/1/18 zaniechanie wykazania zaistnienia przesłanek unieważnienia, a jedynie ograniczenie się do podania ogólnikowych motywów działania Zamawiającego.**

W związku z powyższym Odwołujący, na podstawie art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji w zw. z art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp **wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 30 października 2018r. o unieważnieniu postępowania nr DPZ/83/KU/1/18 i następnie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, to jest oferty Odwołującego oraz orzeczenie o kosztach postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.**

Nadto, Odwołujący wnosił o dopuszczenie w postępowaniu następujących dowodów:

1)dowodów z dokumentów w postaci:

a)opisu postępowania o zawarcie umowy koncesji wraz z projektem umowy oraz wzorem oferty,

b)decyzji Zamawiającego z dnia 30 października 2018r. o unieważnieniu postępowania wraz z korespondencją mailową,

c)uzasadnienia projektu ustawy o umowie koncesji na roboty budowalne i usługi; VIII.612, Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi, dostępny: ,

d)pisma Odwołującego z dnia 18 października 2018r.,

e)dokumentacji postępowania nr DPZ/83/KU/1/18 złożonej przez Zamawiającego do akt odwoławczych - na okoliczność braku podstawy prawnej i faktycznej dla unieważnienia przez Zamawiającego tego postępowania,

2)uchwały nr XXXVI/1077/2008 Rady m. st. Warszawy z dnia 26 czerwca 2008r. (tekst jednolity) w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłaty za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłaty dodatkowej oraz sposobu pobierania tych opłat — na okoliczność wykazania poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści,

3)dowodów poniesienia kosztów związanych z pozyskaniem dokumentów do postępowania (zaświadczenia z KRK) — na okoliczność poniesienia przez Odwołującego szkody,

3)zeznań świadków:

a)L. L. — wezwanie na adres P. S.A., ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa

b)K. P. - wezwanie na adres P. S.A., ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa

na okoliczność zaangażowania w istotnym zakresie pracowników Odwołującego w postępowaniu, wymiaru tego zaangażowania i poniesionych z tego tytułu kosztów, poniesienia przez Odwołującego szkody w związku z udziałem w postępowaniu, unieważnionym przez Zamawiającego niezgodnie z prawem.

4)z przesłuchania Odwołującego — w imieniu którego działa Prezes Zarządu M. P. — wezwanie na adres P. S.A., ul. Grójecka 208, 02-390 — na okoliczność zaangażowania w istotnym zakresie pracowników Odwołującego w postępowaniu, wymiaru tego zaangażowania i poniesionych z tego tytułu kosztów, poniesienia przez Odwołującego szkody w związku z udziałem w postępowaniu, unieważnionym przez Zamawiającego niezgodnie z prawem.

Jednocześnie, Odwołujący zastrzegł możliwość składania w postępowaniu dalszych wniosków dowodowych w celu poparcia twierdzeń niniejszego odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że umowa koncesji - zgodnie z warunkami postępowania miała być zawarta na okres 5 lat.

Jednocześnie przedmiotowe postępowanie nr DPZ/83/KU/1/18 zostało ogłoszone piętnaście dni po unieważnieniu pierwszego postępowania o zawarcie umowy koncesji prowadzonego przez Zamawiającego w tym samym przedmiocie (nr poprzedniego postępowania DPZ/94/KU/1/16).

Pierwsze postępowanie toczyło się – jak twierdzi Odwołujący - niemal dwa lata i zostało przez Zamawiającego unieważnione na skutek upływu terminu związania oferta przez oferenta. Jedynym oferentem w pierwszym postępowaniu był Odwołujący.

W ramach umowy o koncesji zawieranej w wyniku postępowania DPZ/83/KU/1/18 koncesjonariusz miał świadczyć odpłatnie usługę zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych (carsharing) na terenie m. st. Warszawy, to jest całodobowego, krótkookresowego, bezobsługowego udostępniania samochodów do wypożyczenia przez zarejestrowanych użytkowników na zasadach określonych w tej umowie. Zamawiający w ramach umowy koncesji miał udostępnić koncesjonariuszowi prawo do posługiwania się znakiem promocyjnym m. st. Warszawy oraz wesprzeć koncesjonariusza w rozpowszechnieniu idei carsharing oraz zasad korzystania z usługi za pomocą

własnych kanałów informacyjnych. Koncesjonariusz ponadto, w związku z zawarciem umowy koncesji miałby prawo do korzystania z opłaty zryczałtowanej w wysokości 360 zł rocznie za postój w SPPN pojazdu samochodowego należącego do floty podstawowej, na zasadach określonych w uchwale Nr LVIII/1518/2017 Rady m. st. Warszawy z dnia 30 listopada 2017 r. zmieniającej uchwałę w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłaty za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłaty dodatkowej oraz określenia sposobu pobierania tych opłat (Dz. Urz. Woj. Maz. z 2017 r. poz. 11798).

Termin składania ofert pierwotnie wyznaczony został na dzień 22 sierpnia 2018r., który następnie został zmieniony przez Zamawiającego na dzień 31 sierpnia 2018r. Odwołujący złożył ofertę w dniu 31 sierpnia 2018r.

Zauważył, że oferta - wedle wzoru Zamawiającego - wskazywać miała:

a)flotę pojazdów oferenta służącą do świadczenia usługi carsharing, w tym flotę podstawową, ze wskazaniem liczby pojazdów, ich rodzaju oraz poziomu emisji CO2,

b)maksymalne stawki cen za: 1 minutę jazdy w trakcie wypożyczenia, 1 przejechany kilometr w trakcie wypożyczenia, 1 minutę postoju w trakcie wypożyczenia, 1 godzinę wypożyczenia (za łączny czas jazdy i postoju), 24 godziny wypożyczenia (za łączny czas jazdy i postoju).

Podniósł, że Zamawiający nie określił w warunkach postępowania żadnych ograniczeń, wskazówek czy wymagań co do sposobu określania cen w ofercie, oprócz tego, że cena ma być cena maksymalną w okresie obowiązywania umowy koncesji. Nie wprowadził górnych bądź dolnych limitów cen ani w żaden inny sposób nie zasygnalizował swoich oczekiwań co do cen.

Zauważył, że zgodnie z projektem umowy koncesji maksymalne stawki cen wskazane w ofercie miały obowiązywać przez cały okres obowiązywania umowy (60 miesięcy), z zastrzeżeniem kilku enumeratywnych wyjątków przewidzianych w umowie o koncesji, kiedy to koncesjonariusz - w drodze aneksu do umowy koncesji, wyłącznie za zgodą i wedle uznania Zamawiającego - może dokonać zmiany cen na wyższe. Umowa o koncesji nie przewidywała żadnych przypadków uprawniających koncesjonariusza do samodzielnej regulacji cen stosownie to potrzeb i uzasadnienia biznesowego, przewidywała natomiast, że Zamawiający mógł odrzucić wniosek koncesjonariusza o zmianę cen.

Jako istotną okoliczność Odwołujący zaznaczył, że oferta, według wymagań Zamawiającego, miała wskazywać ceny maksymalne, mające zastosowanie w 5-letnim okresie obowiązywania umowy koncesji.

Odwołujący oświadczył, że po dokonaniu analizy biznesowej, kosztów prowadzonej działalności oraz prognoz na kolejne 5 lat, zaoferował w ofercie maksymalne ceny, jakie mógłby stosować w okresie trwania umowy koncesji.

Odwołujący stwierdził, że zadeklarował w ofercie świadczenie usługi carsharing przez 480 pojazdów marki Toyota Yaris Hybrid o napędzie hybrydowym i emisji CO2 na poziomie 75 g/km.

Pismem z dnia 16 października 2018r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty powołując się na cenniki firm konkurencyjnych świadczących usługę carsharing (4Mobility, Traficar).

Zdaniem Odwołującego - w odpowiedzi na powyższe złożył obszerne wyjaśnienia w swoim piśmie z dnia 18 października 2018r. wskazując na wadliwość argumentacji Zamawiającego i wykazując, że oferta cenowa Odwołującego jest niższa w porównaniu z cenami innych podmiotów świadczących usługi carsharingu, a ponadto, że usługa ta jest z wielu względów jest społecznie atrakcyjna.

Decyzją z dnia 30 października 2018r. Zamawiający unieważnił postępowanie nr DPZ/83/KU/1/18 się na art. 39 ust. 2 pkt 1) ustawy o koncesji.

Wobec powyższego stanu faktycznego unieważnienie postępowania, czy to prowadzonego w trybie ustawy Pzp czy to ustawy o koncesji winno mieć – w ocenie Odwołującego - charakter wyjątkowy, a przesłanki umożliwiające skorzystanie przez Zamawiającego z tej instytucji wykładane ściśle.

Zamawiający powinien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego (do zawarcia umowy koncesji) doszło.

Zarzucił unieważnienie to nastąpiło w sposób nieuzasadniony, bez podstawy prawnej, co dodatkowo znalazło swoje odzwierciedlenie w lakonicznym uzasadnieniu, z którego nie sposób wywnioskować jednoznacznie, jaka konkretnie przesłanka ustawowa legła u podstaw wydania decyzji o unieważnieniu postępowania.

Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem **Zamawiający może unieważnić postępowanie, jeżeli zachodzą obiektywnie uzasadnione przesłanki, w szczególności wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w**

interesie publicznym.

Z powyższego przepisu wynika zatem wyraźnie, że okolicznością umożliwiającą unieważnienie postępowania przez Zamawiającą jest obiektywnie uzasadniona przesłanka. Jedną z przykładowych wskazanych przez ustawodawcę obiektywnie uzasadnionych przesłanek jest przesłanka wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym.

Powołał się na uzasadnienie do projektu ustawy o umowie koncesji na roboty budowalne i usługi.

Przekonywał, że przez obiektywnie uzasadnioną przesłankę należy rozumieć okoliczność całkowicie zewnętrzną, niezależną od stron postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Zamawiający mógł unieważnić postępowanie w związku z:

a)wystąpieniem istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym albo

b)wystąpieniem innej niż wskazana w pkt a) powyżej obiektywnie uzasadnionej przesłanki.

Przesłanka z pkt a) jest analogiczna do przesłanki unieważnienia postępowania w trybie ustawy Pzp.

Odwołujący wyraził przekonanie, że z uzasadnienia pisma z dnia 30 października 2018r. należy wnioskować, że Zamawiający chciał oprzeć unieważnienie postępowania na przesłance z pkt a) powyżej. Zamawiający zarówno w przedmiotowym piśmie z dnia 30 października 2018r., jak i w swojej poprzedniej korespondencji do Odwołującego z dnia 16 października 2018r. (ZDM/DPZ/1812/18/ZZ, ZDM-DPZ.3411.849.2018.MSU) kilkukrotnie wskazał, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Zamawiający jednak nie wykazał zaistnienia okoliczności wymaganych w powołanej przez siebie przesłance, a co za tym idzie nie uzasadnił w sposób jasny i precyzyjny swojej decyzji.

Według Odwołującego - powoduje to, że decyzja Zamawiającego jest niezgodna z Ustawą o koncesji i z trudnością poddaje się analizie i weryfikacji.

W ocenie Odwołującego - w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania brak jest przede wszystkim choćby wzmianki o tym, jaka to istotna zmiana okoliczności wystąpiła w postępowaniu DPZ/83/KU/1/18, która spowodowała, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. W szczególności taką istotną zmianą nie może być okoliczność, że w postępowaniu została złożona jedna oferta (oferta Odwołującego). Złożenie oferty tylko przez jednego oferenta nie jest okolicznością nadzwyczajną i nie stanowi podstawy do zakończenia postępowania w drodze unieważnienia. Nie jest to żadna istotna zmiana okoliczności, lecz jeden z typowych, zdarzających się scenariuszy w postępowaniach prowadzonych czy to w trybie ustawy Pzp, czy to ustawy o koncesji.

Istotna zmiana okoliczności jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż „nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357^1 k.c., tym niemniej sformułowanie „istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych.

Dodatkowo wskazał, że istotna zmiana okoliczności musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego, co w przypadku postępowania z udziałem Zamawiającego i Odwołującego nie miało miejsca.

Analizując uzasadnienie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, Odwołujący stwierdził, że właściwie nie jest w stanie jednoznacznie wskazać co leżało u podstaw zaskarżonej czynności Zamawiającego, w szczególności jaka istotna zmiana okoliczności wystąpiła w toku postępowania.

Zarzucił, ze Zamawiający pominął w uzasadnieniu w ogóle aspekt istotnej zmiany okoliczności, powołując się jedynie na brak niesprecyzowanego interesu publicznego w powiązaniu z warunkami cenowymi określonymi przez Odwołującego w jego ofercie, a w innym miejscu z faktem złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty.

Zdaniem Odwołującego - złożenie w postępowaniu jednej oferty nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji, w szczególności nie stanowi to istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Złożenie oferty tylko przez jednego nie stanowi obiektywnie uzasadnionej przesłanki umożliwiającej unieważnienie postępowania. Przyjmując taki tok myślenia możliwe byłoby unieważnienie każdego postępowania, w którym wpłynęła tylko jedna oferta.

Dalej wywodził, że nie jest również podstawą do unieważnienia postępowania niezasadny argument przywołany przez Zamawiającego, że *„dalsze prowadzenie postępowania ze stawkami oferowanymi przez jedynego oferenta nie leży w interesie publicznym"* oraz, że *„oferta będąca jedyną oferta złożoną w postępowaniu jest mniej korzystna dla*

użytkowników niż obecnie obowiązujący cennik tego samego wykonawcy.

Twierdzenie Zamawiającego, że prowadzenie postępowania ze stawkami oferowanymi przez Odwołującego nie leży w interesie publicznym jest - według oceny Odwołującego - nieprawidłowe i nieuzasadnione przez Zamawiającego, a ponadto nie jest to przesłanka uzasadniająca unieważnienie postępowania. Argument ten nie stanowi obiektywnie uzasadnionej przesłanki, niezależnej od stron postępowania, w tym nie stanowi istotnej zmiany okoliczności, której zaistnienie spowodowałoby, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Podkreślił, że uzasadnienie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 30 października 2018r. ma charakter wyłącznie jego subiektywnej oceny i polemiki, niepopartej faktami. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania sam sobie przeczy powołując się na wyższe ceny podmiotów konkurencyjnych niż maksymalne stawki wskazane przez Odwołującego w ofercie na okres 5 lat.

Z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania wynika niezbicie, że oferta złożona przez Odwołującego mająca obowiązywać zasadniczo przez okres 5 lat już teraz jest obiektywnie ofertą najkorzystniejszą cenowo w porównaniu do aktualnych cen podmiotów konkurencyjnych powołanych przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu decyzji jedynie polemizuje na temat cen i wyraża swoje subiektywne wątpliwości, co do tego czy oferta Odwołującego będzie atrakcyjna dla mieszkańców Warszawy, jednak w żadnym miejscu Zamawiający nie stwierdził i nie poparł stosownymi argumentami i dowodami, że oferta Odwołującego nie jest konkurencyjna i jest nieatrakcyjna.

Z uzasadnienia decyzji nie sposób wyczytać na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego jest zdecydowanie niekorzystna dla użytkowników usługi, bowiem brak w tej materii szerszej argumentacji.

W szczególności trudno zgodzić się Odwołującemu z tym, że jego oferta jest niekorzystna w porównaniu z ofertami innych podmiotów przywołanych przez Zamawiającego, które są obiektywnie wyższe niż maksymalne ceny wskazane w ofercie.

Wyraził przekonanie, że odwoływanie się przez Zamawiającego do aktualnie obowiązującego u Odwołującego cennika usługi carsharing jest z gruntu nieprawidłowe, albowiem Odwołujący złożył ofertę wskazując - zgodnie z wymaganiami - ceny maksymalne, którymi zasadniczo koncesjonariusz będzie związany przez okres 5 lat obowiązywania umowy koncesji.

Ponadto, zwrócił uwagę, że zastosowanie przez Odwołującego cen mieszczących się w granicach złożonej oferty automatycznie spowoduje zmianę cennika dla całej usługi świadczonej przez Odwołującego i dotychczas obowiązujący cennik przestanie obowiązywać. Okoliczność, że Odwołujący stosuje aktualnie inne ceny niż wskazane w ofercie jako ceny maksymalne nie zmienia faktu, że stosowany przez Odwołującego aktualnie cennik może ulec zmianie stosownie do sytuacji biznesowej, w szczególności poziomu kosztów związanych ze świadczeniem usługi i poziomu rentowności usługi.

Argumentował, że nie może być punktem odniesienia do badania atrakcyjności oferty na okres 5 lat cennik obowiązujący aktualnie u Odwołującego, bowiem ustala on ceny usługi w taki sposób, aby zapewnić swojemu przedsięwzięciu efektywność.

Odwołujący przypomniał, że w swoim piśmie z 18 października 2018r., że stawki aktualnie stosowane przez Odwołującego, niezależnie od losów postępowania koncesyjnego i zawarcia umowy koncesji z Zamawiającym, będą musiały ulec zmianie z uwagi na konieczność zapewnienia usłudze rentowności. Stały wzrost kosztów działalności wpływa bezpośrednio na ceny usługi carsharing.

Zdaniem Odwołującego - stawki oferowane aktualnie przez podmioty konkurencyjne działające na tym samym rynku co Odwołujący, wyższe od aktualnych stawek Wykonawcy, potwierdzają, że utrzymanie przez Odwołującego cen usługi standardowej na aktualnym poziomie i w perspektywie 5 lat współpracy z Zamawiającym nie jest dłużej możliwe.

Zarzucił, że Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania, o jaki interes publiczny chodzi oraz nie wykazał, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione.

Dodatkowo podniósł, że Zamawiający nie wyjaśnił jakim interesem publicznym się kierował w swojej decyzji, to dodatkowo nie wykazał, dlaczego ten interes publiczny przeważył nad kontynuacją postępowania zgodnie z przyrzeczeniem publicznym Zamawiającego.

Zauważył, że Zamawiający nie odniósł się również w żaden sposób merytorycznie do argumentacji Odwołującego zawartej w jego piśmie z dnia 18 października 2018r. złożonym na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący przedstawił szereg obiektywnych okoliczności przemawiających za atrakcyjnością oferty Odwołującego dla użytkowników usługi

carsharing. Brak odniesienia się przez Zamawiającego do argumentacji Odwołującego i ogólnikowy jego charakter sprawia, że decyzja jest niezrozumiała, a interes publiczny, na który powołuje się Zamawiający - nieznany.

Zarzucił, że brak precyzyjnego wskazania podstawy czynności unieważnienia postępowania, prowadzi do wniosku, iż Zamawiający w istocie nie poinformował Odwołującego o przyczynie unieważnienia postępowania, bowiem na nim ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby Odwołujący miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia Odwołującego wynikające z faktu złożenia oferty.

Nadmienił przy tym, że Zamawiający nie był w stanie obiektywnie wskazać podstawy prawnej unieważnienia postępowania, gdyż nie oparł na takowej swojej decyzji.

Zdaniem Odwołującego - interes publiczny w rozumieniu (nie wiadomo, jaki interes publiczny miał na myśli Zamawiający) był całkowicie zabezpieczony w niezasadnie unieważnionym przez Zamawiającego postępowaniu.

W związku z tym wskazał, że:

1)Oferta cenowa Odwołującego (ceny maksymalne) była obiektywnie korzystniejsza niż cenniki obowiązujące u podmiotów konkurencyjnych, w tym podmiotów, na które powołał się Zamawiający (Traficar, 4Mobility),

2)Złożona przez Odwołującego oferta miała obowiązywać przez okres 5 lat z niewielkimi i całkowicie uzależnionymi od Zamawiającego możliwościami renegocjacji cen; Odwołujący, jako jedyny podmiot, wziął na siebie to ryzyko, wierząc w ideę współdzielonej mobilności. Żaden z przywołanych przez Zamawiającego konkurencyjnych podmiotów nie zdecydował się na złożenie swojej oferty i poddanie się weryfikacji i ocenie ze strony Zamawiającego,

3)Wysoce prawdopodobnym jest, że ceny usług carsharing - wobec stale rosnących kosztów prowadzonej działalności (coraz większe obciążenia podatkowe, rosnące koszty pracownicze, wyższe koszty paliwa i ubezpieczeń pojazdów, koszty związane z postojem pojazdów w strefie płatnego parkowania, ryzyko wyższych kosztów związanych z wjazdem do centrum miasta) będą w podmiotach konkurencyjnych wzrastały, co jeszcze bardziej zwiększy atrakcyjność cenową Odwołującego, który jest zobowiązany do utrzymania deklarowanych w postępowaniu stawek,

4)Odwołujący wskazał, że w ramach stawek maksymalnych określonych w ofercie planuje wprowadzenie atrakcyjnych i innowacyjnych na polskim rynku produktów takich jak czasowe pakiety oraz miesięczne subskrypcje, w których stawki będą atrakcyjniejsze niż przewidziane dla usługi standardowej; Nowe produkty, poprzez preferencyjne stawki i korzystne zasady rozliczeń, mają zachęcić użytkowników do częstszego lub stałego korzystania z usługi carsharing, co wpłynie pozytywnie na rozwój współdzielonej mobilności z korzyścią dla m. st. Warszawy,

5)Podmioty konkurencyjne, na które powoływał się Zamawiający nie oferują usługi carsharing dobowego oczekiwanego przez Zamawiającego, a Odwołujący jest jedynym podmiotem spełniającym te wymagania. Traficar w ogóle nie posiada w swojej ofercie stawki dobowej, a 4Mobility oferuje stawkę dobową wyłącznie w modelu bazowym (czyli wymuszającym odbiór i zwrot samochodu w konkretnym wyznaczonym przez usługodawcę miejscu, oraz w którym oferuje bardzo ograniczoną liczbowo flotę), a nie free-floatingowym (umożliwiającym pozostawienie samochodu w każdym miejscu, w którym można zgodnie z przepisami zaparkować), który jest dla użytkownika najbardziej komfortowy i elastyczny,

6)Odwołujący jako jedyny podmiot w Warszawie opiera swoją działalność na ekologicznej i niskoemisyjnej flocie hybrydowej. Podmioty konkurencyjne prowadzą w Warszawie działalność carsharing w oparciu o pojazdy benzynowe. Dla porównania poziomy emisji C02 poszczególnych samochodów: hybrydowa Toyota Yaris Wykonawcy - 75g/km, Renault Clio 0,9 tce (Traficar) - 114 g/km, Hyundai i30 mpi (4Mobility) - 126 g/km . Dbałość o środowisko naturalne, w szczególności zmniejszenie ilości spalin, jest ściśle powiązane z ideą carsharing i tylko Odwołujący od początku i konsekwentnie w tym kierunku działa. Wszystkie samochody osobowe Odwołującego to hybrydy. Jest to niebagatelna przewaga Odwołującego i istotny aspekt w świetle interesu publicznego biorąc pod uwagę walkę ze smogiem i starania o czystsze powietrze w mieście. Zamawiający zresztą sam wskazał w swoim piśmie z dnia 22 sierpnia 2018r., że ma na uwadze interes użytkowników usługi oraz mieszkańców Warszawy w postaci zdrowia,

7)Odwołujący jako jedyny podmiot złożył ofertę zarówno w poprzednim postępowaniu koncesyjnym, jak i w postępowaniu aktualnie się toczącym. Tym samym Odwołujący poddał się precyzyjnej i wnikliwiej weryfikacji przez Zamawiającego i wykazał, że jest podmiotem doświadczonym, rzetelnym i dającym rękojmię należytego świadczenia usługi carsharing we współpracy z m. st. Warszawa. Odwołujący, jako jedyny podmiot, podjął decyzję o woli nawiązania współpracy z Zamawiającym na restrykcyjnych i obwarowanych szeregiem kar umownych zasadach potwierdzając tym samym, że nie obawia się świadczenia usługi na wysokim poziomie i weryfikacji przez Zamawiającego jakości tych

usług. Odwołujący, jako jedyny podmiot, wyraził wolę poniesienia wymiernych kosztów związanych z nawiązaniem współpracy - takich jak ustanowienie i utrzymywanie gwarancji bankowej czy dostosowanie systemu informatycznego do potrzeb i użytku Zamawiającego,

8)Odwołujący w porównaniu z podmiotami konkurencyjnymi działającymi w obszarze carsharing na terenie Warszawy ma największe zagęszczenie samochodów (w ofercie Odwołujący zadeklarował 500 samochodów), co istotnie pozytywnie wpływa na dostępność usługi dla użytkowników i komfort korzystania z samochodów współdzielonych. Samochody znajdują się w bliskiej odległości od użytkowników i są łatwiej dostępne dla szerszego ich kręgu.

Podsumowując, stwierdził, że Zamawiający unieważnił postępowanie bez podstawy prawnej.

Nadto, wskazał, że nie wystąpiła żadna obiektywnie uzasadniona przesłanka, w szczególności przesłanka, na którą jak się wydaje chciał się powołać Zamawiający, to jest przesłanka istotnej zmiany okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nr DPZ 83/KU/1/10 nie leżało w interesie publicznym. Zamawiający nie wykazał jaki interes publiczny chciał ochronić. W konsekwencji uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest lakoniczne i nie wskazuje na zaistnienie przesłanki ustawowej uprawniającej Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł, że zarówno ma interes w zawarciu umowy koncesji, jak również został poszkodowany w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy o koncesji w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy o koncesji.

Wskazał, że projekt umowy o koncesji, która miała być zawarta w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty zawierał postanowienia zobowiązujące Zamawiającego do współpracy i działań w umowie określonych: udostępnienia koncesjonariuszowi prawa do posługiwania się znakiem promocyjnym m. st. Warszawy oraz wsparcia koncesjonariusza w rozpowszechnieniu idei carsharing oraz zasad korzystania z usługi za pomocą własnych kanałów informacyjnych. Koncesjonariusz ponadto, w związku z zawarciem umowy koncesji i zgodnie z §3 ust. 3 tej umowy miałby prawo do korzystania z opłaty zryczałtowanej w wysokości 360 zł rocznie za postój w SPPN pojazdu samochodowego należącego do floty podstawowej, na zasadach określonych w uchwale Nr LVIII/1518/2017 Rady m. st. Warszawy z dnia 30 listopada 2017 r. zmieniającej uchwalę w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłaty za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłaty dodatkowej oraz określenia sposobu pobierania tych opłat (Dz. Urz. Woj. Maz. z 2017 r. poz. 11798).

Odwołujący argumentował, że w okolicznościach wskazanych powyżej miał prawo realnie oczekiwać, że jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą oraz zostanie zawarta umowa koncesji, a co za tym idzie Odwołujący uzyska świadczenia określone w umowie koncesji oraz ww. uchwale Rady m. st. Warszawy.

Odwołujący podniósł, że w wyniku niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy koncesji (i w efekcie nie zawarcia umowy koncesji) poniósł już wymierną szkodę związaną z istotnym zaangażowaniem swoich pracowników w postępowanie koncesyjne oraz wydatkami związanymi z postępowaniem, jak i utracił możliwość uzyskania korzyści wynikających z uprawnienia do ponoszenia opłat zryczałtowanych za postój w strefie płatnego parkowania na terenie Warszawy.

Według Odwołującego - utrata możliwości czerpania przez Odwołującego korzyści z umowy koncesji oraz uchwały Rady m. st. Warszawy wypełnia przesłankę, o której mowa w art. 54 ust. 1 ustawy o koncesji.

Odwołujący stwierdził, że poniósł dotychczas następujące szkody w zakresie damnum emergens:

1)szkoda w wysokości 50.000 zł stanowiąca koszt Odwołującego z tytułu wynagrodzenia personelu Odwołującego w przeliczeniu na godziny spędzone na pracy i czynnościami związanymi z postępowaniem koncesyjnym

2)szkoda w wysokości 150 zł z tytułu wydatków poniesionych przez Odwołującego na złożenie niezbędnej w postępowaniu dokumentacji — 5 zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego dot. Odwołującego, Prezesa Zarządu oraz Członków Rady Nadzorczej.

Odwołujący oświadczył, że z pełnym zaangażowaniem uczestniczył w postępowaniu koncesyjnym angażując swój personel na potrzeby analizy dokumentacji postępowania, przygotowania oferty oraz odpowiednich dokumentów, pozyskiwania dokumentów czy składania wyjaśnień w postępowaniu. W pracach brały udział osoby z działu floty, działu marketingu, działu finansowego, działu ds. rozwoju, działu carsharing, dział prawny, jak również Zarząd Odwołującego. Odwołujący poniósł również wydatki związane z pozyskaniem dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wyjaśnił, że w sytuacji, gdyby postępowanie było przeprowadzane zgodnie z ustawą o koncesji i bez naruszenia

przez Zamawiającego przepisów tej ustawy oraz zakończyło się w zgodzie z przepisami ustawy o koncesji, poniesione przez Odwołującego wydatki należałoby uznać za wydatki typowe, z którymi należy się liczyć w związku z udziałem w postępowaniu.

W przypadku jednak, gdy Zamawiający narusza przepisy ustawy o koncesji i bez podstawy prawnej niweczy postępowanie o zawarcie umowy koncesji powodując, że wszelkie wydatki i zaangażowanie Odwołującego i jego personelu stają się bezprzedmiotowe i tracą jakikolwiek walor ich zasadności — stwierdził, że działanie Zamawiającego wyrządza Odwołującemu wymierną szkodę.

Nadmienił przy tym, że art. 54 ust. 1 ustawy o koncesji w żaden sposób nie ogranicza uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej od wysokości poniesionej szkody. Szkoda zatem może mieć wielkość relatywnie niedużą. Istotny jest sam fakt jej poniesienia, który w okolicznościach niniejszego postępowania nie budzi wątpliwości.

Odwołujący wskazał również na to, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy o koncesji Odwołujący utracił możliwość uzyskania korzyści wynikających z przysługiwania koncesjonariuszowi prawa do ponoszenia zryczałtowanych opłat za parkowanie w strefie płatnego parkowania (SPPN) na terenie m. st. Warszawy.

Zgodnie z §2 uchwały nr XXXVI/1077/2008 Rady m. st. Warszawy z dnia 26 czerwca 2008r. w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania opłata za postój pojazdów samochodowych w SPPM w dni robocze od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni: 2 maja, 24 i 31 grudnia, w godzinach 8:00 do 18:00 wynosi: 3 zł za pierwszą godzinę, 3,60 zł za drugą godzinę, 4,20 zł za trzecią godzinę oraz 3 zł za czwartą i kolejne godziny.

Zgodnie z §5a ww. uchwały dla pojazdów samochodowych należących do miejskiego systemu krótkookresowego najmu samochodów („carsharing"), przez który należy rozumieć system polegający na udostępnianiu pojazdów samochodowych do krótkookresowego najmu przez zarejestrowanych użytkowników, obsługiwany przez operatorów na podstawie umów zawartych z m. st. Warszawą ustalona została zryczałtowana opłata w wysokości 360 zł rocznie.

Umowa o koncesji przewidziana do zawarcia w ramach unieważnionego przez Zamawiającego postępowania potwierdzała w §3 prawo koncesjonariusza do korzystania z opłaty zryczałtowanej w wysokości 360 zł rocznie za postój w SPPN pojazdu samochodowego należącego do floty podstawowej.

Bezspornym dla Odwołującego jest zatem, że Zamawiający unieważniając bez podstawy prawnej postępowanie o zawarcie umowy koncesji nr DPZ/83/KU/1/18 pozbawił Odwołującego korzyści polegającej na zastosowaniu wobec pojazdów Odwołującego zryczałtowanej rocznej opłaty przewidzianej ww. uchwałą.

Podniósł, że prowadzone przez Odwołującego statystyki miesięczne wskazują na to, że pojazdy carsharingowe Odwołującego przebywają w strefie płatnego parkowania średnio przez 16.200 godzin miesięcznie.

Przy założeniu, że średni koszt godziny parkowania w SPPN według standardowej stawki wynosi 3,08 zł (3 zł za pierwszą godzinę, 3,60 zł za drugą godzinę, 4,20 zł za trzecią godzinę, 10 godzin dziennie), a średni koszt godziny parkowania w SPPN przy założeniu zryczałtowanej opłaty rocznej wynosi 0,14 zł (kwota przeliczona przez Zamawiającego w decyzji unieważniającej postępowanie: 360 zł/2510 godzin) - różnica w koszcie godziny wynosi 2,94 zł. Przeliczając stawkę godzinową 2,94 zł przez 16.200 godzin miesięcznie oraz 12 miesięcy w roku uzyskujemy kwotę na poziomie 571.536 zł rocznie (w skali 5 lat obowiązywania umowy — 2.857.680 zł).

Wskazał, że Zamawiający wyliczył w decyzji o unieważnieniu postępowania jeszcze większą utraconą przez Odwołującego korzyść szacując ją na poziomie ponad dwóch milionów rocznie.

W ocenie Odwołującego - jest to kwota znacznie zawyżona, gdyż została policzona w okolicznościach, w których samochody Odwołującego nie poruszają się, nie są wynajmowane przez użytkowników i przez cały czas stoją w strefie płatnego parkowania generując wyłącznie koszty parkowania.

Nie mniej jednak utraconą korzyść Odwołującego widzi sam Zamawiający, jest to zatem okoliczność bezsporna.

Szkoda w postaci utraconych korzyści związanych z innym sposobem rozliczania kosztów postoju w strefie płatnego parkowania, jak również szkody poniesione przez Odwołującego o charakterze damnum emergens pozostają – w ocenie Odwołującego - w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego ustawy o koncesji. Gdyby Zamawiający bez podstawy prawnej nie unieważnił postępowania, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i podpisana byłaby umowa koncesji będąca podstawą do nabycia przez Odwołującego prawa do zryczałtowanych opłat z tytułu postoju z SPPN.

Odwołujący stwierdził również, że poniósł szkodę niemajątkową jaką Zamawiający wyrządził mu niegodnym z prawem działaniem. Szkoda ta objawia się w:

a)opublikowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania wydanej z naruszeniem Ustawy o koncesji i wskazanie z

uzasadnieniu tej decyzji, że oferta Odwołującego - wbrew faktom - jest „zdecydowanie niekorzystna dla mieszkańców Miasta Stołecznego Warszawy i innych potencjalnych użytkowników systemu carsharing", co daje przeświadczenie, że usługi świadczone przez Odwołującego są niekorzystne i nieatrakcyjne;

b)unieważnieniu po raz drugi — z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - postępowania o zawarcie umowy koncesji na świadczenie usługi carsharing z udziałem jedynego Oferenta - Odwołującego (pierwsze postępowanie o zawarcie umowy koncesji zostało przez Zamawiającego unieważnione w dniu 5 lipca 2018r.), co negatywnie wpływa na renomę Odwołującego i podważa zaufanie klientów do Odwołującego jego usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Opisu Postępowania o Zawarcie Umowy Koncesji, zwanego dalej OPoZUK, odwołania, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 16 października 2018r. do wyjaśnienia treści oferty, odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwanie z dnia 18 października 2018r., zawiadomienia Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 30 października 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 22 listopada 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba wzięła również pod uwagę, że pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie złożył oświadczenie, że w zakresie przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, a także poniesienia przez Odwołującego szkody w związku z unieważnieniem przedmiotowego przetargu nie ma pomiędzy stronami sporu i przeprowadzenie takich dowodów jest bezprzedmiotowe.

W związku z tym Izba uznała, że nie ma powodów do przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez Odwołującego w odwołaniu na powyższe okoliczności.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.38 ust.1 pkt. 3 ustawy o koncesji i art.39 ust.2 pkt 1 tejże ustawy.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do podjęcia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania koncesyjnego na zasadzie art. 39 ust.2 pkt. 1 ustawy o koncesji.

Izba ustaliła, że Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 30 października 2018r. poinformował o cenach jednostkowych z oferty Odwołującego i o cenach za analogiczne usługi z cenników wykonawców 4mobility i Traficar, którzy nie brali udziału w przedmiotowym postępowaniu koncesyjnym, a także z cennika samego Odwołującego.

W swojej motywacji Zamawiający stwierdził, że wystąpił obiektywny stan rzeczy polegający na tym, że jedyna złożona oferta (Odwołującego) jest mniej korzystna dla użytkowników niż obecnie obowiązujący cennik tego samego wykonawcy i zbliżonych do niego cenników innych powyższych wykonawców.

Zamawiający w przedmiotowym zawiadomieniu powołał się na okoliczność wystąpienia do Odwołującego pismem z dnia 16 października 2018r. o wyjaśnienie treści oferty i jego odpowiedź z dnia 18 października 2018r., która – w ocenie Zamawiającego – nie obaliła domniemania istnienia obiektywnych przesłanek, że dalsze prowadzenie postępowania ze stawkami oferowanymi przez jedynego oferenta nie leży w interesie publicznym.

Izba stwierdziła również, że w uzasadnieniu Zamawiający dokonał również wyliczenia korzyści finansowej dla Odwołującego wynikającej z obniżenia stawki zryczałtowanej w wysokości 360 zł rocznie za 1 pojazd za parkowanie w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego.

W podsumowaniu, Zamawiający powiadomił Odwołującego, że istnieją obiektywnie uzasadnione przesłanki, że dalsze prowadzenie postępowania i zawarcie umowy na okres 60 miesięcy na podstawie jedynej oferty złożonej w postępowaniu nie leży w interesie publicznym.

Na tle powyższego uzasadnienia zawiadomienia Zamawiającego o unieważnieniu postępowania koncesyjnego, wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art.39 ust.2 pkt 1 ustawy o koncesji Zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli zachodzą obiektywnie uzasadnione przesłanki, w szczególności wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym.

Jednocześnie w myśl przepisu art. 38 ust.1 pkt 3 ustawy o koncesji Zamawiający informuje niezwłocznie

wszystkich wykonawców o unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy koncesji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający w swoim uzasadnieniu z dnia
30 października 2018r. nie wykazał istnienia przesłanek określonych w przepisie art. 39 ust.2 pkt 1 ustawy o koncesji, a zatem również uzasadnienie faktyczne w powiązaniu z tymi przesłankami należało uznać za niewystarczające, co stanowiło z kolei naruszenie przepisu art.38 ust. 1 pkt 3 ustawy o koncesji.

W ocenie Izby – sama cena ofertowa inna niż ta wynikająca z cennika Odwołującego i innych wykonawców konkurencyjnych, a także różniąca się od ceny zaoferowanej przez Odwołującego we wcześniej prowadzonym postępowaniu koncesyjnym w tym samym zakresie, nie może przesądzać automatycznie o wystąpieniu obiektywnie uzasadnionej przesłanki.

Nadto, Zamawiający w swoim uzasadnieniu nie udowodnił, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, w szczególności jego motywacja nie wskazuje na czym ten interes publiczny miał polegać, skoro wszczynając postępowanie koncesyjne znane mu były wszystkie okoliczności dotyczące świadczonej usługi, zarówno jak twierdzi przeprowadził konsultacje społeczne, a także wiedział jaki będzie jego „wkład materialny" w przedmiotowe świadczenie w postaci zminimalizowania zryczałtowanej stawki za parkowanie w wysokości 360 zł rocznie za 1 pojazd.

Izba wzięła również pod uwagę aspekt ryzyka Odwołującego związanego z przewidzianym pięcioletnim okresem obowiązywania umowy w warunkach uzależnionej od Zamawiającego ewentualnej zgody na zmianę umowy, co może uzasadniać zwiększone koszty przewidziane na realizację kontraktu.

Powyższe wynika z uregulowania § 18 ust. 2 pkt 2 projektu umowy do OPoZUK, które przewidywało, że zmiana postanowień umowy wynikających z oferty możliwa będzie w następujących przypadkach: w przypadku znaczącej zmiany czynników kosztotwórczych lub innych okoliczności mających wpływ na świadczenie usług, na uzasadniony wniosek Koncesjonariusza, na podstawie zmian wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny. Zamawiający zastrzega możliwość odrzucenia wniosku, w takim przypadku winien jest jednak uzasadnić swoją decyzję.

Analizując treść powyższego postanowienia umownego należy dojść do wniosku, że możliwość dokonania zmiany wysokości ceny może okazać się dla wykonawcy trudne do wyegzekwowania, co może pośrednio uzasadniać podwyższoną cenę oferty.

W takim przypadku, aktualne stają się wyjaśnienia Odwołującego z dnia
18 października 2018r., z których wynika, że biorąc pod uwagę pięcioletni okres obowiązywania umowy należy się liczyć z ryzykiem stale rosnących kosztów prowadzonej działalności (wzrost obciążeń podatkowych, kosztów pracowniczych, wyższych kosztów paliwa i ubezpieczeń pojazdów), podczas gdy zaoferowane ceny miały charakter maksymalny.

Jednocześnie Izba pozostaje przekonana, że dowody na, które powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w żaden sposób nie wykazują istnienia przesłanek z art. 39 ust.2 pkt. 1 ustawy o koncesji.

Zdaniem Izby - dowód z oferty Odwołującego z dnia 26 marca 2018r. może co najwyżej świadczyć o tym, że stawki za przedmiotowe usługi uległy zmianie, co wskazuje na wzrost kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Oceniając sprawę, Izba nie mogła nie dostrzec, że argumentacja zaprezentowana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie nie koresponduje z treścią uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania koncesyjnego.

W motywacji czynności Zamawiający powołał się na fakt, że dalsze prowadzenie postępowania ze stawkami oferowanymi przez jedynego oferenta nie leży w interesie publicznym, podczas gdy w odpowiedzi na odwołanie kładzie nacisk na istnienie obiektywnej przyczyny w postaci braku atrakcyjności cenowej oferty Odwołującego.

Według zapatrywania Izby, jeżeli Zamawiający w powyższy sposób uzasadnił swoją decyzję o unieważnieniu przetargu, to nie może w chwili obecnej dokonywać rozszerzenia przesłanki z przepisu art. 39 ust. 2 pkt. 1 ustawy o koncesji dopuszczającej możliwość unieważnienia postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli zachodzi obiektywnie uzasadniona przesłanka w postaci wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji nie leży w interesie publicznym.

Izba również zauważyła, że Zamawiający próbował, powołując się na publikację z jego strony internetowej pod nazwą „Carsharing w innej formule" z dnia 31 października 2018r., dokonać rozszerzenia uzasadnienia do czynności unieważnienia postępowania przetargowego.

Zdaniem Izby - taka próba ma charakter nieuprawniony i zachowanie takie Zamawiającego koliduje z treścią przepisu art. 38 ust.1 pkt 3 ustawy o koncesji, nakładającego na niego obowiązek podania kompletnego uzasadnienia

faktycznego.

Ostatecznie, Izba potraktowała kopie dokumentów prywatnych Stowarzyszenia Mobilne Miasto i Traficar sp. z o.o. z dnia 21 listopada 2018r., jako stanowiska tych podmiotów, które nie mają zbieżnych interesów z Odwołującym, wobec tego nie mogą mieć one charakteru przesądzającego ocenę przesłanek z przepisu art. 39 ust. 2 pkt. 1 ustawy o koncesji.

Reasumując, unieważnienie postępowania koncesyjnego może być dopuszczalne jedynie w warunkach zaistnienia realnych, prawdziwych i obiektywnie uzasadnionych przesłanek.

W opinii Izby - taką przyczyną może być przykładowo rażąco niekorzystna cenowo oferta, która jednak wymaga szczegółowego uzasadnienia ze wskazaniem wszelkich okoliczności świadczących o możliwości wystąpienia pokrzywdzenia Zamawiającego, a także uwarunkowań związanych ze szczegółową kalkulacją przez wykonawcę.

W omawianym przypadku, można mówić co najwyżej o zmniejszonej atrakcyjności ceny w stosunku do pierwotnie złożonej oferty Odwołującego z dnia 28 marca 2018r., co samo w sobie nie decyduje o wystąpieniu obiektywnie uzasadnionej przyczyny.

Przedłożony przez Zamawiającego jednostronnie stworzony przez niego wykaz zawierający obliczenia korzyści z parkowania również nie jest wystarczający do uznania wystąpienia przesłanki ustawowej.

Za taką obiektywnie uzasadnioną przyczynę nie można uznać wreszcie okoliczności złożenia jednej oferty w postępowaniu koncesyjnym, bowiem z istoty prowadzonej procedury wynika zawsze ryzyko Zamawiającego braku zainteresowania uzyskaniem koncesji i złożenia oferty z ceną trudną do weryfikacji z punktu widzenia jego wartości rynkowej.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……

……..

……..