

WYROK

z dnia 30 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez Odwołującego -
wykonawcę P. S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez
Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 39 ust. 2 pkt 1 ustawy z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji na świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych „carsharing” na terenie m. st. Warszawy, podjętej 5 lipca 2019 r.
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 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 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 w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 1337/19

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 r., poz. 1920 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, postępowanie o zawarcie umowy koncesji na „Świadczenie usług zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych „carsharing” na terenie m. st. Warszawy”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o koncesji zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 lipca 2018 r., pod nr 2018/S 138-316472.

5 lipca br. Zamawiający poinformował wykonawcę P. S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) o unieważnieniu Postępowania, co zostało zaskarżone przez niego odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”).

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 39 Ustawy, a w szczególności art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy, przez nieuzasadnione, bez podstawy prawnej unieważnienie Postępowania;
2. art. 38 ust. 1 pkt 3 Ustawy przez zaniechanie należytego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania, zaniechanie wykazania zaistnienia przesłanek unieważnienia, a jedynie ograniczenie się do podania ogólnikowych motywów działania Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 5 lipca 2019 r. o unieważnieniu Postępowania i następnie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, to jest oferty Odwołującego oraz orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. treści dokumentów w postaci:

- a) opisu Postępowania wraz z projektem umowy, opisem przedmiotu koncesji oraz wzorem oferty;
- b) decyzji Zamawiającego z dnia 30 października 2018 r. wraz z odwołaniem Odwołującego od tej czynności z dnia 9 listopada 2018 r. oraz wyrokiem KIO z dnia 23 listopada 2018 r.;
- c) decyzji Zamawiającego z dnia 5 lipca 2019 r. o unieważnieniu Postępowania wraz z korespondencją mailową;
- d) dokumentacji Postępowania złożonej przez Zamawiającego do akt odwoławczych;
- e) artykułów z dnia 20 lutego 2018 r. oraz 9 lipca 2019 r. dotyczących uruchomienia usługi carsharing przez Innogy;
- f) cenników Odwołującego, 4Mobility i Click2Go;
- g) statutu Zamawiającego;
- h) dokumentu potwierdzającego wysokość opłat za parkowanie w Strefie Płatnego parkowania uiszczanych przez Odwołującego w ostatnich trzech miesiącach;

na okoliczność braku podstawy prawnej i faktycznej dla unieważnienia przez Zamawiającego po raz drugi Postępowania.

2. treści uchwały nr XXXVI/1077/2008 Rady m. st. Warszawy z dnia 26 czerwca 2008 r. (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. treści dokumentów dotyczących poniesienia kosztów związanych z pozyskaniem dokumentów do postępowania (zaświadczenia z KRK) - na okoliczność poniesienia przez Odwołującego szkody;

4. przesłuchania świadków:

a) L.L.;

b) K.P.;

wezwania na adres Odwołującego

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.

5. przesłuchania Odwołującego, w imieniu którego działa Prezes Zarządu M.P. (wezwanie na adres Odwołującego) - 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.

Odwołujący podał, że spełnia przesłanki z art. 54 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji

oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie Ustawy.

W zakresie interesu Odwołujący wskazał na posiadane kompetencje, doświadczenie i złożenie ważnej oferty, która jest jedyną ofertą w Postępowaniu.

W kwestii szkody Odwołujący wskazał natomiast na koszty zaangażowania pracowników w Postępowanie i na wydatki z tym związane oraz na utratę możliwości uzyskania korzyści wynikających z uprawnienia do ponoszenia opłat zryczałtowanych za postój w strefie płatnego parkowania na terenie Warszawy. Odwołujący powołał się również na poniesienie szkody niemajątkowej w postaci utraty renomy i zaufania klientów.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że Postępowanie miało zakończyć się zawarciem 5-letniej umowy. Postępowanie zostało ogłoszone piętnaście dni po unieważnieniu pierwszego postępowania o zawarcie umowy koncesji prowadzonego przez Zamawiającego w tym samym przedmiocie. Pierwsze postępowanie toczyło się niemal dwa lata i zostało przez Zamawiającego unieważnione na skutek upływu terminu związania ofertą przez Odwołującego - jedynego oferenta.

W ramach umowy o koncesji zawieranej w wyniku Postępowania koncesjonariusz miał świadczyć odpłatnie usługę zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych (carsharing) na terenie m. st. Warszawy, tj. 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 carsharingu 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 strefie płatnego parkowania niestrzeżonego („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 2018 r., który następnie został zmieniony przez Zamawiającego na dzień 31 sierpnia 2018 r. Odwołujący złożył ofertę w dniu 31 sierpnia 2018 r.

Oferta - według wzoru Zamawiającego - wskazywać miała:

- a) flotę pojazdów (minimum 300) oferenta służącą do świadczenia usługi carsharingu, 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) - Zamawiający nie dopuścił możliwości przedstawienia innego modelu cenowego niż składający się z trzech elementów cenotwórczych (czas jazdy, czas postoju, kilometry).

Zamawiający nie określił w warunkach Postępowania żadnych ograniczeń, wskazówek czy wymagań co do sposobu określania cen w ofercie, oprócz tego, że cena ma składać się z trzech elementów oraz być ceną maksymalną w całym 5-letnim okresie obowiązywania umowy koncesji. Zamawiający nie wprowadził górnych bądź dolnych limitów cen ani w żaden inny sposób nie zasygnalizował swoich oczekiwań co do cen.

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 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.

Co istotne, oferta, według wymagań Zamawiającego, miała wskazywać ceny maksymalne, mające zastosowanie w 5-letnim okresie obowiązywania umowy koncesji. Odwołujący, 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.

Zgodnie z pkt 2.4 Opisu przedmiotu koncesji (dalej „OPK”) flota samochodów koncesjonariusza powinna się składać z samochodów dopuszczonych do ruchu zgodnie z prawem polskim i należących do jednego lub większej liczby rodzajów spośród niżej wymienionych:

- a) samochody elektryczne;
- b) samochody hybrydowe;
- c) samochody z silnikiem benzynowym z poziomem emisji Euro 6.

Dodatkowo, Zamawiający dopuścił świadczenie usług pojazdami typu van (van osobowy, van dostawczy) z napędem Diesla.

Odwołujący wskazał w ofercie, że główną flotą służącą do świadczenia usługi carsharingu będzie 480 pojazdów marki Toyota Yaris Hybrid o napędzie hybrydowym i niskiej w związku z tym emisji CO₂ na poziomie 75 g/km.

W OPK Zamawiający nałożył szereg innych wymagań w odniesieniu do floty, jak i jakości i warunków świadczenia usługi carsharingu przez Koncesjonariusza.

Pismem z 16 października 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie cen, powołując się na cenniki firm konkurencyjnych

świadczących usługę carsharingu (4Mobility, Traficar). Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia w swoim piśmie z dnia 18 października 2018 r., 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 2018 r. Zamawiający unieważnił poprzednie postępowanie. Legalność tej czynności była przedmiotem postępowania przed KIO (sygn. ak: KIO 2308/18), która wyrokiem z dnia 23 listopada 2018r. uwzględniła odwołanie Odwołującego. Jest to istotna kwestia dla tej sprawy, ponieważ w zaskarżonej aktualnie czynności Zamawiającego unieważnienia Postępowania Zamawiający przytoczył ponownie takie same argumenty, jak w unieważnionej decyzji z 30 października 2018 r.

Zamawiający zakończył Postępowanie ponowną decyzją z dnia 5 lipca 2019 r. o jego unieważnieniu z powołaniem się na przesłankę z art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy.

Zdaniem Odwołującego, unieważnienie postępowania, czy to prowadzonego w trybie ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, czy Ustawy winno mieć charakter wyjątkowy, a przesłanki umożliwiające skorzystanie przez Zamawiającego z tej instytucji wykładane ściśle. Zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego (tu - do zawarcia umowy koncesji) doszło.

Analiza uzasadnienia czynności z dnia 5 lipca 2019 r. prowadzi do wniosku, że nastąpiło ono w sposób nieuzasadniony, bez podstawy prawnej. Potwierdza to kolejne lakoniczne uzasadnienie czynności zawierające po raz kolejny jedynie ogólnikowe stwierdzenia. Zamawiający nie wykazał zaistnienia okoliczności wymaganych w powołanej przez siebie przesłance, a co za tym idzie - nie uzasadnił w sposób jasny i precyzyjny swojej decyzji. Powoduje to, że decyzja Zamawiającego jest niezgodna z Ustawą i z trudnością poddaje się analizie i weryfikacji.

Zgodnie z art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy okolicznością umożliwiającą unieważnienie postępowania przez Zamawiającego jest obiektywnie uzasadniona przesłanka, w szczególności wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym. Ta przesłanka unieważnienia postępowania koncesyjnego jest tożsama z przesłanką unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie Pzp. Mając na względzie zbliżony charakter oraz cel postępowań prowadzonych w trybie Ustawy i Pzp stwierdzić należy, że sposób wykładni tej przesłanki na bazie obu tych ustaw winien być taki sam. Zważywszy, że Zamawiający w każdym punkcie uzasadnienia powołuje się na „interes publiczny”, uznać należy, że Zamawiający właśnie na przesłance istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, oparł swoją decyzję. Zamawiający w jednym zdaniu wskazał, gdzie dopatruje się istotnej zmiany okoliczności (pojawiły się kolejne firmy świadczące usługi carsharingu), a w głównej mierze powołuje się wyłącznie na bliżej niesprecyzowany i nieumotywowany interes publiczny w powiązaniu z warunkami cenowymi określonymi przez Odwołującego w jego ofercie i ogólną walką ze spalaniem i hałasem.

W ocenie Odwołującego Zamawiający unieważnił Postępowanie opierając się na tym, że:

- a) nastąpiła obiektywnie uzasadniona przesłanka w postaci istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym - na rynku pojawiły się kolejne firmy świadczące usługi carsharingu;
- b) w interesie publicznym jest promowanie pojazdów zeroemisyjnych;
- c) klienci mogą dowolnie wybierać spośród oferentów taką usługę, która zaspokaja ich potrzeby; w interesie publicznym nie jest ograniczanie im tego wyboru poprzez wspierania w świadczeniu usługi tylko jednego podmiotu;
- d) cena zaproponowane przez Odwołującego jest niekonkurencyjna i niezgodne z interesem publicznym.

Odnosząc się do poszczególnych elementów uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania Odwołujący podał, że:

Ad a)

Zdarzenie mające być podstawą do unieważnienia postępowania, w tym konkretnym przypadku - istotna zmiana okoliczności powodująca, że zawarcie umowy koncesji nie leży w interesie publicznym winna mieć charakter wyjątkowy. „Istotna zmiana okoliczności” jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż „nadzwyczajna zmiana stosunków” wymieniona w art. 337¹ ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 j.t.), zwanej dalej „Kc”, tym niemniej sformułowanie „istotna” wskazuje na Zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych. Dodatkowo wskazać należy, że: (1) istotna zmiana okoliczności musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego, (2) zmiana musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający realizację usługi według dotychczasowych założeń, (3) zamawiający, w momencie ogłoszenia postępowania, nie mógł przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności.

Istotną zmianą nie może być okoliczność, że na rynku pojawiają się kolejne firmy świadczące usługi carsharingu. Jest to typowy scenariusz rynkowy (że pojawiają się kolejni konkurenci), przy czym kolejne firmy carsharingowe wchodzi na rynek warszawski nieustannie od 2016 r. (4Mobility wystartowało w listopadzie 2016 r., Traficar w czerwcu 2017 r., podobnie Odwołujący). Ogłaszając Postępowanie 20 lipca 2018 r. Zamawiający był tego świadomy, a w Warszawie działało w tym czasie już kilka firm carsharingowych (Traficar, 4Mobility, Odwołujący). Zwrócić uwagę należy na to, że w dacie ogłoszenia Postępowania nie było również tajemnicą, że usługę carsharingu w Warszawie uruchamia przywołana przez Zamawiającego spółka Innogy. Pojawianie się nowych podmiotów na rynku car sharingowym nie jest zatem okolicznością zaskakującą, a tym bardziej Zamawiającemu nieznaną czy nieprzewidywalną.

Już z tego względu decyzja Zamawiającego winna ulec unieważnieniu.

Ad b)

Zamawiający podnosi, że w szeroko pojętym interesie publicznym „stało się promowanie pojazdów zero emisyjnych”, a „pojazdy zeroemisyjne, które pojawiły się w Warszawie mają duże znaczenie dla ograniczenia zanieczyszczenia powietrza, co stanowi coraz większy problem w Warszawie”.

Po pierwsze, nie sposób powiązać tego wyjaśnienia z istotną zmianą okoliczności, która winna wystąpić, aby spełniła się przesłanka unieważnienia postępowania z powołaniem się na interes publiczny. Jeżeli Zamawiający łączy to wyjaśnienie z faktem pojawienia się w Warszawie usługi carsharingu oferowanej przez Innogy, to w pkt a) powyżej Odwołujący uzasadnił dlaczego ten fakt nie może stanowić uzasadnionej zmiany okoliczności.

Po drugie, ogólnikowe stwierdzenia Zamawiającego mają wyłącznie charakter polemiki i opierają się na powszechnie stosowanych sloganach, zamiast stanowić rzetelne, poparte konkretnymi uzasadnienie. Przykładowo, Zamawiający twierdzi, że pojazdy zeroemisyjne, które pojawiły się w Warszawie mają duże znaczenie dla ograniczenia zanieczyszczenia powietrza - nie wiadomo, z czego wynika takie twierdzenie Zamawiającego. Sam fakt pojawienia się pojazdów zero emisyjnych nie oznacza automatycznie ograniczenia zanieczyszczenia powietrza. Nie wiadomo na podstawie jakich badań na obszarze Warszawy Zamawiający wysnuł takie wnioski.

Po trzecie, Odwołujący nie widzi żadnego związku pomiędzy pojawieniem się nowych usługodawców carsharingu w Warszawie a Postępowaniem. W szczególności Odwołujący nie widzi korelacji pomiędzy bliżej niesprecyzowanym promowaniem pojazdów zero emisyjnych a wyłonieniem usługodawcy świadczącego usługę carsharingu na podstawie umowy z Zamawiającym. Celem Postępowania jest wyłonienie rzetelnego i podlegającego kontroli Zamawiającego usługodawcy carsharing zgodnie ze statutowym zadaniem Zamawiającego polegającym na realizacji zadań związanych z wdrożeniem, zarządzaniem i eksploatacją systemów zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych (carsharing) - § 3 ust. 2 pkt 4b statutu Zamawiającego.

Jak już zostało wskazane informacja o uruchomieniu elektrycznego carsharingu przez Innogy, która to okoliczność jest, jak się wydaje, jednym z głównych motywów unieważnienia Postępowania, była powszechnie znana zanim Zamawiający je ogłosił. Co więcej, Zamawiający w warunkach Postępowania dopuścił świadczenie usługi na pojazdach z silnikiem benzynowym oraz hybrydowym. Dodatkowo dopuścił również pojazdy z silnikiem Diesla, które trudno uznać za pojazdy niskoemisyjne.

Zamawiający, w zależności od swoich incydentalnych potrzeb, zmienia stanowisko w zakresie „interesu publicznego”, który chce chronić. Pierwszą decyzję o unieważnieniu Postępowania Zamawiający uzasadniał tym, że ceny zaofiarowane przez Odwołującego w ofercie są niekorzystne dla mieszkańców Warszawy i użytkowników usługi. Pierwsze unieważnienie miało miejsce 30 października 2018 r., a zatem tylko pół roku temu - w tamtym momencie Zamawiający nie powoływał się na kwestie związane z zanieczyszczeniem powietrza, emisją spalin, czy promowaniem pojazdów zeroemisyjnych. Pojazdy zeroemisyjne nie są nowością i nie pojawiły się na rynku wraz pojawieniem się usługi świadczonej przez Innogy. Zamawiający na promowanie pojazdów zeroemisyjnych mógł powołać się już w pierwszej decyzji, co więcej mógł w ogóle nie ogłaszać Postępowania w dniu 20 lipca 2018 r. w świetle powszechnie dostępnych i znanych informacji o zamiarze uruchomienia przez Innogy usługi carsharingu oraz trendu elektromobilności, który pojawił się wraz z uchwaleniem ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych obowiązującej od 22 lutego 2018 r., a nawet wcześniej (ustawa była efektem tego trendu) Zamawiający jednak Postępowanie ogłosił. W tym stanie rzeczy aktualna argumentacja Zamawiającego jest niewiarygodna.

W piśmie z dnia 16 października 2018 r. Zamawiający wskazał, że w interesie publicznym leży konkurencyjna i atrakcyjna dla mieszkańców Warszawy usługa carsharingu. Atrakcyjność usługi Zamawiający uzasadniał aspektem cenowym. Zamawiający sam stwierdził w swojej odpowiedzi na pierwsze odwołanie Odwołującego, że „Powszechnie wiadomo, że cena jest jednym ze składników, który w największym stopniu wpływa na potencjalne zainteresowanie użytkowników.” Powtórzył tę argumentację w zaskarżonej czynności unieważnienia.

Zamawiający enigmatycznie również stwierdza, że oferta Odwołującego jest mało atrakcyjna z punktu widzenia interesu publicznego w zestawieniu z ofertami konkurencji dostępnymi na rynku konkurencyjnym. Nie wskazuje jednak żadnego konkretnego potwierdzenia tej tezy, w szczególności nie robi żadnych porównań ani analiz, które miałyby to zestawienie i jego wynik odzwierciedlić (w powiązaniu interesu publicznego i ofert konkurencyjnych).

Zamawiający twierdzi, że nie osiągnie efektu istotnej redukcji spalin i hałasu przez zawarcie umowy z Odwołującym oraz, że zawarcie umowy z Odwołującym nie będzie korzystne ze względu na zakres statutowych celów Zamawiającego.

Zwrócić jednak należy uwagę, że celem Postępowania nie było osiągnięcie efektu istotnej redukcji spalin i hałasu (nie wiadomo nawet, jak Zamawiający miałby ten efekt zbadać). Celem postępowania było wyłonienie wiarygodnego, rzetelnego, sprawdzonego i podlegającego kontroli Zamawiającego dostawcy usługi carsharingu w Warszawie, którego usługa będzie dla mieszkańców Warszawy alternatywą dla ich własnego samochodu. Zamawiający we własnym uzasadnieniu potwierdza, że Zamawiającemu przyświecała idea propagowania zrównoważonych i alternatywnych metod poruszania się po mieście. Usługa Odwołującego całkowicie wpisuje się w ten cel.

Na uwagę zasługuje powoływanie się przez Zamawiającego na swoje statutowe cele jako argument uzasadniający unieważnienie postępowania. Analizując treść statutu Zamawiającego nie sposób dopatrzeć się celu w postaci promowania pojazdów zeroemisyjnych czy też istotnej redukcji emisji spalin i hałasu, podczas, gdy w § 3 ust. 2 statutu wyraźnie wskazane zostało zadanie: 4b) realizacja zadań związanych z wdrożeniem, zarządzaniem i eksploatacją systemów zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych (carsharing). Zamawiający winien poszukiwać i powoływać się na interes publiczny w korelacji ze swoimi zadaniami statutowymi, bowiem to one wyznaczają podwaliny do ogłaszania postępowań o zamówienie publiczne czy też koncesyjnego.

Jak już zostało zasygnalizowane Zamawiający w warunkach Postępowania dopuścił świadczenie usługi pojazdami benzynowymi, hybrydowymi, elektrycznymi, a nawet z silnikami Diesla. Dodatkowo, na 100 możliwych do uzyskania przez oferenta punktów, tylko maksymalnie 15 mogło być przyznanych za posiadanie floty elektrycznej, co świadczy o tym, że aspekt ten nie był dla Zamawiającego kluczowy.

W świetle powyższego Odwołujący nie rozumie dlaczego spełnienie przez niego warunków Postępowania i złożenie oferty zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i na warunkach przez niego postawionych stanowi teraz podstawę do stawiania przez Zamawiającego pod adresem Odwołującego zarzutów o nieatrakcyjności oferty i o jej sprzeczności z interesem publicznym.

Ad c)

Zamawiający twierdzi, że na rynku jest coraz większa liczba usługodawców, klienci mogą dowolnie wybierać spośród oferentów, nie jest zatem w interesie publicznym ograniczanie im tego wyboru, przez wspieranie w świadczeniu usługi tylko jednego podmiotu.

Jest to argument, który był przez Zamawiającego już de facto powoływany w poprzedniej decyzji o unieważnieniu Postępowania, kiedy to Zamawiający powoływał się na warunki świadczenia usług przez konkurencyjne podmioty. Odwołujący ponownie podnosi, że liczba usługodawców carsharingu nie może uzasadniać unieważnienia Postępowania. Nie jest to zjawisko stanowiące istotną zmianę okoliczności, będące zdarzeniem nadzwyczajnym czy nieprzewidywalnym, a wręcz jest to typowe w obrocie gospodarczym. Rynek carsharingu rozwija się nieustannie od 2016 r. W lipcu 2018 r. - gdy Zamawiający ogłaszało Postępowanie - na rynku warszawskim działało już kilku usługodawców (4Mobility, Traficar, Odwołujący, Innogy testowało usługę) i nie stanowiło to dla Zamawiającego przeszkody, aby wszcząć postępowanie koncesyjne.

Wadliwość argumentacji Zamawiającego polega również na tym, że wyłonienie oferenta w jakimkolwiek postępowaniu organizowanym przez zamawiającego wiąże się z korzyścią i wsparciem dla tego oferenta z pominięciem pozostałych oferentów biorących w tym postępowaniu udział czy też podmiotów konkurencyjnych, które nie zdecydowały się na wzięcie udziału w takim postępowaniu. Gdyby przyjąć logikę Zamawiającego, każde właściwie postępowanie nie miałoby uzasadnienia i racji bytu. Dla Odwołującego niezrozumiałym jest, w jaki sposób zawarcie umowy z Odwołującym miałoby ograniczać klientom wybór usługi, jak twierdzi Zamawiający. Zawarcie umowy z Odwołującym w żaden sposób nie utrudnia ani

nie ogranicza użytkownikom usługi dostępu do konkurencyjnych ofert, ich porównywania i korzystania z nich.

Nie wolno również zapominać o tym, że celem każdego postępowania „publicznego” jest wyłonienie rzetelnego oferenta dającego rękojmię należytego świadczenia usługi. W tym celu Zamawiający oczekiwał przedstawienia szeregu dokumentów, oświadczeń, gwarancji należytego wykonania umowy oraz zastrzegł szereg kar umownych oraz sankcji za świadczenie usługi na innym poziomie niż oczekiwany przez Zamawiającego. Odwołujący jako jedyny podmiot złożył ofertę zarówno w poprzednim postępowaniu (toczącym się w latach 2016-2018), jak i w obecnym. Tym samym Odwołujący poddał się precyzyjnej i wnikliwej weryfikacji przez Zamawiającego i wykazał, że jest podmiotem doświadczonym, rzetelnym i dającym rękojmię należytego świadczenia usługi carsharingu 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.

Wybór Odwołującego i zawarcie z nim umowy koncesji w żaden sposób nie naraża interesu publicznego, niezależnie od tego jaki interes publiczny Zamawiający chciałby chronić.

Ad. d)

Zamawiający po raz drugi opiera swoją decyzję na twierdzeniu, że ceny zaproponowane przez Odwołującego są niekonkurencyjne, co stanowi podstawę do unieważnienia Postępowania. Kwestia ta była wnikliwie przeanalizowana przez KIO w postępowaniu o sygn. KIO 2308/18. Zamawiający powiela tę argumentację w decyzji z 5 lipca 2019 r., przy czym powołuje się na nierzetelne dane. Odwołujący zmuszony jest w dużej mierze ponowić swoje stanowisko z poprzedniego odwołania oraz sprostować informacje zawarte w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania.

Twierdzenie Zamawiającego, że prowadzenie Postępowania ze stawkami oferowanymi przez Odwołującego nie leży w interesie publicznym jest nieprawidłowe, a ponadto nie jest to przesłanka uzasadniająca unieważnienie postępowania. Argument ten nie stanowi obiektywnie uzasadnionej przesłanki czy istotnej zmiany okoliczności, której zaistnienie spowodowałoby, że prowadzenie Postępowania nie leży w interesie publicznym.

Uzasadnienie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 5 lipca 2019 r. ma charakter wyłącznie jego subiektywnej oceny i polemiki niepopartej faktami. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wręcz sam sobie przeczy, powołując się na

wyższe ceny podmiotów konkurencyjnych niż maksymalne stawki wskazane przez Odwołującego w ofercie - co warto podkreślić - na okres 5 lat. Obiektywnie oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza cenowo w porównaniu do aktualnych cen podmiotów konkurencyjnych powołanych przez Zamawiającego i gwarantowana na 5 lat.

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. Brak w tej materii szerszej argumentacji. W szczególności trudno zgodzić się z tym, że oferta Odwołującego jest niekorzystna w porównaniu z ofertami innych podmiotów przywołanych przez Zamawiającego, które są obiektywnie wyższe niż maksymalne ceny wskazane w ofercie.

Zamawiający przywołał w uzasadnieniu nieaktualny cennik Odwołującego, powołał się na podmiot, który w ogóle nie świadczy usługi na rynku warszawskim lub się z niego wycofał (Click2Go, Traficar), w sposób błędny przekazał informacje o cenach konkurencyjnych podmiotów - już z tego względu argumentacja Zamawiającego - jako nierzetelna i błędna nie może się ostać.

Odnosząc się do przedstawionych w uzasadnieniu unieważnienia cenników Odwołujący przedstawił komentarz po prawej wskazujący na błędy Zamawiającego:

Oferent	Cena za 1 minutę jazdy podczas wypożyczenia	Cena za 1 kilometr jazdy podczas wypożyczenia	Cena za 1 minutę postoju podczas wypożyczenia	Cena za 1 dobę wypożyczenia samochodu	Komentarz Odwołującego
Odwołujący (oferta wolnorynkowa)	0,50 zł	0,65 zł	0,10zł	90 zł	Przywołany cennik jest nieaktualny, od 25 czerwca 2019 r. ceny Odwołującego w ofercie standardowej kształtują się następująco: 0,50 zł za minutę jazdy 0,80 zł za kilometr jazdy 0,20 zł za minutę postoju Stawka za dobę - za każdą minutę; oferta w postępowaniu jest zatem znacznie korzystniejsza;
Traficar	0,50 zł	0,80 zł	0,10zł		Oferta droższa niż zaoferowana przez Odwołującego w Postępowaniu, ponadto usługodawca wycofał się rynku warszawskiego
4Mobility	0,50 zł	0,80 zł	0,10zł	120 zł	Oferta droższa niż zaoferowana przez Odwołującego, nie posiada oferty dobowej wymaganej przez Zamawiającego, wskazana przez Zamawiającego cena nie jest stała, lecz zmienna w zależności od modelu samochodu: 0,50-0,95 zł za minutę jazdy, 0,80-0,90 zł za kilometr jazdy, 0,12-018 zł za minutę postoju
Click2Go (pakiet XL w ofercie)	0,38 zł	0,62 zł	0,08 zł		Usługodawca nie działa w Warszawie; ceny podane przez Zamawiającego są szacunkowymi stawkami w ofercie wymagającej zapłaty z góry kwoty 299 zł (wykupu pakietu); co istotne Zamawiający nie dopuścił w ofercie żadnych pakietów
Innogy Go	1,19zł/1,49zł		0,19zł	239/299 zł	Cennik jest droższy niż oferta Odwołującego, a ponadto nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Postępowaniu, gdzie jednym z wymaganych niezbędnych elementów była cena za 1 kilometr jazdy

CityBee Samochody dostawcze	0,99 zł			299 zł	CityBee oferuje pojazdy wyłącznie dostawcze, stanowiące jedynie dodatek do podstawowej usługi oczekiwanej przez Zamawiającego - minimum 300 pojazdów osobowych, zatem w żaden sposób nie spełnia celu Postępowania
Odwolujący (oferta z Postępowania)	0,49 zł	0,79 zł	0,10 zł	199 zł	Oferta Odwołującego spełniająca w całości wymagania Zamawiającego i konkurencyjna względem innych podmiotów świadczących usługę carsharingu

Odwolujący złożył ofertę wskazując, zgodnie z wymaganiami, ceny maksymalne, którymi zasadniczo koncesjonariusz będzie związany przez okres 5 lat obowiązywania umowy koncesji. Umowa koncesji zawiera bardzo ograniczone możliwości zmiany tych cen w przypadku wzrostu kosztów świadczenia usługi i uzależnione od zgody Zamawiającego. Odwołujący, po dokonaniu rachunku ekonomicznego, przedstawił ceny, przy jakich może oferować usługę przez bardzo długi okres - 5 lat. Ponadto, 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.

W podsumowaniu powyższych wywodów Odwołujący wskazał, że:

1. jego oferta cenowa (ceny maksymalne) jest obiektywnie korzystniejsza niż cenniki obowiązujące u podmiotów konkurencyjnych, w tym podmiotów, na które powołał się Zamawiający (Traficar, 4Mobility, Click2Go); Odwołujący ponadto zaoferował w Postępowaniu stawki niższe niż obowiązujące w jego aktualnym cenniku; Zamawiający podał wiele błędnych danych odnośnie cen, co Odwołujący wskazał w komentarzy w tabeli;
2. oferta Odwołującego miała obowiązywać przez okres 5 lat z niewielkimi i całkowicie uzależnionymi od Zamawiającego możliwościami renegotjacji cen; Odwołujący, jako jedyny podmiot, wziął na siebie to ryzyko, wierząc w ideę współdzielonej mobilności. Przywołane przez Zamawiającego konkurencyjne podmioty nie zdecydowały się na złożenie swojej oferty i poddanie się weryfikacji i ocenie ze strony Zamawiającego;
3. wysoce prawdopodobnym jest, że ceny usług carsharingu, 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 zgodnie ze swoimi deklaracjami, ramach stawek maksymalnych określonych w ofercie wprowadził atrakcyjne i innowacyjne na polskim rynku produkty - czasowe pakiety oraz miesięczne subskrypcje, w których stawki będą atrakcyjniejsze niż przewidziane dla usługi standardowej; Nowe produkty, przez preferencyjne stawki i korzystne zasady rozliczeń, mają zachęcić użytkowników do częstszego lub stałego korzystania z usługi carsharingu, co wpłynie pozytywnie na rozwój współdzielonej mobilności z korzyścią dla m. st. Warszawy;
5. podmioty konkurencyjne, na które powoływał się Zamawiający nie oferują usługi carsharingu dobowej oczekiwanej przez Zamawiającego, a Odwołujący jest jedynym podmiotem spełniającym te wymagania. Traficar w ogóle nie posiada w swojej ofercie stawki dobowej i dodatkowo wycofał się z rynku warszawskiego, 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 opiera swoją działalność na ekologicznej i niskoemisyjnej flocie hybrydowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Postępowaniu;
7. Odwołujący jako jedyny podmiot złożył ofertę zarówno w poprzednim postępowaniu

koncesyjnym, jak i w tym postępowaniu. Tym samym Odwołujący poddał się precyzyjnej i wnikliwej weryfikacji przez Zamawiającego i wykazał, że jest podmiotem doświadczonym, rzetelnym i dającym rękojmię należytego świadczenia usługi carsharingu 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 carsharingu na terenie Warszawy ma największe zagęszczenie samochodów - 1000 pojazdów (w ofercie Odwołujący zadeklarował maksymalną możliwą liczbę 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.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający ponownie powołuje się na udzielane przez Zamawiającego koncesjonariuszowi wsparcie w postaci zryczałtowanej opłaty parkingowej. Jest to powielony argument z poprzedniej czynności unieważnienia Postępowania. Zamawiający wiedział jaki będzie jego „wkład materialny”, samodzielnie się do niego zobowiązał. Na marginesie jedynie dodać należy, że usługa Odwołującego - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - jest atrakcyjna dla mieszkańców Warszawy, co potwierdza coraz większa utylizacja samochodów, a co za tym idzie - coraz krótszy ich postój w Strefie Płatnego Parkowania. Oznacza to, że w perspektywie obowiązywania umowy koncesji - „wkład” Zamawiającego będzie coraz mniejszy.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści załączników do odwołania w postaci:

1. dokumentacji Postępowania, tj. opisu postępowania o zawarcie umowy koncesji z załącznikami;
2. odwołania wniesionego przez Odwołującego 9 listopada 2018 r. w związku z pierwszym unieważnieniem Postępowania;
3. wyroku KIO z 23 listopada 2018 r., KIO 2308/18;
4. zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania z 5 lipca 2019 r.;
5. wydruku publikacji pn.: „Innogy uruchamia car sharing elektrycznych aut w Warszawie” zamieszczonej na portalu internetowym businessinsider.com.pl 20 lutego 2018 r. - dowód O1;
6. wydruku publikacji pn.: „Warszawa będzie mieć elektryczne BMW i3 na minuty” zamieszczonej na portalu internetowym wysokienapiecie.pl 9 lipca 2018 r. - dowód O2;
7. cenników usług carsharingu Odwołującego, 4mobility S.A., C2G sp. z o.o. - dowody O3;
8. tekstu jednolitego Uchwały Nr XXXIV/1023/2008 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 29 maja 2008 r. w sprawie statutu Zarządu Dróg Miejskich - dowód O4;
9. opłat za parkowanie w SPPN uiszczonych przez Odwołującego w okresie kwiecień-czerwiec 2019 r. - dowody O5;
10. uchwały Nr XXXVI/1077/2008 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z 26 czerwca 2008 r. w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłaty za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłaty dodatkowej oraz określenia sposobu pobierania tych opłat z załącznikami - dowody O6;
11. dowodów poniesienia przez Odwołującego opłat sądowych za zaświadczenia z KRK - dowody O7.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Na wstępie Zamawiający podkreślił, że wbrew zarzutowi Odwołującego, Zamawiający zgodnie z przepisem art. 38 ust. 1 pkt 3 Ustawy poinformował niezwłocznie wykonawcę o unieważnieniu Postępowania, podając jednocześnie uzasadnienie faktyczne i prawne.

W „Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy koncesji” z dnia 5 lipca 2019 r. Zamawiający podał zarówno podstawę prawną unieważnienia Postępowania, przywołując przepis art. 38 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy, jak również zacytował treść ww. przepisów. Ponadto, Zamawiający na str. 4 ww. zawiadomienia Zamawiający dokonał:

1. zestawienia wartości stawek za usługi podstawowe dla użytkowników podane w ofercie złożonej przez Odwołującego ze stawkami rynkowymi za tożsame usługi oferowane obecnie przez niego w ofercie wolnorynkowej, a także przez inne podmioty, tj. Traficar sp. z o.o., 4Mobility, Click2Go, Innogy Go, CityBee;
2. obliczenia kwoty 2.394.540 zł, jako maksymalnej wartości obniżenia rocznych kosztów parkowania w SPPN 300 pojazdów wykorzystywanych do usługi carsharing w następstwie uzyskania przez wybranego w Postępowaniu wykonawcę uprawnienia do zryczałtowanej stawki za parkowanie w SPPN w wysokości 360 zł rocznie za jeden pojazd.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnił motywy swojego działania stwierdzając, że:

1. „od czasu ogłoszenia postępowania nastąpiła obiektywna i istotna zmiana okoliczności na warszawskim rynku carsharing; przede wszystkim na rynku pojawiły się kolejne firmy świadczące przedmiotowe usługi carsharing (CityBee BIG i Innogy Go!)”;
2. „podpisanie umowy z P. S.A. nie leży w interesie publicznym, obiektywnie rozumiejąc interes publiczny, jak ograniczenie emisji spalin za pomocą zeroemisyjnej floty samochodów elektrycznych w carsharing”;
3. „po ewentualnym podpisaniu umowy, P. S.A. otrzymywałby od Miasta Stołecznego Warszawy niewspółmiernie do korzyści dla interesu publicznego, skoro inna oferta bez wsparcia Miasta oferuje większe korzyści w zakresie ochrony powietrza”;
4. „na obecnym etapie, w szeroko pojętym interesie publicznym, stało się promowanie pojazdów zeroemisyjnych - czego nie zapewnia wybór oferty P. S.A.”;
5. „Pojazdy zeroemisyjne, które pojawiły się w Warszawie, mają duże znaczenie dla ograniczenia zanieczyszczenia powietrza, co stanowi coraz większy problem w Warszawie; należy bowiem zaznaczyć, że jednym z głównych czynników negatywnie wpływających na stan powietrza w Warszawie jest bowiem emisja spalin przez pojazdy samochodowe o napędzie konwencjonalnym”;
6. „oferta firmy P. S.A. złożona w postępowaniu koncesyjnym, w zestawieniu z ofertami konkurencyjnymi jest mało atrakcyjna z punktu widzenia interesu publicznego. Ze wskazanych względów zawarcie umowy z firmą P. i promocja ich usług przez Miasto Stołeczne Warszawa, nie będzie korzystne ze względu na zakres statutowych celów ZDM”;
7. „ZDM zawierając umowę koncesji mógł oczekiwać, że uzyska dodatkowe korzyści dla mieszkańców związane z obniżeniem kosztu korzystania z carsharingu przez mieszkańców, ale także bardzo istotną redukcję spalin i hałasu. Efektu takiego jednak poprzez zawarcie umowy z firmą P. ZDM nie uzyska”;
8. „w interesie publicznym nie leży ograniczanie mieszkańcom m. st. Warszawy wyboru w zakresie usług carsharing poprzez wspieranie w świadczeniu usługi tylko jednego podmiotu”;
9. „Zamawiający nie przewidywał tak dynamicznego rozwoju rynku, który z oczywistych względów wiąże się z coraz bardziej konkurencyjnymi cenami, a to z kolei oznacza coraz niższe stawki; cena zaproponowana przez P. S.A. jest zdecydowanie ceną niekonkurencyjną, sprawiającą, że wybór tego oferenta nie jest też z tego względu optymalny”;

10. „Biorąc pod uwagę ceny zaproponowane przez P. S.A. należy zauważyć, że potencjalni użytkownicy zostaną raczej zniechęceni do tej formy transportu, w związku z czym cel Miasta nie zostanie osiągnięty”.

W związku z powyższym, Zamawiający przedstawił jednoznaczną konkluzję, że „udzielenie koncesji tylko jednej z wielu działających na rynku firm nie dałoby Miastu ani użytkownikom żadnej korzyści. Wręcz doprowadziłoby do nieuzasadnionego faworyzowania usług świadczonych przez jednego usługodawcę, w sytuacji, w której te usługi nie są optymalne z punktu widzenia celów statutowych ZDM ani interesu publicznego. Ponadto szybki rozwój rynku współdzielonych aut wskazuje, że może on się dobrze rozwijać bez dodatkowego wsparcia ze strony miasta”.

Zamawiający podkreślił, że uzasadnienie faktyczne i prawne zawiadomienia z dnia 5 lipca 2019 r. zostało istotnie rozbudowane i doprecyzowane w porównaniu do zawiadomienia z dnia 30 października 2018 r. Uzasadnienie to zostało sformułowane w sposób mający również uwzględniać wnioski wynikające z wyroku KIO z dnia 23 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2308/18), w którym Izba orzekła w odniesieniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania w dniu 30 października 2018 r.

W związku z powyższym, Zamawiający ponownie przeanalizował okoliczności faktyczne i prawne dotyczące przedmiotowego postępowania koncesyjnego, wystąpił o opinie do zewnętrznej kancelarii (a za jej pośrednictwem do eksperta z zakresu transportu) oraz na podstawie okoliczności wykraczających poza przywołane ww. Zawiadomieniu uzasadnił pod względem prawnym i faktycznym konieczność unieważnienia Postępowania.

Powyżej zacytowane postanowienia zawiadomienia z dnia 5 lipca 2019 r. należy uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, za uzasadnienie prawne i faktyczne unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji, zgodne z przepisem art. 38 ust. 1 pkt 3 Ustawy, wykraczające poza zakres Zawiadomienia o unieważnieniu z dnia 30 października 2018 r. oraz zakres rozpoznania sprawy w wyroku KIO z dnia 23 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2308/18).

W zakresie drugiego z zarzutów Zamawiający podkreślił, że Ustawa zawiera samodzielny i niezależny od ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”, katalog przesłanek unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji.

W świetle przepisu art 39 ust. 1 Ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli: (1) nie złożono oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub (2) wszystkie oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji zostały odrzucone.

Jednocześnie, na podstawie art. 39 ust. 2 Ustawy, Zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli: (1) 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; (2) środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części umowy koncesji, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o koncesji lub wstępnym ogłoszeniu informacyjnym albo zaproszeniu o ubieganie się o zawarcie umowy koncesji; (3) postępowanie o zawarcie umowy koncesji obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy koncesji.

Zestawienie treści art. 39 ust. 2 Ustawy, w szczególności zastosowanej przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 5 lipca 2019 r. przesłanki unieważnienia z art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy z art. 93 ust. 1 Pzp zawierającym katalog przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazuje jednoznacznie, że Ustawa przyznaje zamawiającemu znacznie większą swobodę w zakresie unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji. Przykładem tego jest zastosowana przez Zamawiającego przesłanka unieważnienia z przepisu art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy, w świetle której: Zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, jeżeli zachodzą obiektywnie uzasadnione przesłanki.

Powyższa przesłanka ma charakter samodzielny i skutecznie powołanie się na nią nie wymaga wykazania, jak stara się błędnie dowieść Odwołujący, że „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu koncesji nie leży w interesie publicznym”. Wystąpienie owej

„istotnej zmiany okoliczności” jest jedynie przykładem: „obiektywnie uzasadnionej przesłanki”, o czym świadczy zwrot: „w szczególności”, którym posłużył się ustawodawca w komentowanym przepisie. Tym samym, podstawą do unieważnienia może być każda obiektywnie uzasadniona przesłanka, z powodu wystąpienia której Zamawiający uzna, że zachodzi potrzeba unieważnienia postępowania.

W konsekwencji, za nietrafną należy uznać argumentację zaprezentowaną w odwołaniu, która została oparta na orzecznictwie Izby dotyczącym przesłanki unieważnienia postępowania, określonej w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, w świetle której „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonania zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”. Pobeżne porównanie przepisów Pzp i Ustawy wskazuje, daleko bardziej rygorystyczne podejście ustawodawcy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, które:

(1) zamawiający unieważnia, a nie może unieważnić, jak w przypadku postępowania o zawarcie umowy koncesji, jak również (2) unieważnienie postępowania o zawarcie umowy koncesji nie wymaga wykazania, że „istotnej zmiany okoliczności” nie można było przewidzieć wcześniej. Zamawiający może więc a contrario unieważnić postępowanie o zawarcie umowy koncesji w przypadku wystąpienia „obiektywnie uzasadnionej przesłanki”, w szczególności mającej również, ale niekoniecznie, charakter „istotnej zmiany okoliczności”, którą można było wcześniej przewidzieć.

Należy również, wskazać, że przepis art. 39 ustawy o umowie koncesji nie przewiduje przesłanki unieważnienia postępowania, o której jest mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, stosownie do której: „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej ofert”. Ustawa nie przewiduje również podawania przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (por. art. 86 ust. 3 Pzp). Z powyższego należy wysnuć wniosek, że obiektywnie uzasadniona przesłanka unieważnienia postępowania może dotyczyć finansowej nieatrakcyjności oferty/ofert złożonych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

Powyższe wnioski znajdują w pełni potwierdzenie w charakterze postępowania o zawarcie umowy koncesji, które jest o wiele bardziej elastyczne, odformalizowane i „niedoregulowane w przepisach ustawowych”, niż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z Pzp. Różnice te są z kolei uzasadnione ewidentnymi odmiennostami prawnymi zachodzącymi pomiędzy zamówieniami publicznym a umowami koncesji, które dotyczą dwóch podstawowych kwestii: (1) ponoszenia przez koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego związanego z wykonywaniem usługi i obejmującym ryzyko związane z popytem i popytą oraz

(2) wynagrodzeniem koncesjonariusza, które w przypadku powierzenia koncesjonariuszowi

świadczenia usługi i zarządzania nią, stanowi wyłączne prawo do wykonywania usługi będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

Zdaniem Zamawiającego, wyrażonym w zawiadomieniu z dnia 5 lipca 2019 r. o unieważnieniu Postępowania, zostało ono unieważnione z powodu zajścia literalnie wyrażonej w ww. zawiadomieniu obiektywnie uzasadnionej przesłanki, że „udzielenie koncesji tylko jednej z wielu działających na rynku firm nie dałoby miastu ani użytkownikom żadnej korzyści, a wręcz doprowadziłoby do nieuzasadnionego faworyzowania usług świadczonych przez jednego usługodawcę, w sytuacji w której te usługi nie są optymalne z punktu widzenia celów statutowych ZDM ani interesu publicznego”, co znajduje potwierdzenie w obiektywnych okolicznościach (również literalnie przywołanych w zawiadomieniu z dnia 5 lipca 2019 r.), że:

1. „złożona przez Wykonawcę oferta będąca jedyną ofertą złożoną w postępowaniu nie jest bardziej korzystna dla użytkowników niż obecnie obowiązujący cennik tego samego Wykonawcy, pomimo wsparcia ze strony Zamawiającego” - przywołanie tych okoliczności miało nieco inne brzmienie w zawiadomieniu z dnia 5 lipca 2019 r. spowodowane tym, że Odwołujący zmienił cennik z początkiem lipca, tj. w momencie, kiedy zawiadomienie już było gotowe i czekało na opublikowanie. Niemniej praktyczny brak różnicy między obecnie obowiązującym cennikiem Odwołującego a oferowanym cennikiem w ramach oferty wskazuje na brak uwzględnienia wsparcia ze strony Zamawiającego, co czyni ofertę nieatrakcyjną dla niego i stanowi obiektywnie uzasadnioną przesłankę nawet po zmianie cennika od 1 lipca br.;
2. „jest bardzo zbliżona (różnica o1 grosz za minutę lub kilometr) do pozostałych usług

funkcjonujących na rynku, tj. Traficar i 4Mobility (których operatorzy nie będą korzystali z uprawnienia do istotnej korzyści finansowej w postaci zryczałtowanej stawki za parkowanie w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w wysokości 360 złotych rocznie za 1 pojazd)”;

3. „biorąc pod uwagę potencjalne korzyści wynikające z obniżenia kosztów parkowania w SPPN o ponad 2 miliony złotych rocznie, jedyna oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu, w porównaniu z obowiązującym cennikiem Wykonawcy oraz ofertą rynkową przedstawioną powyżej, jest zdecydowanie niekorzystna”.

Zamawiający podkreślił, że oferta Odwołującego nie zachęca do korzystania z systemu, a zatem nie spełnia podstawowego założenia Koncesjonodawcy, któremu przy ogłaszaniu Postępowania przyświecała przede wszystkim idea propagowania zrównoważonych i alternatywnych metod poruszania się po mieście.

Co więcej, w trakcie trwania procedury koncesyjnej, stała się oczywista i powszechnie podzielana przez mieszkańców i władze m. st. Warszawy konieczność promocji pojazdów zeroemisyjnych, mających duże znaczenie dla ograniczania zanieczyszczania powietrza w Warszawie. Powyższe wynika m.in. ze wzrostu świadomości społecznej, że zanieczyszczenie powietrza (smog) stanowi coraz większy problem dla mieszkańców m. st. Warszawy. Coraz większy nacisk jest kładziony na podejmowanie działań służących eliminowaniu powyższego problemu.

Ponadto należy zauważyć, że pojazdy z napędem elektrycznym mogą poruszać się po buspasach, co niewątpliwie stanowi o atrakcyjności użytkowania tego rodzaju pojazdów; szczególnie w zakorkowanej stolicy, użytkownicy zdecydowanie docenią takie rozwiązanie, co będzie miało korzystne przełożenie na poprawę mobilności przy jednoczesnym zmniejszeniu zanieczyszczenia powietrza w Warszawie.

Zamawiający stwierdził, że nieatrakcyjność oferty Odwołującego jest szczególnie widoczna, jeśli weźmie się pod uwagę, że jego oferta dla Zamawiającego praktycznie nie różni od obecnego cennika tego wykonawcy w zakresie: (1) stawki za 1 przejechany kilometr w tracie wypożyczenia (0,79 zł - 0,80 zł). (2) stawki za 1 minutę wypożyczenia (0,49 zł - 0,50 zł).

Jak powszechnie wiadomo, atrakcyjna cena za korzystanie z usługi jest głównym czynnikiem, który wpływa na jej powodzenie. Różnica w wysokości 0,01 zł (1 grosz) jest bardziej psychologiczna, niż faktycznie korzystna, wykorzystuje bowiem znaną w handlu strategię zakończenia cen na cyfrę „9”, co sugeruje cenę znacznie niższą niż w rzeczywistości. Konkurenci Odwołującego w wielu przypadkach oferują bardzo zbliżone a czasem nawet niższe stawki za wykonanie usługi. Zestawienie, zamieszczone w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania o zawarcie umowy koncesji z dnia 5 lipca 2019 r., w jasny sposób wskazuje, że oferta Odwołującego w żaden sposób nie jest atrakcyjna dla potencjalnego użytkownika systemu carsharingu, w szczególności mieszkańca m. st. Warszawy. Dla Zamawiającego ma to olbrzymie znaczenie, z uwagi na potrzebę zapewnienia mieszkańcom/użytkownikom carsharingu atrakcyjnej cenowo usługi. Powszechnie wiadomo, że cena jest jednym ze składników, który w największym stopniu wpływają na potencjalne zainteresowanie użytkowników. Należy pamiętać, że Zamawiającemu przy ogłaszaniu Postępowania zależało przede wszystkim na rozpropagowaniu idei carsharingu i zachęceniu jak największej ilości mieszkańców do rezygnacji z własnych samochodów i tym samym przyczynienia się do zmniejszenia ilości spalin, poprawy jakości powietrza itp. W tym celu Zamawiający oferuje ze swojej strony koncesjonariuszowi realną korzyść w postaci ryczałtu za parkowanie w strefie SPPN, oferty promowania carsharingu na swojej stronie internetowej i portalach społecznościowych, czy możliwość posługiwania się przy świadczeniu usługi logotypem miasta. Tymczasem analizowana oferta jest na takim samym poziomie (różnica 2%) jak konkurencja a znacznie gorsza niż rynkowa oferta Odwołującego oraz jego oferta poprzednim postępowaniu, a za 24 godziny znacznie gorsza niż wszystkie inne porównywane cenniki.

Zamawiającego podkreślił, że wszystkie stawki podane w ofercie Odwołującego mają kluczowe znaczenie dla oceny „konkurencyjności i atrakcyjności” oferty carsharingowej z punktu widzenia mieszkańców m. st. Warszawy. Wszystkie elementy składowe cennika są istotne, dlatego zostały zawarte w formularzu oferty. Poza cennikiem „za minutę” oraz „za kilometr”, dla Zamawiającego duże znaczenie ma także opłata za 24 godziny wypożyczenia samochodu, która w ofercie Odwołującego jest znacznie gorsza, niż u konkurencji albo w jego ofercie rynkowej. Zdaniem Zamawiającego, atrakcyjna cena za dobę może sprawić, że mieszkańcy/użytkownicy zaczną rezygnować z posiadania własnego samochodu, co jest ważne z punktu widzenia osiągnięcia interesu publicznego, jakim jest zmniejszenie liczby samochodów w Warszawie.

W świetle zawiadomienia z dnia 5 lipca 2019 r. oraz odwołania nie budzi najmniejszych wątpliwości, że Odwołujący uzyska duże oszczędności z tytułu uiszczenia ryczałtowej opłaty za parkowanie w SPPN. Jedynie wielkość tych korzyści pozostaje sporna pomiędzy stronami, gdyż jest oparta na pewnych szacunkach. Zdaniem Zamawiającego korzyści te mogą wynieść 2.394.549 zł rocznie, z kolei zdaniem Odwołującego korzyści te wynoszą 2.116.800 zł (w skali 5 lat obowiązywania umowy). Zdaniem Zamawiającego, wskazane przez Odwołującego w odwołaniu korzyści z tytułu ryczałtowej opłaty za parkowanie w SPPN zostały niedoszacowane. Powyższa korzyść z tytułu ryczałtowej opłaty za parkowanie w SPPN powinna się przełożyć na obniżenie o 0,48 zł cen za kilometr lub minutę (w naszym wariantie) albo 0,12 zł w wariantcie Odwołującego. Tymczasem, oferta Odwołującego praktycznie się nie różni (o 1 grosz) od jego oferty rynkowej, bez jakiegokolwiek wsparcia ze strony Zamawiającego.

Zamawiający podał, że pomimo dopuszczenia w Postępowaniu możliwości zaoferowania przez wykonawców (w tym Odwołującego) używanych pojazdów samochodowych przeznaczonych do świadczenia usługi carsharingu, Odwołujący stawki cenowe gorsze niż w poprzednim postępowaniu. Wówczas Odwołujący zaproponował stawki: 0,50 zł (maksymalna cena za 1 minutę jazdy w trakcie wypożyczenia), 0,50 zł (maksymalna cena za 1 przejechany kilometr w trakcie wypożyczenia) oraz 0,10 zł (maksymalna cena za 1 minutę postoju w trakcie wypożyczenia), co stanowiło ofertę zdecydowanie korzystniejszą od oferty złożonej aktualnie. Ponadto, w ofercie z marca 2018 r. Odwołujący maksymalną cenę za 24 godziny wypożyczenia (za łączny czas jazdy i postoju) określił na kwotę 100 zł, czyli na poziomie 50% ceny żądanej za tego rodzaju wypożyczenie w tym postępowaniu (tj. 199 zł). Należy podkreślić zatem, że przyznane mu korzyści z tytułu ryczałtowej opłaty za parkowanie w SPPN oraz zobowiązanie Zamawiającego do:

- (1) udostępnienia koncesjonariuszowi prawa do posługiwania się znakiem promocyjnym m. st. Warszawy, (2) wsparcia koncesjonariusza w rozpowszechnianiu idei carsharingu,

- (3) rozpowszechnianiu zasad korzystania z usługi za pomocą kanałów informacyjnych Zamawiającego, będą stawiły go w korzystniejszej sytuacji konkurencyjnej w odniesieniu do pozostałych firm carsharingowych działających w m. st. Warszawa przy braku adekwatnych i proporcjonalnych korzyści w zakresie atrakcyjnych stawek cenowych za usługi carsharingu.

Wszystkie przywołane powyżej korzyści przyczynią się w sposób znaczny do wzrostu zainteresowania użytkowników usługą carsharingu, a co za tym idzie przekładają się na realne finansowe korzyści dla firmy P. S.A. Trzeba bowiem pamiętać, że wpływy z wypożyczeń stanowią wyłącznie przychód koncesjonariusza.

Zamawiający podkreślił, że realne korzyści finansowe, które uzyskałby Odwołujący w przypadku zawarcia z nim umowy koncesji na carsharing to:

1. możliwość posługiwania się znakiem promocyjnym m.st. Warszawy, która daje jakoby rękojmię, że firma świadcząca usługę jest partnerem wiarygodnym i pewnym. Wpływa to na podniesie zaufania do firmy prywatnej chociażby w kontekście posiadanej floty samochodów (auta bezpieczne, serwisowane itp.) co z kolei przekłada się na liczbę użytkowników;
2. poczucie odpowiedniego zabezpieczenia interesów użytkowników. W sytuacji potencjalnego sporu między użytkownikiem a koncesjonariuszem istnieje możliwość odwołania się do koncesjonariusza. Ponadto należy pamiętać, że w łączącej strony koncesji umowie wprowadzono liczne postanowienia, w tym również te mówiące o karach umownych, które dają Zamawiającemu możliwość realnego wpływu na jakość świadczonych usług;
3. rozreklamowanie Odwołującego i jego oferty w serwisach internetowych m. st. Warszawy, portalach społecznościowych typu Facebook, zorganizowanie konferencji prasowej z podpisania umowy. Wszystko to odbiłoby się szerokim echem zarówno w mediach lokalnych jak i ogólnopolskich. Już samo ogłoszenie postępowania było szeroko komentowane w zatem nie trudno się domyślać, że podobnie byłoby i w momencie finalizacji współpracy.

Zamawiający stwierdził następnie, że nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że „Wysoce prawdopodobne jest, że ceny usług carsharingu - wobec stale rosnących kosztów prowadzonej działalności (coraz większe obciążenie podatkowe, rosnące koszty pracownicze, wyższe koszty paliw i ubezpieczeń społecznych, koszty związane z postojem pojazdów w strefie płatnego parkowania, ryzyko wyższych kosztów związanych z wjazdem do miasta) - będą w podmiotach konkurencyjnych wzrastały, co jeszcze bardziej zwiększy atrakcyjność cenową Odwołującego, który jest zobowiązany do utrzymania deklarowanych w postępowaniu

stawek". Takie stanowisko jest nieprawdziwe, gdyż Zamawiający przewidział w postanowieniach wzoru umowy w sprawie zawarcia umowy koncesji odpowiedni mechanizm waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, a więc również poszczególnych stawek cenotwórczych (w tym za 1 minutę jazdy, 1 przejechany kilometr, 1 minutę postoju w trakcie wypożyczenia oraz za 24 godziny wypożyczenia pojazdu (za łączny czas jazdy i postoju). Stosowanie do § 18 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy: „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 podkreślił również, że udzielenie przedmiotowej koncesji nie będzie też, na obecnym etapie, optymalne z punktu widzenia jego celów statutowych, którymi jest realizacja zadań związanych z wdrożeniem, zarządzaniem i eksploatacją systemów zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych (carsharing) - § 3 ust. 2 pkt 4b Statutu. Jest nim również (§ 3 ust. 3 pkt 6 Statutu) wdrażanie postępu technicznego, organizacyjnego i ekonomicznego. Niewątpliwie koncepcja popularyzacji samochodów z napędem hybrydowym lub wyłącznie elektrycznym, w formie udzielenia koncesji na usługę carsharing jest właściwą metodą realizowania przez Zamawiającego swoich zadań statutowych przy jednoczesnym zachowaniu korzystnego modelu ekonomicznego.

Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający nie był w stanie przewidzieć takiego rozwoju rynku usług carsharingowych (działa na nim już kilku niezależnych operatorów, dysponujących prawie 3.000 pojazdów, liczba usługodawców ciągle rośnie), w związku z czym nie jest obecnie zasadne wybranie wykonawcy, który będzie świadczył usługę carsharingową przez następnych 5 lat.

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że Zamawiający był uprawniony do unieważnienia Postępowania z uwagi na wystąpienie „obiektywnie uzasadnionej przesłanki” w rozumieniu przepisu art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy, którą szczegółowo uzasadnił w Zawiadomieniu z dnia 5 lipca 2019 r., polegające na tym, że zawarcie umowy z Odwołującym nie leży w interesie publicznym, gdyż nie zapewnia:

1. mieszkańcom m. st. Warszawy możliwości wyboru oferty usług carsharingowych, które najbardziej zaspokajają ich potrzeby pod względem: ekonomicznym,

jakościowym i proekologicznym, w związku z dynamicznym rozwojem rynku carsharingu’,

2. atrakcyjnych stawek usługi carsharingowejw stosunku do oferty rynkowej, w których zostałyby uwzględnione korzyści uzyskane przez Odwołującego na podstawie zawartej umowy koncesji (w szczególności korzyści z: ryczałtowej opłaty z tytułu korzystania z SPPN, prawa do posługiwania się znakiem promocyjnym m. st. Warszawy, wsparcia koncesjonariusza w rozpowszechnianiu idei carsharingu oraz rozpowszechniania zasad korzystania z usługi za pomocą kanałów informacyjnych, tj. rozreklamowania Odwołującego);

3. istotnej redukcji spalin i hałasu poprzez promowanie pojazdów zeroemisyjnych w celu ograniczania zanieczyszczenia powietrza w m. st. Warszawa (występowania smogu);

4. realizacji celów statutowych Zamawiającego, którymi jest m.in. realizacja zadań związanych z wdrożeniem, zarządzaniem i eksploatacją systemów zorganizowanego, współdzielonego użytkowania pojazdów samochodowych (carsharing).

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w opiniach prawnych: (1) z dnia 19 kwietnia 2019 r. oraz (2) z dnia 10 maja 2019 r. (dowody Z1 i Z2), sporządzonych na zlecenie Zamawiającego, które załączono do odpowiedzi na odwołanie.

Jednocześnie, na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, Zamawiający wniósł o oddalenie wniosków o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków L.L. i K.P. oraz z przesłuchania Odwołującego, w imieniu którego działa M.P., jako powołanych jedynie dla zwłoki, jak również całkowicie zbędnych dla rozpoznania przez KIO zarzutów odwołania (odnoszących się wyłącznie do podstawy oraz uzasadnienia unieważnienia Postępowania.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. opinii prawnej z 19 kwietnia 2019 r. - dowód Z1;
2. pisma Zamawiającego z 6 maja 2019 r., zawierającego dodatkowe pytania do opinii jw. - dowód Z2;
3. uzupełniającej opinii prawnej z 10 maja 2019 r. - dowód Z3.

Na rozprawie Strony postępowania odwoławczego podtrzymały zreferowane powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wydruku prezentacji pn.: „CARSHARING - alternatywa dla posiadania samochodu”, sporządzonej przez pracownika Zamawiającego - dowód 08, natomiast cofnął wnioski

o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i z przesłuchania Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, 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, tj. spełnia przesłanki związane z interesem i szkodą, niezależnie od tego, czy wspomniana szkoda ma charakter potencjalny czy realny. Stąd Izba uznała, że dowody 06 i 07, powołane na okoliczność wysokości szkody, w tym utraconych korzyści, są zbędne dla przesądzenia o legitymacji Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści dokumentacji Postępowania w postaci opisu postępowania o zawarcie umowy koncesji z załącznikami, zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania z 30 października 2018 r., odwołania od tej czynności z 8 listopada 2018 r., zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania z 5 lipca br. oraz dokumentów załączonych do odwołania i przedstawionych na rozprawie. Dowody Z1-Z3, załączone do odpowiedzi na odwołanie, skład orzekający potraktował, zgodnie z intencją Zamawiającego (zob. str. 17 odpowiedzi na odwołanie), jako dodatkowe pisemne stanowisko w sprawie, a ponadto uwzględnił wnioski płynące z uzasadnienia orzeczenia KIO z wyroku z 23 listopada 2018 r., KIO 2308/18.

Na powyższej podstawie Izba uznała, że stan faktyczny odnoszący się do będącej przedmiotem badania w tym postępowaniu odwoławczym decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania z 5 lipca br. nie jest sporny i nie wymaga ponownego omówienia.

W tak ustalonych okolicznościach skład orzekający uznał zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy.

Na wstępie zaznaczyć należy, że wspomniany powyżej przepis, przewidujący fakultatywną podstawę unieważnienia postępowania o zawarcie umowy koncesji, nie wskazuje zamkniętego katalogu przesłanek uprawniających zamawiającego do podjęcia takiej decyzji. Jedną z przykładowych podstaw unieważnienia postępowania wynikających z treści komentowanego przepisu jest istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym (tak trafnie, powołując się na uzasadnienie do projektu

Ustawy, A. Mierza-Bronikowska: Komentarz do art. 39 Ustawy [w:] R. Cieślak (red.): Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Legalis/el.). W doktrynie podkreśla się również, że z uwagi na duży poziom ogólności pojęć użytych przez ustawodawcę w art. 39 ust. 2 pkt 1 Ustawy zamawiający każdorazowo musi szczegółowo uzasadnić decyzję o unieważnieniu postępowania, przedstawiając opis obiektywnych okoliczności, których zaistnienie doprowadziło do rezygnacji z dalszego prowadzenia procedury (zob. M. Bejm: Komentarz do art. 39 Ustawy [w:] M. Bejm (red.): Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Legalis/el.). Wspomniane uzasadnienie podlega z kolei kontroli Izby w postępowaniu odwoławczym, stąd przywoływanie w jego toku argumentów, które nie zostały ujęte w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania musi zostać uznane za bezskuteczne z uwagi na przepis art. 192 ust. 7 Pzp (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były

zawarte w odwołaniu).

Analizując zaskarżoną decyzję Izba doszła do przekonania, że podstawą unieważnienia Postępowania była zarówno istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie jego prowadzenie lub wykonanie przedmiotu umowy koncesji nie leży w interesie publicznym (lit. a-c uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania), jak również - jak się wydaje (tj. pomimo wskazania w podsumowaniu odpowiedzi na odwołanie, str. 16-17, że wszystkie omówione w niej podstawy unieważnienia Postępowania związane są z kwestią interesu publicznego) - inne obiektywnie uzasadnione przesłanki, w ramach których Zamawiający przywołał brak możliwości przewidzenia dynamiki rozwoju rynku usług carsharingu i nieatrakcyjność ekonomiczną oferty Odwołującego względem ofert wolnorynkowych (lit. d uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania).

Przechodząc do oceny pierwszej kategorii przesłanek stanowiących podstawę zaskarżonej decyzji, skład orzekający uznał argumentację Zamawiającego za niewiarygodną. W treści wspomnianej decyzji skonkretyzowano bowiem interes publiczny jako „ograniczenie emisji spalin za pomocą zeroemisyjnej floty samochodów elektrycznych” i „promowanie pojazdów zeroemisyjnych”. Należy jednak zauważyć, że ogólnie pojęta troska Zamawiającego o środowisko naturalne, choć godna odnotowania, nie wynika z dokumentacji Postępowania, pomimo że przywołane przez Zamawiającego okoliczności mogły zostać w niej uwzględnione, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający przewidział bowiem, w pkt 2.4 OPK, świadczenie usług carsharingu nie tylko za pomocą samochodów z silnikiem elektrycznym (na których brak w ofercie Odwołującego Zamawiający zwrócił uwagę unieważniając Postępowanie), ale również pojazdów hybrydowych (za pomocą których Odwołujący, co do zasady, planuje świadczenie usługi), samochodów z silnikiem spalinyowym, a nawet - w zakresie samochodów typu van - z napędem wysokoprężnym (Diesla). Co więcej, Zamawiający w Rozdziale 21 Instrukcji dla wykonawców, stanowiącym opis kryteriów oceny ofert, przewidział relatywnie niewielką liczbę punktów za zaoferowanie przez wykonawcę samochodów elektrycznych (Podkryterium 2.2 z maksymalną liczbą punktów 15 na 100). Okoliczności te, w ocenie Izby, podają w wątpliwość odwoływanie się do tak zdefiniowanego przez Zamawiającego interesu publicznego, którego istnienie dostrzegł on dopiero po upływie niemal roku od wszczęcia Postępowania. Gdyby bowiem realizacja takiego interesu publicznego miała stanowić podstawę udzielenia koncesji w przedmiotowym postępowaniu (choć generalnie, abstrahując od ocenianych podstaw unieważnienia Postępowania, realizacja usługi carsharingu leży w interesie publicznym, jako że wpisuje się w cel statutowej działalności Zamawiającego wynikający z § 3 ust. 2 pkt 4b statutu Zamawiającego stanowiącego dowód 04, a nadto jest odpowiedzią na stale rosnące zainteresowanie takimi usługami - zob. dowód 08), to Zamawiający powinien był w odmienny sposób skonstruować zarówno postanowienia OPK, jak i kryteria oceny ofert, tym bardziej że miał taką możliwość po unieważnieniu pierwszego postępowania o udzielenie koncesji na świadczenie usług carsharingu.

Co więcej, w okolicznościach sprawy skład orzekający nie stwierdził, jakoby pojawienie się na rynku dwóch kolejnych podmiotów świadczących usługi carsharingu stanowić mogło, zgodnie z intencją Zamawiającego, istotną zmianę okoliczności uzasadniającą unieważnienie Postępowania na podstawie omawianej przesłanki. Postawionej przez Zamawiającego tezie przeczy zarówno wynikająca z dowodu 08 rosnąca popularność tego typu usług, jak i powszechna w momencie wszczęcia Postępowania wiedza o wejściu na rynek kolejnego podmiotu - Innogy, świadczącego swoje usługi przy użyciu floty pojazdów elektrycznych (zob. dowody 01-02). Również powoływanie się na rozpoczęcie świadczenia usług carsharingu przez drugi ze wskazanych przez Zamawiającego podmiotów (CityBee BIG), przy wykorzystaniu pojazdów niemających istotnego znaczenia dla wykonania umowy w pożądanym przez Zamawiającego kształcie, było chybione.

Dodatkowo, w zakresie przesłanki wskazanej pod lit. c) zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania, Izba uznała, że nie tyle stanowi ona uzasadnienie decyzji o jego unieważnieniu, ile podaje w wątpliwość sens prowadzenia każdego postępowania, w którym dochodzi do zawarcia umowy z jednym, wyłonionym w wyniku jego przeprowadzenia, wykonawcą. Ponadto Zamawiający nie udowodnił tezy, jakoby oferta carsharingu przedstawiona przez Odwołującego, sporządzona w oparciu o stawiane przez Zamawiającego wymogi charakteryzujące tę usługę, była nieatrakcyjna ze względów ekonomicznych, jakościowych czy środowiskowych.

Odnosząc się do przesłanek z lit. d) zaskarżonej decyzji, stanowiących - w ocenie składu orzekającego - wspomniane wcześniej inne niż związane z interesem publicznym uzasadnione przesłanki unieważnienia Postępowania, podkreślić należy, że muszą mieć one

obiektywny charakter. „Obiektywny” - zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego (sjp.pwn.pl) - oznacza tyle co „istniejący niezależnie od poznającego podmiotu”.

Zamawiający powołał się na brak możliwości przewidzenia wysokiej dynamiki rozwoju rynku usług carsharingu, czemu jednak przeczy wspomniany wcześniej dowód O8, którego źródłem pochodzenia jest sam Zamawiający, wskazujący na dynamiczny rozwój przedmiotowych usług już od roku 2006.

Z kolei w odniesieniu do argumentu o ekonomicznej nieatrakcyjności oferty Odwołującego Izba, wobec jego podobieństwa do argumentu użytego w poprzedniej decyzji o unieważnieniu Postępowania, podziela i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w tej kwestii w wyroku KIO 2308/18, w którym wskazano, że „[...]sarna 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”.

Ponadto, w ocenie składu orzekającego, za nietrafne uznać należy porównywanie oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu z jakąkolwiek ofertą wolnorynkową, chociażby ze względu na fakt, że w przedmiotowej sprawie umowa ma być zawarta - zgodnie z decyzją Zamawiającego - na okres 5 lat, w którym to wykonawca nie będzie miał możliwości swobodnego kształtowania stawek opłat za korzystanie z usługi. Wspomniany przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji wynagrodzenia (§18 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy) również nie daje wykonawcy gwarancji ich podniesienia. Użyte w treści wspomnianego postanowienia umowy sformułowania („znacząca zmiana czynników kosztotwórczych”, czy „uzasadniony wniosek Koncesjonariusza”) wskazują na znaczną uznaniowość Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto postanowienia wzoru umowy przewidują dla wykonawcy szereg sankcji w postaci kar umownych (§ 17), czy możliwości rozwiązania umowy (§ 19), bądź innych obciążeń, jak chociażby obowiązek zapewnienia dla wszystkich udostępnianych użytkownikom pojazdów przynajmniej ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków, posiadania i utrzymywania przez okres obowiązywania umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w określonej kwocie (vide § 14 ust. 5 i 7), czy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z § 16 wzoru umowy. Ergo, jak wspomniano, chociażby z tych względów przedstawione w ofercie Odwołującego stawki mogą różnić się od stawek obowiązujących na wolnym rynku. Z tej przyczyny dowody O3 okazały się być nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o tym zarzucie odwołania.

Izba nie uznała również za wiarygodne wyliczeń Zamawiającego dotyczących wysokości wsparcia z tytułu ponoszenia przez wykonawcę opłat parkingowych w SPPN w zryczałtowanej wysokości, stanowiących wkład finansowy Zamawiającego. Po pierwsze -

Odwołujący przedstawił dowody O5 wskazujące, że wysokość owego wsparcia wykazuje tendencję malejącą. Z kolei Zamawiający nie tylko nie przedstawił dowodu na okoliczność przeciwną, ale zaniechał również dowiedzenia, że oferowane przez niego wsparcie dla wybranego wykonawcy rzeczywiście stanowić będzie zachętę do korzystania z koncesjonowanych usług, przyczyniając się do ich popularyzacji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba nie zgodziła się natomiast z zarzutem naruszania przez Zamawiającego art. 38 ust. 1 pkt 3 Ustawy stwierdzając, że w tej sprawie dopełniony został wynikający z niego informacyjny. Będące podstawą tego uchybienia stwierdzenia, że Zamawiający zaniechał należytego uzasadnienia zaskarżonej decyzji, czy też że ograniczył się do podania ogólnikowych motywów działania ocenione zostały przez skład orzekający w kategoriach zasadności unieważnienia Postępowania, zgodnie z poglądami przedstawionymi powyżej.

W konsekwencji orzeczono jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku (art. 192 ust. 9 i 10 Pzp), 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie: