

Sygn. akt: KIO 2136/21

WYROK
z dnia 7 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2021 r. przez **wykonawcę SKYCASH POLAND S.A. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy MPAY S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SKYCASH POLAND S.A. z siedzibą w Warszawie zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKYCASH POLAND S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2136/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie z wykorzystaniem platform / kanałów mobilnych*”, nr postępowania: ZDM/UM/DZP/31/PN/8/21. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 maja 2021 r., za numerem 2021/S 096-251173.

W dniu 16 lipca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca SKYCASH POLAND S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyjaśnień treści SWZ z dnia 7 lipca 2021 r. oraz zmiany OPZ z dnia 14 lipca 2021 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 ustawy pzp z uwagi na nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. nieuwzględnienie faktu wydania przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r. stwierdzającego nieważność uchwały Rady m.st. Warszawy z dnia 15 października 2020 r. nr XXXVIII/1204/2020 w przedmiocie zmiany uchwały w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłat dodatkowych oraz określenia sposobu pobierania tych opłat w części obejmującej § 1 ust. 1 pkt 2, § 1 ust. 1 pkt 4 oraz § 1 ust. 2 pkt 2 ppkt a), tj. w części dotyczącej m.in. wysokość opłat za postój oraz godziny płatnego parkowania, co uniemożliwia Odwołującemu oszacowanie przychodu jaki uzyska z tytułu realizacji zamówienia, a w konsekwencji skalkulowanie ceny ofertowej;
2. naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w związku ze zmianą opisu przedmiotu zamówienia dokonaną przez Zamawiającego w dniu 14 lipca 2021 r. polegającą na wykreśleniu wymagania wpłacenia przez Operatora kaucji z tytułu nie przekazania do Zamawiającego środków za postój pobranych przez podmiot trzeci w wysokości 10-krotności średnich dziennych wpływów z SPPN – wnoszonych kanałami mobilnymi – w roku kalendarzowym poprzedzającym datę takiego udostępnienia – za każdy podmiot trzeci.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy w sprawie zamówienia poprzez wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym przyjęta przez Zamawiającego do obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy wysokość opłat za postój (niezależnie od wysokości określonej w odpowiedniej uchwale Rady m.st. Warszawy) nie może być niższa niż: za pierwszą godzinę – 3,9 zł, za drugą godzinę - 4,6 zł, za trzecią godzinę – 5,5 zł, za czwartą i kolejne godziny – po 3,9 zł;

2) dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez przywrócenie wymagania wykreślonego w wyniku zmiany opisu przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego w dniu 14 lipca 2021 r., tj. przywrócenie wymagania wpłacenia przez Operatora kaucji z tytułu nie przekazania do Zamawiającego środków za postój pobranych przez podmiot trzeci w wysokości 10-krotności średnich dziennych wpływów z SPPN – wnoszonych kanałami mobilnymi – w roku kalendarzowym poprzedzającym datę takiego udostępnienia – za każdy podmiot trzeci.

Odwołujący uzasadniając zarzut 1 odwołania wskazał, że przedmiotem zamówienia jest pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych (pkt 4.1. SWZ), przy czym cena ofertowa obliczana jest w oparciu o wskaźnik prowizji (pkt 12.1. SWZ). Wskaźnik prowizji jest to zadeklarowana przez Wykonawcę w ofercie wartość procentowa służąca do obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia według wzoru wskazanego w projekcie umowy (§ 3 ust. 1): $W = p \times O$, gdzie: W – miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy brutto, p – wskaźnik prowizji [%]

zadeklarowany przez Wykonawcę w ofercie, O – wartość opłat za postój wniesionych przez użytkowników SPPN w miesiącu rozliczeniowym. Krótko rzecz ujmując, Wykonawca z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia otrzymuje wartość procentową od wartości opłat za postój wniesionych przez użytkowników SPPN w miesiącu rozliczeniowym. Oznacza to, że wynagrodzenie Wykonawcy uzależnione jest nie tylko od liczby użytkowników wnoszących opłaty za postój za pośrednictwem Wykonawcy, ale także od wysokości tych opłat. Zgodnie z pkt III.2. OPZ, opłaty za postój naliczane są zgodnie z uchwałą nr XXXII/1077/2008 Rady m.st. Warszawy 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 (Dz. Urz. Woj. Maz. Nr 138 poz. 4868, z późn. zm.). Szczegółowy opis sposobu naliczania (kalkulacji) opłat stanowi Załącznik nr 2 do OPZ. Aktualizacja Załącznika nr 2 nie stanowi zmiany umowy ani warunków zamówienia. Opłaty za postój przyjęte przez Zamawiającego w SWZ zostały określone w uchwale Rady m.st. Warszawy z dnia 15 października 2020 r. nr XXXVIII/1204/2020 w przedmiocie zmiany uchwały w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłat dodatkowych oraz określenia sposobu pobierania tych opłat, i wynoszą one: 1) za pierwszą godzinę – 3,9 zł; 2) za drugą godzinę – 4,6 zł; 3) za trzecią godzinę – 5,5 zł; 4) za czwartą i kolejne godziny – po 3,9 zł. Zgodnie z ww. uchwałą opłaty są pobierane za postój w dni robocze od godz. 8:00 do 20:00. Zgodnie z pkt 12.1. SWZ, cena ofertowa powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o przedstawiony Opis Przedmiotu Zamówienia (Rozdział IV SWZ) i uznaje się, że pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się on wykonać przedmiot zamówienia. Krótko rzecz ujmując, prowizja od opłat za parkowanie zebranych przez Wykonawcę w miesiącu rozliczeniowym stanowi wynagrodzenie Wykonawcy. Jednocześnie Wykonawca ponosi koszty niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Koszty te zostały bliżej określone przez Zamawiającego w załączniku do Formularza ofertowego (są to m.in. koszty osobowe, koszty ogólne, koszty transakcji, koszty kontroli, koszty finansowe itd.). Reasumując Odwołujący wskazał, że Wykonawca ustala cenę ofertową w oparciu o swoje koszty oraz spodziewany przychód. Przychód Wykonawcy to nic innego jak prowizja od wartości opłat uiszczonych za postój za pośrednictwem Wykonawcy, co zależy zarówno od liczby transakcji, jak i wysokości opłat za postój. Jeśli chodzi o liczbę transakcji, to oczywiście można sobie wyobrazić, że w danym miesiącu nikt nie dokona zapłaty za postój za pośrednictwem Wykonawcy. W takim przypadku przychód Wykonawcy będzie wynosił 0 zł. Natomiast niezależnie od tego faktu Wykonawca będzie musiał ponosić koszty. Można powiedzieć, że jest to ryzyko biznesowe Wykonawcy. Od jego działań np. poprawy jakości świadczonych usług, zależeć będzie, czy będzie miał Klientów (Użytkowników), a co za tym idzie, czy za jego pośrednictwem będą uiszczane opłaty za postój. Inaczej natomiast rzecz się ma z wysokością opłat za postój i liczbą godzin płatnego parkowania w ciągu dnia – na to Wykonawca nie ma żadnego wpływu. Opłaty te wynikają z SWZ (pkt III.2. OPZ). Wysokość tych opłat, czy liczba godzin płatnego parkowania, są kluczowe dla przychodu uzyskiwanego przez Wykonawcę – wynagrodzenie Wykonawcy stanowi bowiem pewną wartość procentową opłat wniesionych za postój. Jeszcze inaczej rzecz ujmując, zmiana wysokości opłat za postój, czy zmiana liczby godzin płatnego parkowania, wprost rzutuje na przychód Wykonawcy. Wracając do ceny ofertowej – Wykonawca wie jakie ma koszty, nie wie jaka będzie liczba transakcji w danym okresie rozliczeniowym, ale może przyjąć pewne założenie (i jest to ryzyko biznesowe Wykonawcy), to z kolei pozwoli Wykonawcy na obliczenie wskaźnika prowizji od wartości opłat za postój, a co za tym idzie, pozwoli na obliczenie spodziewanego zysku. Sprawa komplikuje się w sytuacji, kiedy także wysokość opłat za postój, czy liczba godzin, kiedy mogą być one pobierane, są niepewne. Wówczas jedynie koszty ponoszone przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia stają się jedynym wiadomym parametrem, a wszystkie inne są niepewne. Takie ukształtowanie zamówienia oznaczałoby obarczenie Wykonawcy nie tylko akceptowanym ryzykiem biznesowym wynikającym z liczby transakcji (liczby Klientów Wykonawcy), lecz po prostu całym ryzykiem związanym z realizacją zamówienia, na które Wykonawca nie miałby żadnego wpływu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przyjął wysokość opłat za postój na podstawie uchwały Rady m.st. Warszawy z dnia 15 października 2020 r. nr XXXVIII/1204/2020 w przedmiocie zmiany uchwały w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłat dodatkowych oraz określenia sposobu pobierania tych opłat. Uchwała ta m.in. w części odnoszącej się do wysokości opłat za postój oraz godzin płatnego parkowania została zaskarżona przez Prokuratora Okręgowego w Warszawie do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie jako niezgodna z prawem, a Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2021r. stwierdził nieważność zaskarżonej uchwały w części obejmującej § 1 ust. 1 pkt 2, § 1 ust. 1 pkt 4 oraz § 1 ust. 2 pkt 2 ppkt a), tj. w części dotyczącej m.in. wysokości opłat za postój oraz godziny płatnego parkowania. Wyrok WSA z dnia 28 kwietnia 2021 r. Unieważnienie ww. uchwały w części dotyczącej m.in. wysokości opłat za postój oraz godziny płatnego parkowania skutkowało będzie obniżeniem wysokości opłat za postój (i skróceniem liczby godzin parkowania), a co za tym idzie zmniejszeniem przychodu Wykonawcy. W dniu 7 lipca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 4 dotyczącej ww. wyroku. Pomijając nietrafne stwierdzenie Zamawiającego, jakoby pytanie nie dotyczyło SWZ, znacznie istotniejszy jest natomiast fakt, że wskazany wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, a ujmując rzecz ściślej, stwierdzenie nieważności ww. uchwały w części dotyczącej m.in. wysokości opłat za postój oraz godziny płatnego parkowania (niezależnie od tego, czy wyrok zostanie zaskarżony do NSA i jakie tamże ew. zapadnie rozstrzygnięcie), stanowi okoliczność mogącą mieć wpływ na sporządzenie oferty w rozumieniu art. 99 ust. 1 ustawy pzp. Mówiąc wprost – okoliczność ta jest kluczowa, ponieważ od wysokości opłat za postój zależy wynagrodzenie Wykonawcy – wskaźnik prowizji. Okoliczność ta (wydanie wyroku przez WSA w Warszawie) siłą rzeczy znana jest Zamawiającemu co najmniej od dnia wydania wyroku; nie została ona przez Zamawiającego uwzględniona w SWZ, a ryzyko z nią związane w całości obarcza Wykonawcę w sposób nie dający się usprawiedliwić ryzykiem prowadzenia działalności gospodarczej. Ryzyka tego nie eliminuje przewidziane w § 9 ust. 2 pkt 4 projektu umowy postanowienie dające podstawę do zmiany umowy co do wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości opłat za postój, ponieważ dokonanie zmiany treści umowy w praktyce jest pochodną arbitralnej decyzji Zamawiającego (Zamawiający nie musi zgodzić się na zmianę wynagrodzenia Wykonawcy adekwatną do zmiany

wysokości opłat za postój). Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Jednymi z podstawowych zasad, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia jest konieczność uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 ustawy pzp z 2004 i zachowujących swoją aktualność na gruncie pzp), celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia (wyrok KIO z dn. 4 lipca 2019, sygn. akt: KIO 1129/19). Odwołujący powołał się na uchwałę KIO z dn. 2 lipca 2019, sygn. akt: KIO/KD 45/19). Opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie spełnia wymagań stawianych przez art. 99 ust. 1 ustawy pzp. – nie uwzględnia on bowiem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przechodząc do zarzutu 2 odwołania Odwołujący podniósł, że ramach toczącego się postępowania przyjęte zostały znacznie bardziej liberalne wymagania w stosunku do podmiotów trzecich, które mogą korzystać z API (tj. ujmując rzecz skrótowo - pobierać opłaty za postój na równi z Wykonawcami), niż w stosunku do Wykonawców, którzy zostaną wyłonieni w wyniku postępowania. Stan ten może mieć negatywny wpływ na pozycję konkurencyjną Wykonawców wybranych w postępowaniu, ograniczając uczciwą konkurencję w tym obszarze. Brak obowiązku dla podmiotów trzecich spełniania rygorystycznych wymogów SWZ i OPZ, dotyczących doświadczenia, ubezpieczenia, kadry oraz w zakresie dostępności usługi i zakresu funkcjonalności, daje podmiotom trzecim lepszą pozycję konkurencyjną w stosunku do Wykonawców wybranych w postępowaniu, którzy zobowiązani są do spełniania wymogów SWZ i OPZ w całym okresie obowiązywania umowy. Odwołujący wskazał, że Wykonawcy, którzy udzielają dostępu za pośrednictwem API wielu podmiotom trzecim mają takie same, zdaniem Odwołującego – nieadekwatne – wymagania dotyczące liczby pracowników obsługi (wsparcia technicznego i obsługi klienta), jak podmioty nieumożliwiające dostępu za pośrednictwem API. To także uprzywilejowuje podmioty trzecie, które nie są tym samym zobowiązane do ponoszenia nawet pośrednio kosztów osobowych w obsłudze płatności mobilnych w SPPN w Warszawie. Stąd też przywrócenie wymagania wpłacenia przez Operatora kaucji z tytułu nie przekazania do Zamawiającego środków za postój pobranych przez podmiot trzeci w wysokości 10-krotności średnich dziennych wpływów z SPPN – wnoszonych kanałami mobilnymi – w roku kalendarzowym poprzedzającym datę takiego udostępnienia – za każdy podmiot trzeci, może sprzyjać zachowaniu uczciwej konkurencji pomiędzy podmiotami pobierającymi opłaty za postój z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych.

W dniu 2 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawcy MPAY S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący podniósł na posiedzeniu, że nie otrzymał kopii przystąpienia zgłoszonego przez ww. Wykonawcę. Odnosząc się do powyższego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, że w dniu 19 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22 lipca 2021 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawcy MPAY S.A. z siedzibą w Warszawie. Do zgłoszenia dołączono dowód przesłania kopii zgłoszenia Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Z dowodu wynika, że kopia zgłoszenia została przesłana Odwołującemu na adres e-mail: office@skycash.com. Izba ustaliła, że ww. adres e-mail został wskazany w odwołaniu przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy pzp: „Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.”

Mając na względzie ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że kopia zgłoszenia została przesłana Odwołującemu zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy pzp. Odwołujący na posiedzeniu potwierdził prawidłowość adresu e-mail, na który została przesłana kopia zgłoszenia. Zgodnie z art. 61 par. 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2020, poz. 1740 z późn. zm.): „Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.” W ocenie Izby dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu potwierdza, że Przystępujący wprowadził zgłoszenie do systemu w taki sposób, że Odwołujący mógł się zapoznać z jego treścią. Domniemanie to mógł obalić Odwołujący przedstawiając dowody przeciwnie, czego jednak nie uczynił. Dlatego też Izba uznała skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę MPAY S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami,

odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut nr 1 odwołania naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 4.1 oraz 4.2. SWZ: „4.1. Przedmiotem zamówienia jest: Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego (SPPN) w Warszawie z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych. 4.2. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Zamówienie zostało podzielone na 8 części (...) Wykonawca może składać ofertę w odniesieniu do 3 części. Maksymalna liczba części, w których zamówienie może zostać udzielone jednemu Wykonawcy – 3 części.”

W myśl pkt 12 SWZ - opis sposobu obliczenia ceny oferty: „12.1. Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o przedstawiony Opis Przedmiotu Zamówienia (Rozdział IV SWZ) i uznaje się, że pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia - odpowiednio na daną część. Wykonawca podaje w ofercie cenę ofertową brutto (COB) obliczoną w oparciu o deklarowany wskaźnik prowizji uwzględniający podatek VAT w wysokości 23%, wyliczoną na potrzeby porównania ofert wg wzoru: $(([WP] \times [WJ] \times [LT]) = [COB])$, gdzie: WSKAŹNIK PROWIZJI [WP], Średnia wysokość opłaty za postój – średnia wartość jednostkowej transakcji [WJ]: 7,50 zł, Szacunkowa liczba transakcji w jednym roku kalendarzowym: 1,5 mln., CENA OFERTOWA BRUTTO = $[WP] \times [WJ] \times [LT]$. (...) 12.6. Cena oferty musi obejmować koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac.”

W opisie przedmiotu zamówienia w pkt II wskazano: „1. Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Operatora Systemu pobierania opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego za pomocą platform / kanałów mobilnych, w okresie po zawarciu umowy, nie wcześniej niż od 01.12.2021 r. do 31.12.2024 r. 2. Zamówienie podzielone jest na osiem identycznych (tożsamy) części. 3. Przedmiot zamówienia dla każdej z części dotyczy pobierania opłat w ramach puli 1.5 mln (jeden milion pięćset tysięcy) transakcji w ciągu każdego roku trwania umowy, na każdą część, przy czym jedna transakcja równa się jednemu „biletowi za postój” lub inaczej pojedynczej opłacie. 4. Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie obsłużone transakcje (tj. za transakcje, które faktycznie miały miejsce i za które przekazał środki Zamawiającemu).”

W pkt III 2. OPZ wskazano: „2. Opłaty za postój naliczane zgodnie z uchwałą nr XXXI/1077/2008 Rady m.st. Warszawy 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 (Dz. Urz. Woj. Maz. Nr 138 poz. 4868, z późn. zm.). Szczegółowy opis sposobu naliczania (kalkulacji) opłat stanowi Załącznik nr 2 do OPZ. Aktualizacja Załącznika nr 2 nie stanowi zmiany umowy ani warunków zamówienia.”

Zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy – Wynagrodzenie: „1. Za prawidłowe i terminowe wykonanie Przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 umowy ustala się miesięczne wynagrodzenie brutto, obliczone wg wzoru: $W = p \times O$, gdzie: W – miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy brutto, p – wskaźnik prowizji [%] zadeklarowany przez Wykonawcę w ofercie, O – wartość opłat za postój wniesionych przez użytkowników SPPN w miesiącu rozliczeniowym. 2. Wartość wynagrodzenia w okresie obowiązywania umowy nie przekroczy kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj.złotych. Rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy realizowane będzie do wysokości środków finansowych na dany rok kalendarzowy.”

W myśl § 5 ust. 1 i 2 wzoru umowy: Obowiązki i prawa Wykonawcy: „1. Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania miesięcznych raportów o faktycznej liczbie i wartości wniesionych opłat za postój. Raport w formie uzgodnionej z Zamawiającym, podpisany przez upoważnioną osobę będzie przekazywany do Zamawiającego w terminie do 4. dnia następnego miesiąca. 2. Wykonawca będzie przelewał całość kwot rozliczonych tytułem opłat za każdy dzień obowiązywania wnoszenia opłat za postój w SPPN codziennie, do końca następnego dnia roboczego, na rachunek Zamawiającego nr 4510301508000000550059002 (decyduje data uznania rachunku Zamawiającego). Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany przekazać raport z księgowania środków z wybranego przez Zamawiającego okresu w terminie 2 dni od dnia otrzymania żądania.”

Zgodnie z § 9 ust. 22 wzoru umowy: Zmiany umowy: „22. Przyjmuje się, że: 1) rozszerzenie obszaru płatnego parkowania, 2) zmiana taryfy, 3) wprowadzenie nowych taryf, 4) zmiana dni i godzin, w których pobierane są opłaty, 5) dostosowanie systemu do zmian przepisów prawnych, - nie będą powodowały zmiany w zasadach rozliczeń z Wykonawcą.”

Na pytanie nr 4 zgodnie z zestawieniem pytań i odpowiedzi z dnia 7 lipca 2021 r.: „Na posiedzeniu 28 kwietnia Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie przychylił się do skargi warszawskiej prokuratury i uchylił trzy punkty uchwały o płatnym parkowaniu dotyczące wysokości stawek, godzin funkcjonowania strefy oraz opłaty ryczałtowej za parkowanie na „kopertach”. W związku z powyższym istnieje duże ryzyko, że wskazana w SWZ i formularzu ofertowym średnia wysokość opłaty za postój – średnia wartość jednostkowa transakcji [WJ] na poziomie 7,5 zł będzie w rzeczywistości niższa, a tym samym istnieje znaczne ryzyko, że przychody Wykonawcy będą niższe niż wynika to z zapisów SWZ. Jak Zamawiający ocenia ryzyko obniżenia wskazanej wartości [WJ]? W jaki sposób Zamawiający planuje uwzględnić to ryzyko w SWZ? Sugerujemy wprowadzenie odpowiedniego zapisu do wzoru Umowy, pozwalającego na zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w taki sposób, który wyrównuje mniejsze przychody wynikające ze zmniejszenia średniej wysokości opłaty za postój – średniej wartości jednostkowej transakcji, które może nastąpić w przypadku uprawomocnienia wskazanego powyżej wyroku.” Zamawiający odpowiedział: „Nie dotyczy SWZ.”

Bezsporna pomiędzy Stronami była okoliczność, iż wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2021 r. sygn. akt: VI Sa/Wa 731/21, została stwierdzona nieważność uchwały Rady m.st. Warszawy z dnia 15 października 2020 r. nr XXXVIII/1204/2020 w przedmiocie zmiany uchwały w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłat dodatkowych oraz określenia sposobu pobierania tych opłat.

Izba ustaliła, że w dniu 21 lipca 2021 r. na ww. wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2021 r. sygn. akt: VI Sa/Wa 731/21 Zamawiający wniósł do Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie skargę kasacyjną (dowód Zamawiającego).

W pierwszej kolejności Izba odnie się do wniosku Przystępującego o pozostawienie zarzutu nr 1 odwołania bez rozpoznania z uwagi na jego wniesienie po terminie. Przystępujący podnosił na rozprawie, że Odwołujący mógł uzyskać wiedzę na temat wyroku WSA już w dniu 16 czerwca 2021 r., kiedy wyrok był publicznie dostępny w całości. Wskazywał, że dniu opublikowania się ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący poznał treść SWZ (19 maja 2021 r.), dlatego też termin na wniesienie kwestionowanego zarzutu powinien być liczony od dnia 16 czerwca 2021 r. W ocenie Izby zarzutu nr 1 nie można uznać za spóźniony, dlatego też wniosek Przystępującego Izba postanowiła oddalić.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 ustawy pzp: „*Odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającej stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*”

Izba ustaliła, że odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 4 dotyczące wpływu ww. wyroku WSA w Warszawie na treść SWZ została udzielona dnia 7 lipca 2021 r. W ocenie Izby to od tego dnia powinien być liczony termin na wniesienie odwołania w zakresie treści SWZ dotyczącej sposobu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy. Zauważyć należy, że wykonawcy zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy pzp przysługuje uprawnienie zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Odwołujący z tego uprawnienia skorzystał wnosząc o wyjaśnienie wpływu ww. wyroku WSA w Warszawie na ustalone przez Zamawiającego w treści SWZ wynagrodzenie wykonawcy. Dopiero udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane pytanie pozwoliło Odwołującemu na poznanie ostatecznego kształtu SWZ, którego Zamawiający zdecydował się nie zmieniać. Zdaniem Izby to czynność udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie stanowiła podstawę wniesienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 odwołania. Z tego też względu Izba na posiedzeniu postanowiła skierować odwołanie w całości do rozpoznania na rozprawie.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy pzp: „*1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*”

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania wskazania wymaga, że Odwołujący podnosił nieuwzględnienie w dokumentacji zamówienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a mianowicie ww. wyroku WSA, co uniemożliwia Odwołującemu oszacowanie ceny ofertowej. Stanowisko Odwołującego w zakresie podniesionego zarzutu sprowadzało się w istocie do kwestionowania sposobu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotowego zamówienia i żądanie określenia stałych opłat za parkowanie wyłącznie na potrzeby rozliczeń przyszłej umowy. Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić z kilku powodów.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Zamawiający podnoszoną przez Odwołującego okoliczność obniżenia opłat za parkowanie przewidział w treści SWZ w par. 9 ust. 22 wzoru umowy. Zgodnie z tym postanowieniem zmiana taryfy opłat ma pozostawać bez wpływu na wynagrodzenie prowizyjne Wykonawcy i nie będzie stanowiła zmiany umowy. Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu tego postanowienia wzoru umowy. Jak podnosił Strony wyrok WSA w Warszawie wpływałby właśnie na wysokość opłat parkingowych wnoszonych przez użytkowników. Niemniej jednak, jak wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego, wyrok ten został zaskarżony i nie jest prawomocny, dlatego też wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mają wiedzę o wysokości aktualnych opłat za parkowanie, co pozwala im na oszacowanie ceny oferty. Co znamienne, zmiana opłat może polegać zarówno na ich obniżeniu jak i na podwyższeniu, co z kolei będzie oznaczało wyższy przychód dla wykonawcy z tytułu ustalonej w ofercie prowizji. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie szereg uchwał Rady m. st. Warszawy, które powodują zwiększenie przychodu wykonawcy. W ocenie Izby, ustalone w treści SWZ wynagrodzenie prowizyjne jest adekwatne do specyfiki zamówienia. Zamawiający ustalił sposób obliczenia ceny, który pozwoli na porównanie ofert złożonych w postępowaniu uśredniając wysokość opłat za postój i wskazując przewidywaną liczbę transakcji w danym roku. Proponowane przez Odwołującego żądanie zmiany treści SWZ w ten sposób aby stawki opłat w zawartej z wykonawcą umowie były stałe pozostaje w całkowitym oderwaniu od przedmiotu zamówienia, dlatego też nie zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z art. 13 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 25 marca 1985 r. o drogach publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1376 z późn. zm.) wysokość opłat za parkowanie ustala Rada gminy (Miasta). Ustalenie wynagrodzenia wykonawcy w sposób niepowiązany ze źródłem, jakim są rzeczywiście ponoszone opłaty za postój stoi w sprzeczności z celowym i oszczędnym wydatkowaniem środków publicznych ale również z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający nie może ponosić wydatków niepowiązanych ze źródłem ich pochodzenia. Określony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a mianowicie przewidziane w umowie wynagrodzenie prowizyjne od faktycznie poniesionych przez użytkowników opłat jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Za niezasadne Izba uznała również alternatywne żądanie Odwołującego sformułowane na rozprawie, a dotyczące zmiany wynagrodzenia wykonawcy na ryczałtowe. Odwołujący nie przedstawił w oparciu o jakie dane miałyby zostać oszacowane wynagrodzenie wykonawcy polegające na ryczałcie. Każdy z wykonawców musiałby poczynić własne założenia co ilości transakcji i zakładanych przychodów z nich uzyskanych w danym miesiącu, co po pierwsze również pozostawałoby w oderwaniu od faktycznie uiszczanych opłat za parkowanie ale i wiązałoby się z dużym ryzykiem zarówno po stronie wykonawcy jak i Zamawiającego. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że na podstawie tak skonstruowanych postanowień SWZ nie jest w stanie skalkulować ceny oferty. Nie bez znaczenia jest również okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, której Odwołujący nie zaprzeczył, że Odwołujący jest wykonawcą, który wykonywał w ostatnim czasie analogiczne zamówienie na rzecz Zamawiającego. Odwołujący ma zatem najlepszą wiedzę w zakresie realizacji zamówienia, co przekłada się na zwiększone możliwości precyzyjnego oszacowania ceny ofertowej.

Mając powyższe na względzie, Izba uznała że Zamawiający nie naruszył art. 99 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut nr 2 odwołania naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy pzp nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl pkt IV. 17 OPZ przed zmianą SWZ z dnia 14 czerwca 2021 r.: „*17. Zamawiający informuje, że dodatkowe udostępnianie możliwości poboru opłat przez podmioty trzecie, z wykorzystaniem tzw. API Operatora jest możliwe wyłącznie po uprzedniej pisemnej zgodzie Zamawiającego, po wpłaceniu przez Operatora kaucji z tytułu nie przekazania*

do Zamawiającego środków za postój pobranych przez podmiot trzeci w wysokości 10-krotności średnich dziennych wpływów z SPPN – wnoszonych kanałami mobilnymi – w roku kalendarzowym poprzedzającym datę takiego udostępnienia – za każdy podmiot trzeci. Naruszenie warunku uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego skutkuje natychmiastowym wypowiedzeniem umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy.”

W odpowiedzi na pytanie nr 5 w zestawieniu pytań i odpowiedzi z dnia 9 czerwca 2021 r.: „Czy z uwagi na brak pkt. 5 OPZ, na który powołuje się Zamawiający w zakresie definicji podmiotu trzeciego, Zamawiający doprecyzuje pojęcie podmiotu trzeciego, któremu Wykonawca mógłby udostępniać możliwość poboru opłaty z wykorzystaniem tzw. API Operatora, za uprzednim wpłaceniem kaucji? Czy Zamawiający może wyjaśnić w jaki sposób należy określić wysokość kaucji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia będzie realizowany po raz pierwszy i brak będzie możliwości odniesienia się do wartości z roku kalendarzowego poprzedzającego datę udostępnienia? Ewentualnie z uwagi na sprzeczność powyższych postanowień z postanowieniami projektu umowy w zakresie regulacji dotyczącej podwykonawców (par. 6 projektu umowy) oraz braku postanowień dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy, Zamawiający celem ujednoczenia postanowień dokumentacji przetargowej usunie ww. postanowienia?” Zamawiający wyjaśnił: „Sformułowanie „podmiot trzeci” jest oczywiste i użyte w powszechnym znaczeniu. Jest to każdy podmiot inny niż ten, z którym zamawiający ma podpisaną umowę na daną część. Zamawiający informuje, że pod pojęciem wpływów dziennych SPPN rozumie się wpływy z SPPN za rok ubiegły. Jednocześnie zamawiający informuje, że możliwość wnoszenia opłat kanałami mobilnymi w SPPN funkcjonuje od ponad 10 lat. Zamawiający nie widzi sprzeczności o której pisze Wykonawca — podmiot trzeci nie jest podwykonawcą w rozumieniu umowy. Treść par. 6 wzoru umowy pozostaje bez zmian.”

Zgodnie z pkt IV. 19 i 20 OPZ po zmianach z dnia 14 czerwca 2021 r. - Podstawowe wymagania Zamawiającego dla prawidłowego funkcjonowania usługi: „19. Zamawiający informuje, że dodatkowe udostępnianie możliwości poboru opłat przez podmioty trzecie, z wykorzystaniem tzw. API Operatora jest możliwe wyłącznie po uprzedniej pisemnej zgodzie Zamawiającego, po wpłaceniu przez Operatora kaucji z tytułu nie przekazania do Zamawiającego środków za postój pobranych przez podmiot trzeci w wysokości 10-krotności średnich dziennych wpływów z SPPN – wnoszonych kanałami mobilnymi – w roku kalendarzowym poprzedzającym datę takiego udostępnienia – za każdy podmiot trzeci. Naruszenie warunku uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego skutkuje natychmiastowym wypowiedzeniem umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy. 20. Operator przyjmuje do wiadomości, że odpowiada za działania i zaniechania podmiotu trzeciego opisanego w pkt IV.19. OPZ jak za własne.”

W odpowiedzi na pytanie nr 2 w zestawieniu pytań i odpowiedzi z dnia 17 czerwca 2021 r.: „Czy biorąc pod uwagę możliwości udostępnienia poboru opłat przez podmioty trzecie opisane w pkt. IV. 17 OPZ, Zamawiający dopuści uruchomienie usługi przez aplikacje firm trzecich (np. aplikacje bankowe), które nie posiadają funkcjonalności wnoszenia przez Użytkownika opłaty za postój przy użyciu dowolnej, obsługiwanej w polskim obrocie gospodarczym, karty płatniczej (bezpośrednia płatność w ciężar karty), co stanowi wymóg opisany w pkt IV. 15 OPZ?” Zamawiający wyjaśnił: „Wykonawca, z którym Zamawiający podpisał umowę, ma obowiązek świadczenia usług zgodnie z OPZ i umową. Jeżeli Wykonawca ma chęć udostępnienia swojego API podmiotowi trzeciemu (zgodnie z warunkami OPZ), to ten podmiot nie musi w swojej aplikacji (np. bankowej) zapewniać funkcjonalności obowiązkowych dla Wykonawcy. Niemniej, świadczenie usługi dla Zamawiającego, z wykorzystaniem aplikacji wyłącznie podmiotu trzeciego, jest niezgodne z OPZ i niedopuszczalne.”

W odpowiedzi na pytanie nr 1 w zestawieniu pytań i odpowiedzi z dnia 14 lipca 2021 r.: „W punkcie 17 OPZ Zamawiający umożliwia udostępnienie poboru opłat przez podmiot trzeci, z wykorzystaniem tzw. API Operatora wyłącznie po uprzedniej pisemnej zgodzie Zamawiającego po wpłaceniu przez Operatora Kaucji z tytułu nieprzekazania do Zamawiającego środków za postój pobrany przez podmiot trzeci w wysokości 10-krotności średnich dziennych wpływów z SPPN — wnoszonych kanałami mobilnymi w roku kalendarzowym poprzedzającym datę takiego udostępnienia — za każdy podmiot trzeci. W naszej opinii wysokość kaucji w wysokości 10-krotności średnich dziennych wpływów z SPPN — wnoszonych kanałami mobilnymi — w roku kalendarzowym poprzedzającym datę takiego udostępnienia za każdy podmiot trzeci jest niewspółmiernie wysoka do zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Wykonawcę, opisanej w pkt 18.1. Nadto w naszej opinii zapis taki jest niezgodny z art. 452 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż de facto nakłada na wykonawcę dodatkowe zobowiązania pieniężne, które znacznie przekroczą górną wysokość zabezpieczenia przewidzianą w tym przepisie. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, gdyż i tak odpowiedzialność za należyte wykonania umowy spoczywa na Wykonawcy, który jest odpowiedzialny w całości za realizację prawidłowości rozliczeń na rzecz Zamawiającego. W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o usunięcie zapisu dotyczącego wymogu wpłacenia kaucji przez Wykonawcę lub zmianę wymagań zabezpieczenia, która umożliwi kontynuację współpracy z podmiotami trzecimi. W przypadku zachowania pierwotnych zapisów OPZ, integracja Wykonawcy z podmiotami trzecimi nie będzie możliwa, co w znaczący sposób może ograniczyć dostępność usługi np. dla Użytkowników korzystających z aplikacji bankowych, gdzie możliwość wnoszenia opłat za parkowanie w SPPN stała się wygodną alternatywą do parkometrów.” Zamawiający wyjaśnił: „Należy zwrócić uwagę, że w dniu 14 czerwca 2021 r. był opublikowany OPZ ze zmianami. Przywołany w pytaniu punkt 17 OPZ w wersji aktualnej znajduje się w rozdziale IV Podstawowe wymagania Zamawiającego dla prawidłowego funkcjonowania usługi pod numerem 19. Ponadto, wymieniony w dalszej części pytania punkt 18.1 nie występował przed zmianą i nie występuje w aktualnym OPZ. Zamawiający dokonuje zmiany SWZ w Opisie przedmiotu zamówienia Rozdział IV w sposób następujący; (...) Zapisy OPZ po zmianie: IV. Podstawowe wymagania Zamawiającego dla prawidłowego funkcjonowania usługi 19. Zamawiający informuje, że dodatkowe udostępnianie możliwości poboru opłat przez podmioty trzecie, z wykorzystaniem tzw. API Operatora jest możliwe wyłącznie po uprzedniej pisemnej zgodzie Zamawiającego, udzielanej Wykonawcy dla każdego podmiotu trzeciego z osobna. Naruszenie warunku uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego skutkuje natychmiastowym wypowiedzeniem umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy.”

W myśl art. 99 ust. 4 ustawy pzp: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący określił czynność, która stanowiła podstawę wniesionego odwołania w zakresie zarzutu nr 2. Odwołujący podważa bowiem czynność zmiany treści SWZ, a mianowicie pkt IV.19 OPZ. Zgodnie z dokonaną zmianą wykonawca nie będzie zobowiązany do wpłacenia

Zamawiającemu kaucji z tytułu dodatkowego udostępniania możliwości poboru opłat przez podmioty trzecie, z wykorzystaniem tzw. API Operatora. Kwestionowana przez Odwołującego zmiana OPZ nie narusza jednak w ocenie Izby art. 99 ust. 4 w zakresie w jakim miałyby spowodować utrudnienie konkurencji w postępowaniu.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, że ww. postanowienie OPZ nie oznacza, że podmiot trzeci, któremu wykonawca udostępni możliwość poboru opłat będzie realizował przedmiotowe zamówienie nie biorąc udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie posiadając wymaganego postanowieniami SWZ zasobu kadrowego, finansowego i organizacyjnego. Odwołujący upatrywał bowiem naruszenia zasady uczciwej konkurencji w oparciu o wskazane wyżej błędne założenie. Jak wynika z pkt IV.19 OPZ to Wykonawca realizujący daną część zamówienia będzie mógł zdecydować czy rozszerzy dostęp do dokonywania płatności za postój przez podmiot trzeci, np. bank. Ponadto, podmiot trzeci nie będzie w takim przypadku podwykonawcą, co wynika również z odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 9 czerwca 2021 r. Za jego działania będzie odpowiedzialny wyłącznie wykonawca, a podmiot trzeci nie będzie z tego tytułu otrzymywał wynagrodzenia. Jest to postanowienie korzystne zarówno dla Zamawiającego jak i dla Wykonawcy, który poprzez rozszerzenie dostępu do usługi otrzyma dodatkową prowizję, co zwiększy jego przychód z realizacji zamówienia. Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował postanowienia pkt IV.19 OPZ co do zasady ale wyłącznie w zakresie, w jakim Zamawiający zrezygnował z konieczności wpłacenia przez wykonawcę kaucji. Twierdzenia Odwołującego o utrudnieniu w ten sposób uczciwej konkurencji w postępowaniu są niezrozumiałe, gdyż usunięcie kaucji umożliwi właśnie każdemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia udostępnienie usługi bez względu na jego możliwości finansowe. Izba nie dostrzega w kwestionowanym postanowieniu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a jedynie rozszerzenie dla użytkowników alternatywnych możliwości dokonywania opłat za parkowanie.

Dlatego też, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: