

Sygn. akt: KIO 2801/23

WYROK

z dnia 6 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Elżbieta Dobrenko

Danuta Dziubińska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- KBU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków,
- Flowbird Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Brukowa 12/11, 91-341 Łódź,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Poznań - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Wilczak 17, 61-623 Poznań,

przy udziale wykonawcy CITY Parking Group spółka akcyjna, ul. Budowlanych 3, 86-300 Grudziądz, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

KIO 2801/23

1

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: KBU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków oraz Flowbird Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Brukowa 12/11, 91-341 Łódź, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: KBU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków oraz Flowbird Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Brukowa 12/11, 91-341 Łódź, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok -w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2801/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Poznań - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Wilczak 17, 61-623 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Obsługa urządzeń do poboru opłat parkingowych (automatów parkingowych) na obszarze SPP w dzielnicy Wilda i os. Św. Łazarz w Poznaniu w zakresie serwisu”, numer referencyjny: DZ.PP.341.27.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.05.2023 r., nr 2023/S 098- 306627.

W dniu 22.09.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: KBU sp. z o.o., ul. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków oraz Flowbird Polska sp. z o.o., ul. Brukowa 12/11,

91-341 Łódź (dalej: „Odwołujący”) zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez niezasadne przyjęcie, że zawarcie pomiędzy KBU sp. z

o.o. i Flowbird Polska sp. z o.o. umowy konsorcjum i wspólne złożenie Zamawiającemu oferty stanowiło przejaw zmowy przetargowej, w sytuacji gdy zawarcie umowy konsorcjum przez tych wykonawców miało uzasadnienie ekonomiczne, w tym miało przede wszystkim umożliwić im złożenie oferty, a celem, ani jego skutkiem nie było ograniczenie konkurencji w postępowaniu, skoro inni wykonawcy mogli zdaniem Zamawiającego złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPG w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta spełnia wymagania wynikające z pkt 3.1.1. lit. A ppkt 11.2 SWZ, obejmuje cały zakres zamówienia, a wykonawca jest w stanie zawrzeć z Zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego, a w szczególności przedstawić dokumenty wymagane pkt 19.1 SWZ, ewentualnie -art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPG, mimo iż wykonawca ten, co najmniej w wyniku niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie tego, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania wynikające z SWZ, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, względnie - art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPG, mimo iż całokształt działań i zaniechań CPG, z jakimi mamy do czynienia w niniejszej sprawie świadczy o tym, że CPG złożyło ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem co najmniej sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagrażające interesom Zamawiającego jest zaoferowanie przez CPG świadczenia, którego ten wykonawca nie mógł – na dzień

złożenia oferty - zrealizować bez naruszenia praw wyłącznych innego podmiotu,

3) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty CPG jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawca ten w

odpowiedzi na wezwania skierowane do niego przez Zamawiającego nie wyjaśnił, czy jego oferta obejmuje cały wymagany zapisami SWZ zakres zamówienia i w jaki sposób wykonawca ten zamierza spełnić wymóg wynikający z pkt 3.1.1. lit. A ppkt 11.2 SWZ,

4) art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania CPG do złożenia wyjaśnień wskazujących na sposób skalkulowania przez tego wykonawcę ceny ofertowej, zwłaszcza zaś na sposób ujęcia w tej cenie kosztów

zapewnienia wymaganych zapisami SWZ licencji do oprogramowania Flowbird, w sytuacji gdy okoliczności, jakie zaistniały w niniejszej sprawie oraz wysokość zaoferowanej przez CPG ceny zwłaszcza w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, wartości oferty drugiego wykonawcy oraz cen z poprzedniego postępowania winny były wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny CPG i tego, czy obejmuje ona cały zakres zamówienia,

5) ewentualnie - art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż przebieg postępowania wskazuje, że postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia, a skutkującą brakiem możliwości zawarcia umowy nie podlegającej unieważnieniu, a to z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje konkurencję w postępowaniu i pozbawia Flowbird Polska realnej możliwości uzyskania zamówienia.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„4. W pkt 3.1.1 SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ten drugi element został opisany w ppkt D) Utrzymanie centralnej bazy danych oraz systemu zarządzającego siecią automatów parkingowych oraz E) Utrzymanie akceptacji kart płatniczych. (...)

7. W pkt 19 SWZ Zamawiający podał Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując w pkt 19.1 lit. f, że przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wybrany wykonawca musi przedstawić Zamawiającemu upoważnienie (certyfikat) usług zapewnienia danych z automatów parkingowych i systemów oprogramowania zarządzającego, wydane przez producenta automatów parkingowych, potwierdzającego możliwość dalszego licencjonowania urządzeń, systemów oraz usług w szczególności w zakresie: zarządzania bazami danych, płatnościami elektronicznymi, uprawnieniami dostępu, udostępniania klientom interfejsu API.

8. Nie przedstawienie tego dokumentu Zamawiającemu w wyznaczonym terminie, zgodnie z pkt 19.2 SWZ, będzie traktowane przez Zamawiającego jako uchylenie się wykonawcy od

zawarcia umowy.

9. Odnosząc się do tak opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia zaznaczyć należy, że z jednej strony bez współpracy Flowbird SAS/Flowbird Polska sp. z o.o., posiadających prawa wyłączne do oprogramowania do obsługi automatów parkingowych, w tym w zakresie płatności elektronicznych (autorskie prawa majątkowe), nie da się prawidłowo zrealizować zamówienia, z drugiej zaś obowiązek zapewnienia sobie współpracy tych podmiotów, zwłaszcza w zakresie utrzymania oprogramowania i obsługi płatności elektronicznych, w tym poniesienie kosztów związanych z tą współpracą, Zamawiający przerzucił w całości na wykonawcę zamówienia.

10. Taki opis przedmiotu zamówienia nie został zakwestionowany przez żadnego wykonawcę, w szczególności przez CPG. (...)

14. Jednym z producentów automatów parkingowych jest firma Flowbird SAS. Na terenie Polski firma ta działa poprzez utworzoną przez siebie spółkę Flowbird Polska sp. z o.o., która dostarcza automaty parkingowe produkcji Flowbird SAS zainteresowanym podmiotom (takim jak Zamawiający, ale i takim jak KBU czy CPG). Jeśli Flowbird Polska sp. z o.o. sama oferuje dostawę, montaż i serwis automatów parkingowych finalnemu odbiorcy zawsze poszukuje partnera (konsorcjanta lub podwykonawcę) do wykonania usług o charakterze technicznym (montaż, naprawy, wymiana elementów eksploatacyjnych). Jeśli jej kontrahent występuje w charakterze dostawcy automatów parkingowych, Flowbird Polska sp. z o.o. współpracuje z nim w charakterze podwykonawcy w zakresie zapewnienia w okresie użytkowania automatów sprawności oprogramowania do ich obsługi. Flowbird Polska sp. z o.o., jeśli udziela innym podmiotom licencji do oprogramowania (w zależności od uzgodnień stron podwykonawstwo może nie wiązać się z udzieleniem jakiegokolwiek licencji, jeśli wszystkie czynności „licencjonowane” ma wykonywać Flowbird), jest to licencja bardzo ograniczona, do korzystania z oprogramowania w wąskim zakresie, i połączona jest z podwykonawstwem w zakresie, w jakim do obsługi, utrzymania i aktualizacji oprogramowania konieczne jest zapewnienie pełnych praw autorskich. Pełnych praw autorskich do oprogramowania nie posiada bowiem nawet Flowbird Polska Sp. o.o. i wykonując te usługi jako podwykonawca musi współpracować z Flowbird SAS.

15. Flowbird SAS, będąc autorem i posiadaczem autorskich praw majątkowych do aplikacji niezbędnych do obsługi automatów parkingowych i API, upoważniła Flowbird Polska Sp. o.o. wyłącznie do pełnienia nadzoru nad działaniem i konfiguracją tych aplikacji i interfejsów API oraz upoważnia Flowbird Polska Sp. z o.o. do udzielania dalszych licencji, ale tylko na korzystanie z aplikacji i interfejsów API stronom. (...)

I.C. Wcześniejsze postępowania prowadzone przez Zamawiającego.

17. W 2022r. Zamawiający przeprowadził pierwsze postępowanie związane z bieżącą obsługą (utrzymaniem, serwisem) automatów parkingowych zlokalizowanych w powyżej

wymienionych dzielnicach Poznania (postępowanie nr DZ.PP.3410.30.2022). Opis przedmiotu tego zamówienia, w zakresie związanym z zapewnieniem sprawności oprogramowania parkomatów, był identyczny jak w niniejszym postępowaniu.

18. Oferty we wskazanym postępowaniu złożyło dwóch wykonawców – KBU z ceną 1 868 432,88 zł brutto oraz CPG z ceną 2 035 404,00 zł brutto. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta KBU.

19. Zaznaczyć należy, że CPG przed złożeniem oferty Zamawiającemu w 2022r. nie zwróciło się do Flowbird Polska z prośbą o nawiązanie współpracy, czy choćby wycenę usług związanych z zapewnieniem sprawności oprogramowania automatów parkingowych. (...)

24. Dopiero po podjęciu przez Flowbird decyzji o samodzielnym złożeniu oferty, a kolejno zawarciu umowy konsorcjum i wspólnym z KBU przygotowaniu oferty dla Zamawiającego, na niespełna tydzień przed wyznaczonym terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu, CPG wystosowało do Flowbird Polska lakoniczny mail prosząc (cyt.): o przesłanie oferty msc kosztów do postępowania „Obsługa urządzeń do poboru opłat parkingowych (automatów parkingowych) na obszarze SPP w dzielnicy Wilda i os. Św. Łazarz w Poznaniu w zakresie serwisu”. CPG, nawet na tym etapie, nie zdefiniowało zakresu współpracy z Flowbird Polska i oczekiwanych zasad tej współpracy. Ponieważ Flowbird Polska zdecydowało się (1) samodzielnie złożyć ofertę w Postępowaniu i (2) w celu uzupełnienia brakujących do realizacji zamówienia zasobów technicznych nawiązało współpracę z KBU, decydując się na zawarcie umowy konsorcjum, Flowbird Polska odpowiedziało CPG, że zdecydowało o tym, że startuje bezpośrednio jako Flowbird w Postępowaniu i w tej sytuacji nie będzie udostępniać licencji na swoje urządzenia, systemy i usługi innym podmiotom. Nawet po otrzymaniu tej wiadomości mailowej, CPG nie podjęło jakichkolwiek rozmów z Flowbird Polska, ani z Flowbird SAS celem ustalenia, czy istnieje możliwość zmiany tego stanowiska oraz, jakie warunki musiałyby zostać spełnione by współpraca pomiędzy firmami mogła zaistnieć. Flowbird Polska nie wyklucza, że w sytuacji, gdyby choćby na ten moment CPG zaoferowało rozsądne i partnerskie zasady współpracy, jego stanowisko mogłoby się jeszcze zmienić.

25. Jak wynika z powyższego, brak nawiązania pomiędzy Flowbird Polska a CPG współpracy przed złożeniem ofert w niniejszym Postępowaniu wynikał z kilku czynników, jednak najistotniejszym była sama postawa CPG, które w poprzednim postępowaniu i bieżącym nie zabiegało o ustalenie partnerskich zasad współpracy pomiędzy. Jednocześnie Flowbird Polska podjęło decyzję o samodzielnym złożeniu oferty w Postępowaniu do czego ma prawo i Zamawiający zapisami SWZ prawa tego nie może Flowbird Polska ograniczyć, czy wykluczyć. Ponieważ Flowbird Polska nie posiada ludzi, ani sprzętu do wykonania technicznej części przedmiotu zamówienia, Flowbird Polska zawiązało konsorcjum z KBU. Wybór ten, jak wyjaśniono był podyktowany wcześniejszą, pomyślnie układającą się współpracą przy realizacji tego samego zamówienia i chęcią złożenia korzystnej dla Zamawiającego oferty.

26. CPG, nie mając wyceny kosztów zapewnienia sprawności oprogramowania utrzymywanych automatów w okresie realizacji zamówienia, ani nawet nie ubiegając się o gwarancję, że wyłącznie uprawniony do wykonania tej części zamówienia podmiot nawiąże z CPG współpracę, złożyło bardzo niską wycenioną ofertę Zamawiającemu. CPG wprowadziło Zamawiającego w błąd co do tego, że może właściwie wykonać przedmiot zamówienia, jednocześnie zapewniając Zamawiającego, że podjęło konieczne działania by móc zrealizować przedmiot

zamówienia.

27. Jeżeli więc w niniejszej sprawie jakiemuś wykonawcy można by zarzucić działanie w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, to tym wykonawcą byłoby CPG, które nie podjęło należytych starań w stosownym czasie w celu ustalenia rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia i nawiązania współpracy z Flowbird, złożyło Zamawiającemu ofertę z rażąco niską ceną – nie uwzględniając kosztów związanych z zapewnieniem oprogramowania w prawidłowej wysokości i mając wiedzę, że nie nawiązało współpracy z podmiotem, któremu przysługują prawa wyłączne do oprogramowania, a więc wprowadzając Zamawiającego w błąd co do możliwości prawidłowego zrealizowania zamówienia, a kolejno próbując wymusić tą współpracę na Flowbird Polska na zasadach sprzecznych z podstawowymi zasadami współżycia społecznego w momencie, w którym Flowbird Polska zaciągnął już zobowiązania konsorcjalne z firmą KBU i złożył ofertę w postępowaniu.

II. Podstawy do wykluczenia Konsorcjum wskazane przez Zamawiającego.

28. Odnosząc powyższe do przyjętej przez Zamawiającego podstawy prawnej do wykluczenia Konsorcjum z postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp), czego konsekwencją było odrzucenie oferty Konsorcjum, oraz uzasadnienia do tej czynności podanej przez Zamawiającego, Odwołujący wskazuje, co następuje. (...)

30. Jak wynika z decyzji o wykluczeniu Konsorcjum z Postępowania, Zamawiający za porozumieniem mające na celu zakłócenie konkurencji uznał umowę konsorcjum zawartą pomiędzy Flowbird Polska oraz KBU. W decyzji, o której mowa Zamawiający wskazuje (cyt.): Tym samym, w świetle wyjaśnień udzielonych przez Wykonawców Flowbird Polska Sp. z o.o. i KBU Sp. z o.o., zawiązanie przez tych Wykonawców konsorcjum w celu złożenia oferty w niniejszym postępowaniu należy uznać za wiarygodną przesłankę potwierdzającą zawarcie przez ww. Wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, poprzez jej faktyczne wyeliminowanie.

31. Odnosząc się do tego stanowiska Zamawiającego należy w pierwszej kolejności odnotować, że Zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2023r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, wezwał Konsorcjum (cyt.): do ustosunkowania się do treści korespondencji otrzymanej przez Zamawiającego (w załączeniu), w zakresie dotyczącym oferty Wykonawców w kontekście przywołanych w tej korespondencji przepisów dotyczących ochrony konkurencji, w tym kryteriów udzielania upoważnień (certyfikatów), o których mowa w przekazanym

Zamawiającemu oświadczeniu Wykonawcy Flowbird Polska Sp. z o.o. z dnia 23 czerwca 2023r., ilości otrzymanych wniosków o udzielenie takiego upoważnienia dla celów zamówienia objętego niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz przyczyn odmowy udzielenia tego upoważnienia Wykonawcy City Parking Group S.A. i wykluczenia możliwości udzielenia takiego upoważnienia w przyszłości.

32. Warto zaznaczyć, że pismo CPG, do którego ustosunkować miało się Konsorcjum nie kwestionowało zasadności, czy dopuszczalności zawarcia przez Flowbird Polska i KBU umowy konsorcjum i złożenia Zamawiającemu wspólnej oferty, zwłaszcza w kontekście istnienia pomiędzy tymi podmiotami tzw. zmowy przetargowej. Pismo odnosiło się wyłącznie do sytuacji, jaka zaistniała po złożeniu ofert w postępowaniu. Ponieważ Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 21 lipca 2023r. nie przedstawił żadnych własnych wątpliwości co do oferty złożonej przez Konsorcjum, Konsorcjum poprzestało na przygotowaniu odpowiedzi na zarzuty padające ze strony CPG, szeroko wyjaśniając, z jakich względów Flowbird Polska nie można przypisać pozycji dominującej na rynku, z jakich względów poinformowanie Zamawiającego o braku nawiązania współpracy pomiędzy Flowbird Polska a CPG nie może być „nakłanianiem” do odmowy kontraktowania z CPG (a to z tego względu, że informacje przekazane przez Flowbird Polska były zgodne ze stanem rzeczywistym) oraz dlaczego zasada swobody kontraktowania wyklucza możliwość narzucenia Flowbird Polska konieczności współpracy z CPG.

33. Zamawiający nigdy nie zadał Konsorcjum pytania, z jakich względów KBU i Flowbird Polska zawarły umowę konsorcjum, nie zadał również pytania, czy którykolwiek z tych podmiotów mógłby złożyć ofertę w Postępowaniu samodzielnie (bez kooperacji z drugim podmiotem), a więc czy zawarcie umowy konsorcjum miało logiczne, wynikające z doświadczenia życiowego uzasadnienie inne niż naruszenie konkurencji i uniemożliwienie CPG uzyskanie zamówienia.

34. Zamawiający nie zadał także pytania o to, czy KBU przed zawarciem umowy konsorcjum z Flowbird Polska miało wiedzę o tym, że Flowbird Polska nie udzieli licencji CPG, czy tego od niego oczekiwało, czy decyzja w tym zakresie była przez te podmioty podjęta w porozumieniu.

35. Pierwsza z kwestii poruszonych powyżej jest niezmiernie istotna w świetle orzecznictwa dotyczącego możliwości traktowania umowy konsorcjum jako zmowy przetargowej, ale i podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Już z samej treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wynika, że wykluczenie wykonawców jest środkiem ostatecznym i, że należy dać im uprzednio możliwość wykazania, że nie doszło do niedozwolonego porozumienia. (...)

41. Zamawiający, po pierwsze, jedynie więc domniema pewne okoliczności, choć to jego obciąża ciężar ich wykazania. Po drugie, czyniąc te domniemania całkowicie pomija, że

w poprzednim postępowaniu Flowbird Polska działał jako podwykonawca KBU w zakresie utrzymania oprogramowania, a więc KBU nie było w stanie już wtedy samodzielnie wykonać przedmiotu zamówienia w całości. Po trzecie, Zamawiający skupia się wyłącznie na samodzielnej możliwości spełnienia przez KBU „warunków udziału w postępowaniu i wymagań Zamawiającego”, zapominając, że nawet podmioty, z których każdy samodzielnie może spełnić wymagania

zamawiającego mogą być uprawnione do zawarcia umowy konsorcjum. Po czwarte zaś pomija całkowicie czynnik czasu, tj., to, że w 2022r. złożenie przez KBU samodzielnej oferty „nie przekraczało możliwości finansowych i organizacyjnych” tego wykonawcy (z zastrzeżeniem udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia), nie oznacza, że KBU ma te możliwości również w 2023r. z perspektywą na kolejne 18 miesięcy. Sytuacja wykonawców ubiegających się o zamówienie jest zmienna w czasie, zależy od szeregu czynników, w tym ilości ofert składanych w tym samym czasie/zamówień realizowanych w tym samym czasie, zwłaszcza zaś sytuacja ta zmienia się bardzo dynamicznie w ostatnich miesiącach trudnej sytuacji gospodarczej związanej ze skokowymi wzrostami inflacji, kosztów zatrudnienia itd. spowodowanymi wojną i pandemią.

43. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że gdyby Zamawiający podjął próbę wyjaśnienia z nim ekonomicznych podstaw do zawarcia umowy konsorcjum pomiędzy KBU a Flowbird Polska, Konsorcjum istnienie takich podstaw mogłoby bez większych problemów wykazać.

44. Jak wyjaśniono powyżej:

1) Flowbird Polska nie zatrudnia pracowników technicznych niezbędnych do serwisowania i utrzymania w sprawności technicznej automatów parkingowych, nie ma w zakresie wykonywania tego typu usług żadnego własnego doświadczenia, nie posiada zaplecza sprzętowego, pojazdów i bazy dla nich na terenie Poznania. Pozyskanie tych zasobów we własnym zakresie wiązałoby się z bardzo wysokimi kosztami, czasem niezbędnym do ich przygotowania oraz zwiększałoby ryzyko realizacji zamówienia – Flowbird musiałby wykonywać czynności, których do tej pory nie wykonywał samodzielnie, nie mając wiedzy i doświadczenia do tego niezbędnych. To wszystko istotnie zwiększyłoby koszty realizacji zamówienia, zmniejszając szanse na złożenie konkurencyjnej oferty,

2) KBU nie posiada praw do oprogramowania do obsługi automatów parkingowych dostarczonych Zamawiającemu, ani wiedzy, doświadczenia i zasobów niezbędnych do zrealizowania usługi objętej zamówieniem w zakresie zapewnienia pełnej sprawności oprogramowania. Usługi, w których specjalizuje się KBU są więc komplementarne względem usług, w realizacji których specjalizuje się Flowbird (i odwrotnie),

3) Składając wspólną ofertę spółki chciałby zwiększyć konkurencyjność swojej oferty, każda ze spółek odpowiadając względem siebie za zakres, w którym się specjalizuje, i nie musząc obejmować swoim ryzykiem tej części zamówienia, której nie jest w stanie zrealizować samodzielnie, może zmniejszyć marżę – wycenę ryzyka. Dochodzi bowiem w tej sytuacji

do podziału ryzyka kontraktowego- ryzyko to rozkłada się na dwa, a nie jeden podmiot, a nadto w relacjach wewnętrznych każdy z podmiotów przyjmuje na siebie to ryzyko, które jest związane bezpośrednio z jego specjalizacją,

4) Z punktu widzenia KBU, które jest dostawcą parkomatów, ale nie ich producentem istotne było także i to, że KBU świadcząc usługi dostawy i utrzymania parkomatów największe koszty ponosi w początkowym okresie realizacji takiego zamówienia (KBU za zakup parkomatów płaci zazwyczaj z góry, natomiast zamawiający koszt ten ma rozłożony na cały okres realizacji zamówienia, czasem nawet 6-7 letni, nawet jeśli KBU uda się uzyskać leasing na parkomaty koszty z tym związane również są wyższe w początkowym okresie realizacji zamówienia). Obecnie KBU chce złożyć oferty w tego typu postępowaniach, a więc musi mieć zabezpieczone środki na zakup większej ilości parkometrów. Dodatkowo KBU realizuje obecnie kilka umów utrzymaniowych – umów wieloletnich (np. Wrocław, Wałbrzych), gdzie oferty były składane przed pandemią lub w jej początkowym okresie. Część tych umów nie ma wystawczych klauzul waloryzacyjnych. Koszty realizacji tych umów rosną skokowo w ostatnich miesiącach, a szanse na zwiększenie wynagrodzenia nie są duże. Rentowność kontraktów KBU z tych i innych względów spada więc. KBU stało więc w niniejszym postępowaniu przed wyborem, czy złożyć ofertę, czy lepiej przygotować się do postępowań o większym zakresie (z dostawą parkomatów) lub zachować środki na realizację już realizowanych zamówień. Decyzja ta była trudna, bo KBU ma już zatrudnionych ludzi do realizacji niniejszego zamówienia i sprzęt (zasoby z poprzedniego zamówienia). Brak konieczności ponoszenia kosztów podwykonawstwa i licencji Flowbird (w ramach konsorcjum ponosi je Flowbird) oraz możliwość podzielenia się kosztami i ryzykiem z Flowbird zaważyły o decyzji KBU o złożeniu oferty w tym Postępowaniu,

5) Z punktu widzenia Flowbird Polska jednym z najistotniejszych czynników decydujących o zawarciu umowy konsorcjum było to, że utrzymywane automaty parkingowe nie będą w okresie realizacji zamówienia – odmiennie niż w dotychczasowym zamówieniu – objęte gwarancją producenta, a więc Flowbird SAS. Flowbird Polska, występując wyłącznie jako podwykonawca innego podmiotu w zakresie utrzymania oprogramowania, nie miałaby wpływu na to, kto – po okresie gwarancyjnym - będzie naprawiał uszkodzone elementy parkomatów, zwłaszcza zaś kluczowe podzespoły takie, jak ich płyty główne. Składając własną ofertę Flowbird Polska mogło zapewnić, że naprawy te nadal będą wykonywane przez Flowbird SAS, co jest dla tych podmiotów dodatkowych źródłem przychodów, ale i w ujęciu praktycznym pozwala zmniejszyć koszty utrzymania oprogramowania. Z doświadczenia Flowbird wynika, że niewłaściwa naprawa tego typu podzespołów, „przypadkowe” wgranie dodatkowych oprogramowań itp. zwiększa ilość błędów oprogramowania i zmniejsza bezpieczeństwo funkcjonowania parkomatów. Finalnie są to więc dodatkowe koszty dla samego Flowbird. Zaznaczyć należy, że parkomaty

dostarczone Zamawiającemu – z uwagi na przerwane łańcuchy dostaw przez pandemię i upadłość producentów podzespołów – w pewnym momencie miały większą awaryjność/gorszą jakość. Flowbird Polska przygotowując się do kolejnych zamówień na dostawę parkomatów chciał więc również, samodzielnie realizując zamówienie, zwłaszcza w zakresie napraw podzespołów, poprawić swój wizerunek. Sprawna obsługa posprzedażowa, duże zaangażowanie Flowbird w tą obsługę, miało więc mieć również walor marketingowy.

45. Jak wynika z powyższego złożenie oferty przez KBU i Flowbird wspólnie miało uzasadnienie ekonomiczne oraz nie było nastawione na uniemożliwienie złożenia ważnej oferty przez CPG i wyeliminowanie tym samym konkurencji. Jak wyjaśniono na etapie badania i oceny ofert Flowbird Polska zdecydował się na zawarcie umowy konsorcjum właśnie z KBU z uwagi na wcześniejsze relacje biznesowe – pomyślnie układającą się współpracę, w tym przede wszystkim współpracę przy dostawie parkomatów na rzecz Zamawiającego, które w ramach zamówienia miały być serwisowane i utrzymywane. KBU, które jako lider Konsorcjum składało wyjaśnienia Zamawiającemu nie miało pełnej wiedzy na temat okoliczności, w jakich Flowbird podejmowało decyzję o zawarciu konsorcjum i wiedzy tej mieć nie musiało, skoro pytania Zamawiającego nie odnosiły się do tej kwestii. Obecnie jednak podnieść należy okoliczność, na którą wskazano na wstępie – CPG w poprzednim postępowaniu nie zaproponowało współpracy Flowbird, nie chciało jego oferty, a również w obecnym postępowaniu nie złożyło Flowbird żadnej konkretnej propozycji współpracy, zwlekając z zadaniem jakichkolwiek pytań Flowbird do ostatniego momentu, kiedy to Flowbird podjął decyzję o samodzielnym złożeniu oferty, a nie występowaniu jako podwykonawca podmiotu trzeciego.

46. Również skutkiem zawarcia konsorcjum nie było w świetle postawy Zamawiającego wyeliminowanie konkurencji, skoro Zamawiający uznał, że oferta CPG jest zgodna z SWZ i wybrał ją jako najkorzystniejszą. Ta ostatnia okoliczność najlepiej świadczy przy tym w ocenie Odwołującego o absurdalność zarzutów Zamawiającego – Zamawiający z jednej strony twierdzi, że oferta CPG jest ważna, nie podlega odrzuceniu, a co za tym idzie, że CPG mogło ją było złożyć mimo braku zapewnienia licencji przez Flowbird, a jednocześnie odrzuca ofertę złożoną przez Flowbird wspólnie z KBU argumentując, że podmioty te pozostawały w zmwie nakierowanej na uniemożliwienie złożenia ważnej oferty przez CPG właśnie poprzez odmowę udzielenia CPG licencji (!).

47. Równie nieuprawnione są twierdzenia, że KBU odmówiło CPG udzielenia licencji/certyfikatu. KBU, co wyjaśniono, nie jest dysponentem prawa wyłącznego – praw własności intelektualnej do oprogramowania. KBU nie zobowiązało Flowbird Polska do odmowy udzielenia licencji/certyfikatu CPG, ani takiej odmowy nie oczekiwało w związku z zawarciem umowy konsorcjum, zakładając, że zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia

na skutek wspólnej realizacji zamówienia z Flowbird Polska pozwoli na złożenie konsorcjum korzystniejszej oferty cenowej i uzyskanie zamówienia.

48. Podmiotem, który odmówił CPG udzielenia licencji/certyfikacji była firma Flowbird Polska, a nie Konsorcjum. Flowbird Polska nie działało w tym zakresie w porozumieniu z KBU.

49. Zaznaczyć przy tym należy, że po stronie Flowbird Polska nie istniał obowiązek zawarcia z CPG umowy licencyjnej, czy też szerzej podchodząc do tej kwestii umowy podwykonawczej. Flowbird Polska, jak każdy inny podmiot działający na rynku, korzysta ze swobody kontraktowej – swobody wyboru kontrahenta i zawarcia z nim umowy. (...)

51. Po drugie, co zostało już szerzej wyjaśnione na wstępie, odmowa udzielenia przez Flowbird Polska licencji CPG miała, wbrew zarzutom Zamawiającego, obiektywne uzasadnienie:

1) CPG nie podjęło przed złożeniem ofert w niniejszym postępowaniu kroków zmierzających do zapewnienia sobie współpracy z Flowbird, poprzestając na wysłaniu ogólnego maila z zapytaniem o cenę dla usługi o nieustalonym zakresie i w terminie, kiedy wykonawcy w zasadzie mieli już skompletowane oferty, zawartą umowę konsorcjum; po otrzymaniu odmowej odpowiedzi CPG nie podjęło żadnych starań by wyjaśnić zaistniałą sytuację, zakładając, czego Odwołujący może się wyłącznie domyslać z późniejszego zachowania CPG, że złożenie oferty z rażąco niską ceną i uzyskanie w wyniku tego zamówienia przez CPG, zmusi Flowbird do udzielenia CPG licencji, choćby ze względów wizerunkowych, wtedy już na zasadach podyktowanych przez CPG. Flowbird Polska nawet zawierając umowę konsorcjum z KBU nie wyłączało złożenia oferty podwykonawczej CPG, ale taka oferta mogła zostać złożona tylko na zasadach partnerskich, nie zaś wymuszona przez CPG;

2) To Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób wskazany na wstępie doprowadził do sytuacji, że (1) niniejszego zamówienia nie da się wykonać bez udziału Flowbird oraz (2) doprowadził do sytuacji, w której Flowbird, mimo braku chęci podjęcia współpracy z CPG, jest w zasadzie do tej współpracy zmuszany, z uwagi na ryzyko wykluczenia z postępowania, złożenia zawiadomienia o możliwości naruszenia przez Flowbird przepisów monopolowych itd., przy czym jak można założyć współpraca ta miałaby zostać podjęta na warunkach ustalonych przez CPG, w szczególności za wynagrodzenie Flowbird mieszczące się w zaoferowanej przez CPG rażąco niskiej cenie?

52. Po trzecie, co Flowbird konsekwentnie podkreśla, decyzja o braku udzielenia licencji CPG wiązała się ze złożeniem oferty (a wcześniej zamiarem złożenia oferty) samodzielnie przez Flowbird (nie jako podwykonawcę podmiotu trzeciego), czego CPG nie kwestionowało po otrzymaniu tej informacji, co nastąpiło jeszcze przed złożeniem oferty. Co prawda by złożyć samodzielną ofertę (nie jako podwykonawcę) Flowbird musiało zawrzeć umowę konsorcjum z

podmiotem posiadającym możliwości techniczne do bieżącego utrzymania automatów parkingowych w sprawności technicznej (wybrało ostatecznie KBU), jednak zawiązanie konsorcjum było wtórne względem zamiaru złożenia własnej oferty przez Flowbird.

III. Podstawy do wykluczenia CPG z postępowania i odrzucenia jego oferty.

53. Zgodnie z pkt 3.1.1. lit. A ppkt 11.2 SWZ Wykonawca zobowiązany jest do posiadania upoważnienia

(certyfikatu) usług zapewnienia danych z automatów parkingowych i systemów oprogramowania zarządzającego, wydane przez producenta automatów parkingowych, potwierdzającego możliwość dalszego licencjonowania urządzeń, systemów oraz usług w szczególności w zakresie: zarządzania bazami danych, płatnościami elektronicznymi, uprawnieniami dostępu, udostępniania klientom interfejsu API. Wykonawca powinien wykazać, że wymóg ten spełnia jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia (pkt. 19.1 SWZ).

54. CPG, co jest okolicznością bezsporną, przed złożeniem oferty Zamawiającemu nie miał takiego upoważnienia (certyfikatu), ani nawet zapewnienia od podmiotu wyłącznie uprawnionego do jego wystawienia – Flowbird – że certyfikat/upoważnienie zostanie mu udzielone przed zawarciem umowy z Zamawiającym.

55. Brak po stronie CPG przed złożeniem oferty Zamawiającemu wymaganego zapisami OPZ upoważnienia (certyfikatu), czy choćby zapewnienia od podmiotu wyłącznie uprawnionego do jego wystawienia – Flowbird – że certyfikat/upoważnienie zostanie mu udzielone przed zawarciem umowy z Zamawiającym powoduje, że oferta wskazanego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, względnie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp.

56. CPG nie mogło zobowiązać się względem Zamawiającego do wykonania elementu usługi określonej opisem przedmiotu zamówienia, nie dysponując prawami wyłącznymi niezbędnymi do wykonania tego elementu lub choćby zapewnieniem podmiotu dysponującego takim prawem wyłącznym do udzielenia CPG stosownego upoważnienia.

57. Wykonawca przystępując do postępowania, składając ofertę musi posiadać możliwość zrealizowania zamówienia w sposób zgodny z wymaganymi SWZ, nawet jeśli dokumenty potwierdzające taką możliwość mogą zostać złożone dopiero przy zawieraniu umowy. Wyraźnie oddzielić należy bowiem zakres oferowanego świadczenia wymagany pkt 3.1.1. lit. A ppkt 11.2 SWZ od dokumentu mającego potwierdzać możliwość wykonania tego zakresu (pkt 19.1 SWZ). Sam certyfikat/upoważnienie mogło faktycznie zostać fizycznie wydane (stworzone jako dokument, w formie możliwej do okazania Zamawiającemu przy zawieraniu umowy) dopiero po złożeniu oferty i uzyskaniu zamówienia, ale wykonawca musiał mieć pewność, że taki certyfikat/upoważnienie zostanie na jego rzecz wydane przez właściwy podmiot by móc zaoferować dane świadczenie Zamawiającemu. (...)

59. (...) Tego, że Zamawiający wymagał certyfikatów/upoważnień dopiero na tym etapie

postępowanie nie można uznać za przyzwolenie, by wykonawca nie mający takiego upoważnienia/certyfikatu lub gwarancji jego uzyskania w wymaganym terminie, a więc nie będący w stanie spełnić warunków zamówienia, składał Zamawiającemu ofertę i by oferta ta nie podlegała odrzuceniu. Konwalidacja posiadania certyfikatu (tu: = możliwości realizacji części zamówienia) w zakresie określonym w pkt. 3.1.1 ppkt 11.2 SWZ, poprzez uzyskanie go na etapie zawierania umowy, byłaby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. (...)

61. Względnie, takie świadczenie wykonawcy, a więc świadczenie, którego pełen zakres wymagany SWZ od początku nie był możliwy do spełnienia, a niemożliwość ta miała charakter pierwotny, powoduje, że oferta CPG jest nieważna na zasadzie art. 58 § 1 kc w zw. z art. 387 § 1 kc, a w ślad za tym oferta CPG podlega odrzuceniu.

62. Podsumowując ten zarzut dodać należy, że w niniejszej sprawie doszło do wręcz absurdalnej sytuacji – Zamawiający wybiera ofertę CPG twierdząc, że wykonawca mógł złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu, mimo braku po stronie CPG ww. certyfikatu/upoważnienia lub gwarancji jego uzyskania przed zawarciem umowy z Zamawiającym = możliwości świadczenia usługi objętej zamówieniem, a jednocześnie za zmwę przetargową uznaje odmowę ze strony Flowbird Polska udzielenia tego certyfikatu/upoważnienia. Skoro certyfikat/upoważnienie nie był potrzebny by złożyć w Postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, to jak skutkiem odmowy udzielenia tego certyfikatu/upoważnienia mogło być wyeliminowanie konkurencji w Postępowaniu, czy jej ograniczenie? W tej sytuacji każdy wykonawca, niezależnie od nawiązania współpracy z Flowbird przed złożeniem oferty czy odmowy takiej współpracy, mógł złożyć ofertę w Postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu. Odmowa udzielenia certyfikatu/upoważnienia była więc pozbawiona jakiegokolwiek znaczenia i jako taka działania Flowbird nawet potencjalnie nie mogły wpłynąć na konkurencję.

63. W kontekście stawianych w tym punkcie odwołań zarzutów wskazać należy na jeszcze jedną okoliczność, a mianowicie Zamawiający po uzyskaniu informacji, że Flowbird nie udzielił CPG certyfikatu/licencji niezbędnych w świetle zapisów SWZ do realizacji zamówienia, wezwał CPG w dniu 12 lipca 2023r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, oczekując ustosunkowania się do informacji uzyskanej od Konsorcjum oraz wskazując (cyt.:), że wezwanie jest uzasadnione, gdyż poprzez złożenie oferty Wykonawca zaakceptował warunki realizacji zamówienia, w tym wymóg określony w punkcie 3.1.1 lit. A ppkt 11.2 SWZ, tymczasem treść załączonej korespondencji sugeruje, że Wykonawca nie będzie spełniał tego wymogu. (...)

65. W odpowiedzi na to wezwanie CPG nie wyjaśniło, w jaki sposób wymóg ten zamierza spełnić, a przedstawiło jedynie szereg zarzutów względem Flowbird Polska, stwierdzając ogólnie, że certyfikat/upoważnienia Zamawiający może żądać dopiero przy zawieraniu umowy. Co jednak najistotniejsze, CPG w żadnym miejscu pisma z dnia 19 lipca 2023r. nie

oświadczyło względem Zamawiającego, że wymóg wynikający z pkt. 3.1.1 lit. A ppkt 11.2 SWZ uwzględniło na etapie przygotowania oferty, podjęło starania by go spełnić, a w ślad za tym uwzględniło go w swojej ofercie, tj., że składając ofertę przyjęło na siebie zobowiązanie do jego spełnienia itp.

66. Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2023r. ponowił wezwanie do wyjaśnień do CPG, wskazując w jego treści: W

szczegółności Zamawiający, wobec podniesionej przez konsorcjum Wykonawców KBU Sp. z o.o. i Flowbird Polska Sp. z o.o. okoliczności, iż Wykonawca City Parking Group S.A. nie posiada upoważnienia (certyfikatu), o którym mowa w punkcie 3.1.1 lit. A pkt 11.2 SWZ, wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia, czy Wykonawca będzie w stanie przedłożyć Zamawiającemu przed podpisaniem umowy, zgodnie z punktem 19.1. lit. f) SWZ, certyfikat spełniający wymagania określone w punkcie 3.1.1 lit. A pkt 11.2 SWZ.

67. Również w piśmie z dnia 19 sierpnia 2023r. będącej odpowiedzią na to wezwanie, CPG, poza podtrzymaniem zarzutów względem Flowbird Polska oraz przedstawieniem nowych zarzutów względem sposobu ukształtowania zapisów SWZ przez Zamawiającego, nie wyjaśniło, czy będzie w stanie przedłożyć Zamawiającemu przed podpisaniem umowy wymaganych certyfikatów, nie odniosło się także w żaden sposób do tego, czy wymóg ten uwzględniło w swojej ofercie.

68. CPG wskazało jedynie (cyt.): informuje, że w ślad za oświadczeniem Flowbird z dnia 23 czerwca 2023 r., w którym Flowbird wskazuje, że nie udzielił i nie udzieli CPG upoważnienia (certyfikatu) dla usług zapewnienia danych z automatów parkingowych i systemów oprogramowania zarządzającego parkomatami dostarczonymi Miastu Poznań – Zarząd Dróg Miejskich, wymaganego zapisami SWZ, CPG wystąpiło z prośbą do Flowbird SAS 2ter rue de Château 92-200 Neuilly-sur-Seine (wcześniej: 100 Avenue de Suffren 75-015 Paryż) o wydanie stosownego dokumentu stanowiącego dowód wieloletniej współpracy między ww. spółkami a jednocześnie spełniającego wymogi upoważnienia, o którym mowa w pkt. 3.1.1 lit. A) pkt 11.2 SWZ. Flowbird SAS jest spółką dominującą (spółką matką) i pełni rolę nadzorczą wobec jej spółki zależnej – Flowbird.

69. Pomijając, że „dokument stanowiący dowód wieloletniej współpracy między ww. spółkami”, o który wystąpiło CPG, w żadnym wypadku nie mógłby spełnić wymogów upoważnienia, o którym mowa w pkt. 3.1.1 lit. A) pkt 11.2 SWZ, zaznaczyć należy, że z tego stwierdzenia nic dla Zamawiającego nie wynika. CPG nie wskazało, jaka była odpowiedź ze strony Flowbird SAS, nawet na jakim etapie są rozmowy z tym podmiotem (w szczególności czy poza wysłaniem pisma CPG podjęło próbę rozmów) i w jakim kierunku idą, nie odniosło się do tego, czy Flowbird SAS w ogóle może udzielić wymaganego certyfikatu/upoważnienia (skoro udzieliło już licencji wyłącznej Flowbird Polska), a w szczególności, co robi w sytuacji, gdy Flowbird SAS z jakichkolwiek względów, choćby formalnych nie wystawi wnioskowanego dokumentu, nie będzie w stanie wystawić go przed

datą wyznaczoną do zawarcia umowy, czy dokument ten nie spełni wymogów SWZ.

72. Na marginesie powyższego zaznaczyć należy, że w 2022r. CPG jako zakładany zakres podwykonawstwa wskazało Zamawiającemu: obsługa płatności mobilnych, obsługa płatności kartami płatniczymi, usługi w zakresie oprogramowania do zarządzania parkomatami i dostawy części zamiennych

73. W niniejszym Postępowaniu zakładane podwykonawstwo ma obejmować wyłącznie: procesowanie płatności kartą płatniczą, kolekcja bilonu, a więc zakres deklarowanego przez CPG podwykonawstwa jest zdecydowanie węższy niż ten z poprzedniego postępowania i nie obejmuje całego zakresu, jaki z uwagi na prawa wyłączne nie może być wykonany przez CPG. Okoliczność ta, w powiązaniu z okolicznościami opisanymi powyżej i sposobem odpowiedzi CPG na wezwania do wyjaśnień otrzymane od Zamawiającego winna była skutkować kolejnym wezwaniem do złożenia przez CPG wyjaśnień z art. 223 ust. 1 Pzp i wyegzekwowaniem od CPG odpowiedzi na pytania zadane w tym właśnie wezwaniu, względnie odrzuceniem oferty właśnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

75. Dodać przy tym należy, że jeśli przyjąć by, że CPG swoją ofertą objęło usługi wymagające uprawnień do korzystania z praw wyłącznych Flowbird, którego na dzień składania oferty nie miało i oferta tego wykonawcy pozostaje zgodna z SWZ, w niniejszej sprawie należałoby rozważyć, czy jednak nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wskazanego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, co winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp, względnie, czy oferta CPG nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. (...)

79. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że takie zachowanie CPG wypełnia również definicję czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak można uznać za zgodne z dobrymi obyczajami zaoferowanie przez CPG Zamawiającemu czegoś, do czego wykonawca ten nie miał żadnych uprawnień? Jak z dobrymi obyczajami zgodne może być to, że CPG przed złożeniem oferty Zamawiającemu w żaden sposób nie zasygnalizował mu, że zaoferowanie przez niego pełnego zakresu wymaganego świadczenia może być niemożliwe, co wywołało po stronie Zamawiającego przekonanie, że oferta CPG jest zgodna z SWZ? Jak wreszcie za zgodne z dobrymi obyczajami można uznać zachowanie CPG, które obecnie próbuje wymusić na Flowbird wydanie certyfikatu, kierując względem niego określone zarzuty?

IV. Zaniechania wezwania CPG do dodatkowych wyjaśnień.

81. Niezależnie od kwestii wyjaśnianych przez Zamawiającego z CPG w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, Odwołujący zarzuca, że Zamawiający powinien był wyjaśnić z CPG w trybie art. 223 ust. 1 Pzp i w trybie art. 224 ust. 1 Pzp również i to:

1) w jaki sposób CPG skalkulowało koszty pozyskania upoważnienia (certyfikatu) wskazanego powyżej, a raczej należałoby powiedzieć koszty wykonywania usług opisanych w pkt 3.1.1 lit. A) pkt 11.2 SWZ, skoro certyfikat/upoważnienia CPG przed złożeniem ofert nie posiadało, ani nawet nie miało gwarancji ze strony podmiotu uprawnionego do wydania upoważnienia/certyfikatu, że zostanie on na rzecz CPG wydany, a usługi jako

takie wykonane, zwłaszcza w sytuacji, gdy koszt wykonania usług związanych z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania oprogramowania jest istotną składową kosztów wykonania zamówienia,

2) w jaki sposób CPG skalkulowało cenę ofertową, jako taką i czy cena ta pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymogami SWZ, bez straty, tj., czy cena ta ma charakter rynkowy. (...)

84. Znamienne przy tym pozostaje, że koszty realizacji zamówienia przez CPG z wielu względów powinny być wyższe niż koszty Konsorcjum. W skład Konsorcjum wchodzi Flowbird Polska, co oznacza, że koszty zapewnienia właściwego funkcjonowania oprogramowania automatów przez ten podmiot są z założenia niższe – nie obejmują, jak w przypadku CPG kosztów podwykonawców/kosztów licencji/kosztów upoważnienia. Flowbird samodzielnie (w ramach grupy kapitałowej) może też naprawiać części do automatów parkingowych i nie musi zlecać tego na zewnątrz. Drugim wykonawcą wchodzącym w skład Konsorcjum jest KBU, a więc podmiot, który obecnie świadczy usługę na rzecz Zamawiającego, a co za tym idzie ma zatrudnionych i przeszkolonych pracowników do realizacji tej usługi, ma zorganizowaną bazę logistyczną w Poznaniu, ma zakupiony i amortyzowany sprzęt do realizacji zamówienia. Wiedzą powszechną jest, że wykonawca kontynuujący realizację tego samego zamówienia w kolejnym okresie ponosi mniejsze koszty niż wykonawca, który musi wejść na nowe dla niego zadanie i od początku zorganizować się w celu realizacji zamówienia.

88. Dodać przy tym należy, że choć zakres wymagań Zamawiającego w obu postępowaniach jest zbliżony, to jednak nie tożsamy. Poza czasem realizacji zamówienia, w bieżącym Postępowaniu Zamawiający nałożył na wykonawcę zamówienia dodatkowe obowiązki, których koszt wykonania należało również wycenić.

89. Dodatkowo między złożeniem obu ofert minął rok, w czasie którego skokowo wzrosły koszty pracy (wzrost minimalnego wynagrodzenia powodujący konieczność podniesienia wynagrodzenia także pracownikom mającym wyższe niż minimalne wynagrodzenie) i inne koszty wykonania zamówienia, poziom inflacji, ale i koszty w zakresie zapewnienia oprogramowania (Flowbird korzysta z licencji innych podmiotów, których koszty zapewnienia w ciągu roku wzrosły).

90. Każda ze wskazanych tu okoliczności powinna spowodować wzrost kosztów realizacji niniejszego zamówienia, tymczasem CPG zaoferował realnie niższą cenę niż w 2022r., za realizację zamówienia o większym zakresie, nie mając wyraźnej przewagi konkurencyjnej,

a nawet znajdując się w gorszej pozycji z uwagi na brak praw wyłącznych do utrzymywanego oprogramowania.

91. Wszystkie te okoliczności powodują, że cena CPG powinna się wydać Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia przez CPG, co z kolei powinno skutkować wezwaniem tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

92. Wątpliwości, o których mowa, powinny powstać po stronie Zamawiającego tym bardziej po uzyskaniu informacji od Konsorcjum, z których wynikało, że CPG nie uzyskało oferty od Flowbird na utrzymanie oprogramowania. W jaki więc sposób CPG wyceniło ten koszt, niewątpliwie konieczny do poniesienia? Czy możliwe jest poprawne oszacowanie kosztu bez uzyskania oferty na wykonanie prac będących źródłem tego kosztu? Zaznaczyć należy, że w ofercie Konsorcjum koszt, o którym mowa stanowi ponad 40% wszystkich kosztów realizacji zamówienia (podobnie było w poprzednim postępowaniu), a więc stanowi istotny, znaczący element kosztów realizacji zamówienia jako takiego. Jego zaniżenie, czy generalnie niewłaściwa wycena mogła więc doprowadzić do niedoszacowania całej ceny ofertowej.

93. W ślad za tym Odwołujący stawia zarzut, że Zamawiający naruszył podstawowe zasady prowadzenia postępowania oraz regulację art. 224 ust. 1 Pzp i art. 223 ust. 1 Pzp, bowiem w okolicznościach niniejszej sprawy zaktualizowały się podstawy do wezwania CPG do złożenia wyjaśnień w trybie wskazanych przepisów. (...)

V. Podstawy do unieważnienia Postępowania.

99. Zamawiający narzucił wykonawcom obowiązek uzyskania licencji na oprogramowanie do obsługi automatów parkingowych posiadanej przez Flowbird w sytuacji, gdy równocześnie nie zapewnił sobie, że Flowbird licencję taką udzieli każdemu zainteresowanemu podmiotowi, ani nie wprowadził do SWZ zapisów pozwalających na alternatywny sposób wykonania zamówienia (o ile taki w ogóle obiektywnie istnieje). Równocześnie kształtując w taki sposób opis przedmiotu zamówienia, jak się okazało, realnie ograniczył swobodę kontraktową Flowbird. Podmiot ten będąc sam zainteresowany uzyskaniem zamówienia, jak twierdzi obecnie Zamawiający, nie może w świetle zapisów SWZ odmówić równocześnie licencji (a więc przysługującego mu prawa wyłącznego) innym wykonawcom i musi nawiązać z nimi współpracę, nawet jeśli wykonawcy ci – tak, jak CPG nie postępują względem niego lojalnie i uczciwie. Flowbird znalazł się tym samym w sytuacji patowej – choć nie ma szczególnej pozycji na rynku, przez to, że przysługują mu wyłączne prawa do oprogramowania, a Zamawiający w taki właśnie sposób opisał przedmiot zamówienia, znalazł się w takiej sytuacji, że nie może złożyć Zamawiającemu oferty nie podlegającej odrzuceniu, cokolwiek by bowiem nie uczynił zawsze spotka się z zarzutem nieuczciwego postępowania względem innych wykonawców. Jedynym rozwiązaniem byłaby rezygnacja od udziału w Postępowaniu,

jednakże Zamawiający nie może oczekiwać od Flowbird takiej decyzji i wymuszać jej. (...)

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty CPG, ewentualnie wezwania tego wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) ewentualnie, tj. na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań - unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 27.09.2023 r. wykonawca CITY Parking Group S.A., ul. Budowlanych 3, 86-300 Grudziądz (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 03.10.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 03.10.2023 r. również Przystępujący przedstawił swoją argumentację. Następnie pismem z dnia 04.10.2023 r. Odwołujący ustosunkował się do pism Zamawiającego i Przystępującego.

W trakcie rozprawy Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie (Zamawiający nie stawiał się).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na obsłudze urządzeń do poboru opłat parkingowych (automatów parkingowych) na obszarze SPP w dzielnicy Wilda i os. Św. Łazarz w Poznaniu w zakresie serwisu.

Zgodnie z pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zamówienie polega na utrzymaniu urządzeń poboru opłat (automaty parkingowe, parkomaty) typu Strada Evolution 2 w łącznej ilości 375 szt. w stałej sprawności technicznej umożliwiającej obsługę parkujących kierowców (rozmieszczenie urządzeń obrazuje mapka stanowiąca załącznik nr 2 do SWZ). Usługa obejmuje m.in.:

A) w zakresie serwisu, bieżącej eksploatacji i usuwania awarii:

- 1) Wykonawca jest zobowiązany do podejmowania wszelkich działań mających na celu

utrzymanie ciągłej pracy systemu, w szczególności do prowadzenia dozoru technicznego oraz kompleksowego serwisu gwarantującego stałą gotowość operacyjną urządzeń, w tym zapewnienie na własny koszt wszystkich materiałów eksploatacyjnych.

11.2) Wykonawca zobowiązany jest do posiadania upoważnienia (certyfikatu) usług zapewnienia danych z automatów parkingowych i systemów oprogramowania zarządzającego, wydanego przez producenta automatów parkingowych, potwierdzającego możliwość dalszego licencjonowania urządzeń, systemów oraz usług w

szczegółowości w zakresie: zarządzania bazami danych, płatnościami elektronicznymi, uprawnieniami dostępu, udostępniania klientom interfejsu API.

B) Obsługa urządzeń w zakresie kolekcji bilonu.

C) Obsługa urządzeń w zakresie utrzymania czystości i porządku.

D) Utrzymanie centralnej bazy danych oraz systemu zarządzającego siecią automatów parkingowych:

1. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia, utrzymania i wspierania obsługi systemu zarządzającego bazą automatów parkingowych Strada Evolution 2 (375 szt.), centralnej bazy danych, w której są gromadzone wszystkie dane pochodzące z automatów parkingowych.

E) Utrzymanie akceptacji kart płatniczych

5. Obsługa płatności musi odbywać się przez 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę. W cenie ryczałtowej Wykonawca musi uwzględnić wszystkie koszty, w szczególności: koszty wdrożenia i utrzymania systemu płatności, w tym koszty utrzymania aplikacji płatniczej w zakresie akceptacji płatniczej na czytnikach w przypadku zmiany na inną aplikację niż obecnie funkcjonująca (firmy Flowbird) w tym koszty usunięcia certyfikatów poprzedniej aplikacji, koszty integracji z nowym agentem rozliczeniowym jeżeli po zmianie będzie taka konieczność, koszty aplikacji umożliwiającej dostęp do raportów oraz informacji o dokonywanych transakcjach. Koszty wdrożenia i utrzymania muszą także obejmować koszt oprogramowania terminali.

6. Producentem automatów parkingowych zainstalowanych na obszarze Strefy Płatnego Parkowania w Poznaniu, dostawcą czytników kart płatniczych oraz systemu obsługi akceptacji kart płatniczych jest firma Flowbird SAS, 100 Avenue de Suffren, 75-015 Francja. Wykonawca pokrywa wszelkie koszty przejęcia, dostosowania bądź integracji systemów ww. firmy jakie mogą być wymagane przy realizacji zamówienia.

W pkt 19.1. SWZ Zamawiający wskazał, że po wyborze najkorzystniejszej oferty i ostatecznym rozstrzygnięciu ewentualnych odwołań lub po upływie terminu do ich wnoszenia, wezwie wykonawcę do przedstawienia m.in.: upoważnienia (certyfikatu) usług zapewnienia danych z automatów parkingowych i systemów oprogramowania K

zarządzającego, wydanego przez producenta automatów parkingowych, potwierdzającego możliwość dalszego licencjonowania urządzeń, systemów oraz usług w szczególności w zakresie: zarządzania bazami danych, płatnościami elektronicznymi, uprawnieniami dostępu, udostępniania klientom interfejsu API. W pkt 19.2. SWZ Zamawiający dodał, że nieprzedłożenie w wyznaczonym terminie m.in. ww. dokumentu, będzie traktowane jako uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy.

Zamawiający przewidział w pkt 9.1.1. SWZ wykluczenie wykonawcy m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 3 500 000,00 zł brutto. Złożono dwie oferty z cenami: 3 471 614,64 zł brutto (Odwolujący) i 2 820 636,00 zł brutto (Przystępujący).

Pismem z dnia 23.06.2023 r. Odwołujący zawiadomił Zamawiającego, że w jego ocenie, oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ na rzecz Przystępującego nie zostanie wydane upoważnienie (certyfikat) wymagany w pkt 3.1. ppkt 11.2 SWZ. Do ww. pisma zostało dołączone oświadczenie Flowbird Polska sp. z o.o. o tym, że „nie udzieliliśmy i nie udzielimy CITY PARKING GROUP SA upoważnienia (certyfikatu) dla usług zapewnienia danych z automatów parkingowych i systemów oprogramowania zarządzającego parkomatami dostarczonymi Miastu Poznań - Zarząd Dróg Miejskich, wymaganego zapisami SWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Obsługa urządzeń do poboru opłat parkingowych (automatów parkingowych) na obszarze SPP w dzielnicy Wilda i os. Św. Łazarz w Poznaniu w zakresie serwisu, o czym informowaliśmy ten podmiot przed złożeniem Zarządowi Dróg Miejskich w Poznaniu oferty w tym postępowaniu”.

Pismem z dnia 12.07.2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, „do ustosunkowania się do treści korespondencji otrzymanej przez Zamawiającego, dotyczącej oferty Wykonawcy (w załączeniu). Wezwanie jest uzasadnione, gdyż poprzez złożenie oferty Wykonawca zaakceptował warunki realizacji zamówienia, w tym wymóg określony w punkcie 3.1.1 lit. A ppkt 11.2 SWZ, tymczasem treść załączonej korespondencji sugeruje, że Wykonawca nie będzie spełniał tego wymogu”.

W odpowiedzi z dnia 19.07.2023 r. Przystępujący podkreślił, że złożenie certyfikatu, o którym mowa w piśmie Odwołującego z dnia 23.06.2023 r. nie było wymagane wraz ze złożeniem oferty. Ponadto wskazał, że oświadczenie Odwołującego o tym, że nie zamierza

udzielić Przystępującemu ww. certyfikatu świadczy o tym, że Odwołujący stara się wpłynąć na wynik postępowania, co oznacza, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, a także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazał też, że działanie Odwołującego może stanowić nadużycie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w myśl art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pismem z dnia 21.07.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, „do ustosunkowania się do treści korespondencji otrzymanej przez Zamawiającego (w załączeniu), w zakresie dotyczącym oferty Wykonawców w kontekście przywołanych w tej korespondencji przepisów dotyczących ochrony konkurencji, w tym kryteriów udzielania upoważnień (certyfikatów), o których mowa w przekazanym Zamawiającemu oświadczeniu Wykonawcy Flowbird Polska Sp. z o.o. z dnia 23 czerwca 2023r., ilości otrzymanych wniosków o udzielenie takiego upoważnienia dla celów zamówienia objętego niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz przyczyn odmowy udzielenia tego upoważnienia Wykonawcy City Parking Group S.A. i wykluczenia możliwości udzielenia takiego upoważnienia w przyszłości”.

W odpowiedzi z dnia 28.07.2023 r. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko z 23.06.2023 r. i podkreślił, że „okoliczność, że Zamawiający żąda certyfikatu dopiero na moment zwarcia umowy, nie zwalnia wykonawcy z wykazania, że już na dzień złożenia oferty Zamawiającemu certyfikat taki posiadał, a więc swoją ofertą mógł objąć usługi wymagające tego certyfikatu”. Ponadto podważył wycenę oferty Przystępującego w kontekście braku uzyskania certyfikatu i różnicy między cenami obu ofert. Stwierdził też, że: „konstrukcja postępowania (skądinąd w zupełności uzasadniona potrzebami Zamawiającego) ostatecznie pozostaje niezależna od Wykonawcy, bowiem to nie Wykonawca ukształtował warunki niniejszego zamówienia w taki sposób, że aby je spełnić konieczne jest dysponowanie certyfikatem posiadanym wyłącznie przez Wykonawcę (jedną ze spółek tworzących konsorcjum). Co niezwykle istotne, taki sposób ukształtowania warunków zamówienia nie był również kwestionowany przez CPG na etapie ogłoszenia zapisów SWZ”. Zaprzeczył też, aby jego oferta była złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, wskazując: „Wobec nawiązania współpracy z KBU i faktu, iż samo Flowbird było zainteresowane uzyskaniem niniejszego zamówienia, Flowbird odmówiło nawiązania w tym samym zakresie współpracy z CPG. Odmowa miała miejsce przed złożeniem przez CPG oferty Zamawiającemu. To CPG podjęło decyzję o tym, że złoży Zamawiającemu ofertę, mimo nie nawiązania współpracy z Flowbird, w tym mimo braku wyceny kosztów zapewnienia przez ten podmiot stosownej

licencji. Argumentacja zawarta w piśmie CPG z dnia 19 lipca 2023r., w tym i zarzuty stawiane w tym piśmie pod adresem Wykonawcy, jasno wskazują przy tym, że wobec braku chęci dobrowolnego nawiązania przez Flowbird współpracy z CPG (do czego, o czym szerzej spółka miała prawo), CPG współpracę tą próbuje wymusić, zarzucając Flowbird działanie niezgodne z prawem. Jeśliby więc czyjeś zachowanie poddać ocenie z punktu widzenia dobrych obyczajów, to właśnie zachowanie CPG obyczaje te narusza. W sposób niezgodny z tymi obyczajami, CPG chce przymusić Flowbird do nawiązania współpracy”. Ponadto zaprzeczył naruszeniu art. 15 ust. 1 pkt 2) i 5) oraz ust. 2 pkt 1) uznk, twierdząc, że: „nie nakłania Zamawiającego do nie zawarcia umowy z CPG, a jedynie poinformował Zamawiającego, że CPG nie ustalił z nim warunków współpracy i nie uzyskał przed złożeniem oferty Zamawiającemu

certyfikatu wymaganego zapisami SWZ, a po złożeniu ofert, skoro sam Flowbird jest jednym z oferentów, to nie jest zainteresowany udzieleniem CPG takiego certyfikatu. Wykonawca poinformował Zamawiającego o okolicznościach faktycznych istotnych dla oceny oferty CPG pod kątem jej zgodności z warunkami zamówienia, pozostawiając tą ocenę Zamawiającemu". Odwołujący wskazał też, że „zdecydował się odmówić licencji podmiotom zainteresowanym – w związku z niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego – ponieważ zdecydował się sam wystąpić w charakterze wykonawcy i złożyć ofertę w postępowaniu. (...) natomiast nie wyklucza, że w ramach innego lub kolejnego postępowania udzieli takiego upoważnienia podmiotom wykazującym niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz możliwości realizacji zamówienia w sposób rzetelny i terminowy”.

Pismem z dnia 04.08.2023 r. Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do ustosunkowania się do korespondencji z Odwołującym, w szczególności „do wyjaśnienia, czy Wykonawca będzie w stanie przedłożyć Zamawiającemu przed podpisaniem umowy, zgodnie z punktem 19.1. lit. f) SWZ, certyfikat spełniający wymagania określone w punkcie 3.1.1 lit. A ppkt 11.2 SWZ”.

W odpowiedzi z dnia 16.08.2023 r. Przystępujący podtrzymał swoją argumentację z 19.07.2023 r. i stwierdził, że zawarty w SWZ wymóg posiadania certyfikatu uzależniony „od dobrej lub złej woli podmiotu trzeciego, który jak się okazuje w niniejszym przypadku sam jest uczestnikiem Postępowania, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji”, a sam Odwołujący „odmawiając udzielenia rzeczzonego Upoważnienia (...) korzysta (...) z uprzywilejowanej pozycji zapewniając sobie monopol”. Podważył też zasadność postawienia ww. wymogu przez Zamawiającego i wskazał, że nie jest i nigdy nie był w posiadaniu ww. certyfikatu, a mimo to jest obecnie operatorem ponad 5 tysięcy parkomatów w kilkunastu miastach w Polsce. Dodał też, że wystąpił „z prośbą do Flowbird SAS 2ter rue de Château 92-200 Neuilly-sur-Seine (...) o wydanie stosownego

dokumentu stanowiącego dowód wieloletniej współpracy między ww. spółkami a jednocześnie spełniającego wymogi upoważnienia, o którym mowa w pkt. 3.1.1 lit. A) ppkt 11.2 SWZ. Flowbird SAS jest spółką dominującą (spółką matką) i pełni rolę nadzorczą wobec jej spółki zależnej – Flowbird”.

Pismem z dnia 12.09.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał w szczególności: „W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę całokształt warunków zamówienia, (...) Wykonawcy Flowbird Polska Sp. z o.o. oraz KBU Sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w niniejszym postępowaniu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że każdy z tych Wykonawców miał pełną świadomość konsekwencji odmowy udzielenia przez Wykonawcę Flowbird Polska Sp. z o.o. upoważnienia (certyfikatu), o którym mowa w punkcie 3.1.1.A ppkt 11.2 SWZ, jakimkolwiek innemu zainteresowanemu wykonawcy. (...) Zamawiający podkreśla, że Wykonawcy nie przedstawili żadnego konkretnego powodu odmowy udzielenia upoważnienia (certyfikatu) innym wykonawcom, w tym Wykonawcy City Parking Group S.A. – poza chęcią wzięcia bezpośredniego udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Flowbird Polska Sp. z o.o. i uniemożliwienia udziału w przetargu innym konkurencyjnym firmom. Tym samym, w świetle wyjaśnień udzielonych przez Wykonawców Flowbird Polska Sp. z o.o. i KBU Sp. z o.o., zawiązanie przez tych Wykonawców konsorcjum w celu złożenia oferty w niniejszym postępowaniu należy uznać za wiarygodną przesłankę potwierdzającą zawarcie przez ww. Wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, poprzez jej faktyczne wyeliminowanie. (...) Należy również zauważyć, że w przypadku poprzedniego postępowania dotyczącego tego samego zamówienia publicznego na mijający właśnie okres (...), przy jednakowych warunkach udziału w postępowaniu i tożsamyh wymaganiach, Zamawiający otrzymał dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, w tym ofertę złożoną przez Wykonawcę KBU Sp. z o.o. samodzielnie, bez udziału partnera – Wykonawcy Flowbird Polska Sp. z o.o. Pozwala to domniemywać, że realizacja zakresu zamówienia nie przekracza możliwości finansowych i organizacyjnych Wykonawcy KBU Sp. z o.o., a tym samym, że porozumienie zawarte z Wykonawcą Flowbird Polska Sp. z o.o. w celu złożenia oferty miało na celu wyeliminowanie konkurencji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do KIO 2801/23 24

protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

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

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

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi przepisami:

- 1) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp),

2) z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie (art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Przesłankami tego ostatniego przepisu (pomijając przykładowe wyliczenie ustawodawcy zawarte po słowie „w szczególności”) są:

- wiarygodne przesłanki, na których zamawiający może się oprzeć,
- zawarcie porozumienia,
- zakłócenie konkurencji będące celem tego porozumienia.

Wszystkie te przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby zachodziła podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W pkt 3.1.1.A. ppkt 11.2. SWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do posiadania upoważnienia (certyfikatu) usług zapewnienia danych z automatów parkingowych i systemów oprogramowania zarządzającego, wydane przez producenta automatów parkingowych. Producentem automatów parkingowych jest w tym wypadku Flowbird SAS z siedzibą we Francji, a jego wyłącznym przedstawicielem w Polsce – Flowbird Polska sp. z o.o. - współkonsorcjant Odwołującego. Kluczowe znaczenie w niniejszym stanie

faktycznym ma to, że spółka Flowbird Polska odmówiła Przystępującemu udzielenia ww. certyfikatu, o czym sam Odwołujący zawiadomił Zamawiającego w piśmie z dnia 23.06.2023 r. W piśmie tym Odwołujący wskazywał, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na to, że uzyskał on „informację od Flowbird Polska Sp. z o.o. będącego wyłącznym przedstawicielem producenta automatów parkingowych – firmy Flowbird SAS, (...) Francja w Polsce że nie zostanie na jego rzecz wydane upoważnienie (certyfikat) wymagany pkt 3.1. ppkt 11.2 SWZ”. Takie działanie spółki Flowbird Polska może prowadzić do zakłócenia konkurencji poprzez uniemożliwienie realizacji zamówienia wykonawcom, którym Odwołujący odmawia udzielenia certyfikatu, w tym – uniemożliwienie realizacji zamówienia Przystępującemu. Nie oznacza to jednak, że spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że dla odmowy udzielenia certyfikatu Przystępującemu spółka Flowbird Polska nie potrzebowała zawierać umowy konsorcjum z żadnym wykonawcą, w tym ze spółką KBU. Bez względu na to, czy Flowbird Polska sp. z o.o. złożyłaby ofertę samodzielnie (np. powierzając część zamówienia podwykonawcy), czy wspólnie w ramach konsorcjum ze spółką KBU lub jakąkolwiek inną na rynku, i tak mogłaby odmówić Przystępującemu udzielenia certyfikatu. Utworzenie konsorcjum nie było zatem potrzebne spółce Flowbird Polska do wyrażenia takiej odmowy. Nie jest więc wykluczone, że obie spółki - Flowbird Polska i KBU - zawarły umowę konsorcjum z tych przyczyn, które Odwołujący wymienił w odwołaniu (brak potencjału Flowbird Polska do serwisowania i utrzymania w sprawności technicznej automatów parkingowych, brak praw do oprogramowania po stronie KBU, względy finansowe i organizacyjne), gdyż samo konsorcjum nie było niezbędne do tego, by nie udzielić Przystępującemu certyfikatu. Powyższe powoduje, że nie można wykazać związku między zawarciem przez Flowbird Polska sp. z o.o. i KBU sp. z o.o. umowy konsorcjum a odmową udzielenia certyfikatu Przystępującemu. W efekcie nie można także uznać, że Zamawiający dysponował wiarygodnymi przesłankami do stwierdzenia, że doszło do niedozwolonego porozumienia.

Z uwagi na powyższe, tj. brak wiarygodnych przesłanek do stwierdzenia istnienia porozumienia między Flowbird Polska sp. z o.o. i KBU sp. z o.o., Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym zarzut dotyczący odrzucenia oferty w oparciu o ww. podstawę prawną okazał się zasadny.

W tym miejscu należy podkreślić, że art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp był jedyną podstawą prawną, jaką Zamawiający wskazał odrzucając ofertę Odwołującego, co powoduje, że również Odwołujący sformułował zarzut dotyczący odrzucenia swojej oferty tylko na tej podstawie prawnej. Izba natomiast, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dlatego

też Izba, analizując stan faktyczny przedmiotowej sprawy, ograniczyła się do rozważenia zasadności odrzucenia oferty Odwołującego wyłącznie na podstawie ww. przepisów.

Niezależnie od tego należy wyjaśnić, że mimo uznania przez Izbę, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zarzut ten musiał zostać oddalony z uwagi na treść art.

554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie w

całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Izba uwzględnia zatem odwołanie tylko wtedy, gdy stwierdzone naruszenie miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, czyli na wybór oferty. W tym wypadku unieważnienie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż wobec oddalenia pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu (o czym w dalszej części uzasadnienia wyroku), nadal najkorzystniejszą pozostawałaby oferta Przystępującego. Dlatego z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp obowiązującego w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, zarzut

musiał zostać przez Izbę oddalony.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), pkt 4, pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), pkt 4, pkt 5, pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) lit. a) została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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

Zgodnie z art. 58 § 1 kodeksu cywilnego, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny

skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Zgodnie z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie:

- art. 226 ust. 1 pkt 4 i pkt 5 ustawy Pzp, gdyż Przystępujący nie wykazał, że jego oferta spełnia wymagania wynikające z pkt 3.1.1.A ppkt 11.2 SWZ, obejmuje cały zakres zamówienia, a Przystępujący jest w stanie zawrzeć z Zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego, a w szczególności przedstawić dokumenty wymagane pkt 19.1 SWZ,
- ewentualnie - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż Przystępujący co najmniej w wyniku niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie tego, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania wynikające z SWZ, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
- ewentualnie - art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, gdyż całokształt działań i zaniechań Przystępującego świadczy o tym, że złożył on ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem co najmniej sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagrażające interesom Zamawiającego jest zaoferowanie przez Przystępującego świadczenia, którego nie mógł on - na dzień złożenia oferty - zrealizować bez naruszenia praw wyłącznych innego podmiotu.

Wszystkie powołane podstawy prawne odrzucenia oferty Odwołujący wiąże z faktem, że spółka Flowbird Polska odmówiła Przystępującemu udzielenia certyfikatu, co oznacza, że Przystępujący nim nie dysponuje, a mimo to złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego należy zauważyć, że zgodnie z pkt 19.1. SWZ Zamawiający żądał przedstawienia ww. certyfikatu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i ostatecznym rozstrzygnięciu ewentualnych odwołań lub po upływie terminu do ich wnoszenia, czyli dopiero przed zawarciem umowy. Dodatkowo w pkt 19.2. SWZ Zamawiający dodał, że nieprzedłożenie ww. dokumentu w wyznaczonym terminie będzie traktowane jako uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy. Oznacza to, że po pierwsze, wykonawca nie był zobowiązany do złożenia certyfikatu wraz z ofertą, a po drugie, że nawet jego niezłożenie będzie skutkowało jedynie uznaniem, że wykonawca uchylił się od zawarcia umowy, co pociąga za sobą zupełnie inne konsekwencje niż odrzucenie oferty (art. 263 ustawy Pzp). W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, że zachodzi którakolwiek ze wskazanych w odwołaniu podstaw odrzucenia oferty Przystępującego.

Po pierwsze, nie ma podstaw do odrzucenia tej oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż wskazane przez Zamawiającego skutki niezłożenia certyfikatu (uznanie tej

sytuacji za uchylenie się od zawarcia umowy) świadczą o tym, że Zamawiający nie traktował wymogu złożenia tego dokumentu jako warunku zamówienia, o którym mowa w ww. przepisie. Tym samym nie ma podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Nie można także uznać, że pełen zakres świadczenia wymagany w SWZ od początku nie był możliwy do spełnienia, a niemożliwość ta miała charakter pierwotny. Na tym etapie Przystępujący nie jest jeszcze zobowiązany do przedłożenia ww. certyfikatu, a ponadto poza spółką Flowbird Polska, może go udzielić także Flowbird SAS we Francji, do którego Przystępujący wystąpił zresztą w tej sprawie, zatem nie można przesądzić o niemożliwości świadczenia. Nie zachodzi więc także podstawa odrzucenia tej oferty z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 387 § 1 kc.

Po drugie, skoro Zamawiający nie wymagał złożenia certyfikatu wraz z ofertą i jeszcze nie wzywał Przystępującego do jego złożenia, to na obecnym etapie postępowania nie można twierdzić, że niezłożenie tego dokumentu wprowadziło Zamawiającego w błąd i że może to mieć wpływ na decyzje Zamawiającego. Tym samym nie zachodzi podstawa odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Po trzecie, nie jest też zasadny zarzut, że Przystępujący nie mógł na dzień złożenia oferty zrealizować zamówienia bez naruszenia praw wyłącznych spółki Flowbird, co miałoby świadczyć o złożeniu przez niego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Raz jeszcze należy powtórzyć, że nie było wymagane złożenie certyfikatu wraz z ofertą, zatem wskutek złożenia oferty bez dysponowania tym certyfikatem nie doszło do działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, a argumentacja Odwołującego nie uwzględnia w tym zakresie postanowień SWZ.

W świetle powyższego Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o przepisy wskazane w odwołaniu. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie

w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zarzuca brak wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień:

- 1) w jaki sposób Przystępujący skalkulował koszty pozyskania upoważnienia (certyfikatu), (koszty wykonywania usług opisanych w pkt 3.1.1 lit. A) ppkt 11.2 SWZ), skoro przed złożeniem oferty nie posiadał, ani nawet nie miał gwarancji ze strony podmiotu uprawnionego do wydania upoważnienia/certyfikatu, że zostanie on na rzecz Przystępującego wydany, a usługi jako takie wykonane, zwłaszcza w sytuacji, gdy koszt wykonania usług związanych z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania oprogramowania jest istotną składową kosztów wykonania zamówienia,
- 2) w jaki sposób Przystępujący skalkulował cenę ofertową jako taką i czy cena ta pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymogami SWZ, bez straty, tj. czy cena ta ma charakter rynkowy.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ww. pytania wskazane w treści odwołania, mogłyby być ewentualnie zadane nie na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ale na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też Izba skupi się (podobnie zresztą jak Odwołujący w uzasadnieniu odwołania) na kwestii podstaw do zbadania rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego.

Przede wszystkim należy zauważyć, że sam Odwołujący twierdzi, że koszty licencji wynoszą ok. 40% wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a Przystępujący właśnie na takim poziomie (35% - 40%) wycenił te koszty. Nawet jeśli cennik, na którym opierał się

Przystępujący nie zawiera - zgodnie z argumentacją Odwołującego - wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia, to przecież Przystępujący korzystał też z wiedzy o kosztach wykonywania usługi w innych miastach i dotychczasowej współpracy ze spółką Flowbird Polska, a ponadto faktem pozostaje, że ostatecznie przyjął do wyceny podobny poziom kosztów jak Odwołujący.

Odwołujący wskazał także na różnice w cenach ofert złożonych w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2022 r. i w obecnym postępowaniu. Faktem jest, że w tamtym postępowaniu Przystępujący zaoferował znacznie wyższą cenę, niż w obecnym, ale też faktem pozostaje, że spółka KBU, której udzielono wówczas zamówienia wykonała je za cenę 155 702,74 zł brutto na miesiąc. W obecnym postępowaniu Przystępujący zaoferował cenę 156 702,00 zł brutto na miesiąc, czyli wyższą niż zeszłoroczna cena KBU sp. z o.o. Skoro spółka KBU była w stanie wykonać analogiczne zamówienie za ww.

cenę, to należy przyjąć, że Przystępujący też będzie w stanie je wykonać za cenę wyższą. Zławsza, że umowa z KBU została zawarta na okres 01.09.2022 – 31.08.2023, więc zdecydowana większość usługi była wykonywana już w 2023 r., czyli również z uwzględnieniem kosztów obowiązujących w 2023 r.

Odwołujący podnosił też, że umowa zawarta z KBU sp. z o.o. nie przewidywała waloryzacji, ale zawarto do niej aneks, w którym cena za wykonywanie usługi wzrosła do 186 343,30 zł brutto, co dowodzi wzrostu kosztów wykonywania tej

usługi. Należy jednak zauważyć, że ww. aneks (obejmujący tylko okres 01.09.2023 - 30.09.2023) został zawarty z uwagi na przedłużający się czas trwania obecnego postępowania, a więc w sytuacji gdy Zamawiający nie miał możliwości udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Tymczasem jest wiedzą powszechną, że wykonawcy w każdej branży wykorzystują fakt udzielenia zamówienia z wyłączeniem konkurencji, np. w drodze zmiany umowy lub w trybie z wolnej ręki, do podniesienia swojej marży. Zatem również spółka KBU mogła w powyższej sytuacji dyktować Zamawiającemu niemal dowolne warunki finansowe, dlatego porównywanie ceny obecnej oferty Przystępującego podanej w przetargu nieograniczonym do ceny spółki KBU z ww. aneksu, nie jest właściwe i nie może dowodzić zaniżenia ceny oferty Przystępującego.

Nie jest także właściwe porównanie ceny oferty Przystępującego i Odwołującego w obecnym postępowaniu. Jednym ze współkonsorcjantów Odwołującego jest przecież spółka Flowbird Polska, która odmówiła Przystępującemu udzielenia certyfikatu, a podejmując takie praktyki na rynku mogła spodziewać się, że w postępowaniu nie będzie innych złożonych ofert, co również pozwoliłoby Odwołującemu na podniesienie ceny jego oferty. Wprawdzie Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia podobną kwotę, jak cena oferty Odwołującego, ale nie wyklucza to przeszacowania kosztów przez Zamawiającego. W ocenie Izby, przede wszystkim jednak nie można tracić z pola widzenia okoliczności faktycznych, w jakich Odwołujący złożył i skalkulował swoją ofertę, tj. okoliczności odmowy udzielenia certyfikatu (czyli potem – licencji), a w świetle tych okoliczności wysokość ceny oferty Odwołującego nie jest czynnikiem miarodajnym dla podważania ceny Przystępującego.

Izba nie neguje przy tym argumentacji Odwołującego dotyczącej wzrostu cen, szerszego zakresu obecnego zamówienia (aczkolwiek chodzi tylko o wymóg ubezpieczenia parkomatów), czy niższych kosztów ponoszonych przez wykonawcę obecnego już na zadaniu, czyli KBU sp. z o.o., jednakże nie mają one, w ocenie Izby, przesądzającego znaczenia w świetle wyżej poczynionych ustaleń dotyczących poziomu kosztów licencji, wysokości cen i okoliczności, w jakich ceny te były oferowane.

Z uwagi na powyższe Izba uznała zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień za niezasadne i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosi, że „Zamawiający narzucił wykonawcom obowiązek uzyskania licencji na oprogramowanie do obsługi automatów parkingowych posiadanej przez Flowbird w sytuacji, gdy równocześnie nie zapewnił sobie, że Flowbird licencję taką udzieli każdemu zainteresowanemu podmiotowi, ani nie wprowadził do SWZ zapisów pozwalających na alternatywny sposób wykonania zamówienia (o ile taki w ogóle obiektywnie istnieje). Równocześnie kształtując w taki sposób opis przedmiotu zamówienia, jak się okazało, realnie ograniczył swobodę kontraktową Flowbird”. Zatem z okoliczności niniejszej sprawy, tj. z zawartego w SWZ wymogu posiadania certyfikatu, z niedysponowania przez Przystępującego tym certyfikatem, z zamiaru jego nieudzielenia przez spółkę Flowbird Polska („chyba że się ugnie” – str. 24 odwołania) oraz z braku możliwości wykonania zamówienia bez tego certyfikatu, Odwołujący wywodzi, że „na obecnym etapie postępowanie nie istnieje (...) żadne inne, rozwiązanie, jak unieważnienie niniejszego Postępowania i rozpisanie go ponownie, ty razem być może - z takim założeniem, że to po stronie Zamawiającego leżeć będzie zapewnienie licencji koniecznych do obsługi oprogramowania automatów parkingowych”.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że o ile rzeczywiście najkorzystniejszą na rynku byłaby sytuacja, w której to Zamawiający gwarantowałby dostęp do licencji niezbędnej do wykonania zamówienia, to nawet w obecnym stanie rzeczy, gdy Zamawiający narzucił wykonawcom obowiązek samodzielnego uzyskania certyfikatu (a potem – licencji), wymóg ten nie został przecież zakwestionowany w drodze odwołania przez żadnego wykonawcę. Wynikało to z tego, że dotychczas spółka Flowbird Polska, czy Flowbird SAS Francja, nie odmawiały sprzedaży licencji, zatem wykonawcy, w tym Przystępujący, nie mieli powodu spodziewać się takiej odmowy. Tym samym to nie wymóg Zamawiającego doprowadził do obecnej sytuacji braku dysponowania przez Przystępującego certyfikatem, ale odmowa jego wydania przez spółkę Flowbird Polska. Z tego też powodu nie można uznać, że postępowanie jest dotknięte niemożliwą do usunięcia wadą, ale uznać należy, że to spółka Flowbird Polska zmieniła swoją dotychczasową praktykę współpracy z innymi wykonawcami i odmawiając udzielenia certyfikatu (w konsekwencji – licencji) wykreowała sytuację, w której nastąpił

swojego rodzaju impas i wynikający z niego przedmiotowy spór. Rozwiązaniem tej sytuacji nie jest jednak unieważnienie postępowania, ale powrót spółki Flowbird Polska do zgodnej z dobrymi obyczajami praktyki działania na rynku. Powyższe nie wyłącza możliwości wejścia tej spółki w szerszym niż dotychczas zakresie na rynek, a jedynie spowoduje, że wejście na ten rynek będzie musiało odbyć się z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Dlatego Izba uznała zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp za niezasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

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

Izba oceniła dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie w następujący sposób: ■ oświadczenie pana D. M.-prezesa zarządu Flowbird Polska sp. z o.o. co do powodów odmówienia Przystępującemu udzielenia certyfikatu oraz umowa konsorcjum zawarta między spółkami KBU i Flowbird Polska (zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa) przewidująca zakres obowiązków obu konsorcjantów, w tym brak po stronie Flowbird Polska zobowiązania do

nieudzielenia Przystępującemu certyfikatu - nie wpływają na fakt, że odmowa taka miała miejsce, ale też nie mają znaczenia dla stwierdzenia, że nie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka istnienia porozumienia, o którym mowa w

art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

- 2 ogłoszenia o zamówieniach w Bydgoszczy i w Poznaniu oraz ogłoszenie o wstępnych

konsultacjach rynkowych w Warszawie – potwierdzają jedynie fakt niesporny, że kolejne podobne zamówienia będą udzielane,

- opracowanie własne w zakresie wzrostu kosztów pracowników w stosunku do 2023 r., oferta ubezpieczenia oraz 2 oferty z 2022 r. i 2023 r. na komponenty oprogramowania pokazujące wzrost ich cen (oferty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) - nie wpływają na wskazane wyżej powody uznania przez Izbę braku podstaw do zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ponadto oferta ubezpieczenia nie dotyczy kluczowego elementu niniejszego zamówienia.

Izba oceniła dowody dołączone przez Przystępującego do jego pisma procesowego z dnia 03.10.2023 r. w następujący sposób:

- referencje od Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie - dowód nie potwierdza, że Przystępujący korzystał dotąd z licencji od Flowbird Polska sp. z o.o.,
- cennik usług dodatkowych dla City Parking Group - dowód potwierdza dotychczasową współpracę Przystępującego z Flowbird Polska sp. z o.o.,
- korespondencja e-mail z 12-14.06.2023 r. - dowód potwierdza prośbę Przystępującego o ofertę na miesięczne koszty oraz odpowiedź od Flowbird Polska sp. z o.o., że „startuje bezpośrednio jako Flowbird” i nie będzie udostępniać na licencji,
- pismo Przystępującego do Flowbird SAS Francja z 11.08.2023 r. wraz z tłumaczeniem -dowód potwierdza, że Przystępujący zwrócił się do Flowbird SAS Francja o wydanie certyfikatu,
- korespondencja e-mailem z 02.10.2023 r. - dowód zawiera ponaglenie przekazane do Flowbird SAS Francja w związku z brakiem odpowiedzi na pismo z 11.08.2023 r., jednakże nie dołączono jego tłumaczenia na język polski, dlatego Izba odmówiła mu mocy dowodowej (art. 506 ust. 2 ustawy Pzp).

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

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

Przewodnicząca

KIO 2801/23