Sygn. akt: KIO 1048/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 12 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2024 r. przez **wykonawcę City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt KIO 1048/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie – Zarząd Dróg Miejskich 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. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Obsługa wnoszenia opłat za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w m.st. Warszawie", numer: ZDM/UM/DZP/19/PN/5/24*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2024 r., za numerem 162544-2024.

W dniu 28 marca 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp oraz art. 112 ust 1 i ust. 2 pkt. 2) ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji poprzez wskazanie w załączniku nr 18 do OPZ (pkt. I.4 i II.4), że zewnętrzny operator płatności mobilnych musi posiadać status krajowej instytucji płatniczej, małej instytucji płatniczej lub prowadzić działalność określoną w art. 6 pkt 11 lit. a lub b ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. z 2024 r., poz. 30), w tym posiadać wpis we właściwym rejestrze Komisji Nadzoru Finansowego oraz poprzez postawienia bezpodstawnego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu w pkt. 5.1.9. [Kryteria kwalifikacji] ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. 7.2.1.1. SWZ polegającego na wymaganiu od wykonawcy posiadania aktualnego wpisu we właściwym rejestrze Komisji Nadzoru Finansowego, potwierdzającego status operatora płatności mobilnych jako krajowej instytucji płatniczej, małej instytucji płatniczej lub prowadzącego działalność określoną w art. 6 pkt 11 lit. a lub b ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. z 2024 r., poz. 30), podczas gdy wymaganie to nie jest uzasadnione w świetle przepisów prawa, jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz celu jakim jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia rozumianej jako minimalne poziomy zdolności oraz utrudnia uczciwą konkurencję;

2. art. 239 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp poprzez ustanowienie wagi kryterium pozacenowego w pkt. 16.1. SWZ „skrócenie terminu uruchomienia parkomatów" na poziomie 40% w sytuacji, w której kryterium to dotyczy jedynie partii 155 sztuk parkomatów (z łącznej liczby 1910 parkomatów) instalowanych na obszarze dzielnicy Praga Południe m.st. Warszawy, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, a oferta, która zostanie uznana za najkorzystniejszą nie będzie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, gdyż waga ww. kryterium na poziomie 40 % jest niewspółmiernie wysoka biorąc pod uwagę znaczenie (udział) tej części zamówienia w całości przedmiotu zamówienia, podczas gdy kryterium to powinno mieć wagę znacząco mniejszą, nieprzekraczającą 10%,

odpowiednią do części przedmiotu zamówienia, którego dotyczy;

3. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie zakresu świadczenia usług rozwoju w pkt. I.5 OPZ oraz § 2 projektu umowy w sposób nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i uniemożliwiający rzetelne skalkulowanie oferty, podczas gdy świadczenia wymagane od wykonawcy powinny być opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i umożliwiać rzetelne ustalenie ceny ofertowej;

4. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nieproporcjonalny do celu zamówienia i uniemożliwiający rzetelne skalkulowanie oferty w pkt. II pkt. 3 ppkt. 2) oraz pkt. II pkt. 4 ppkt. 1) OPZ (str. 3), gdzie przewidziano, że płatności elektroniczne powyżej 100 zł muszą być realizowane bez konieczności podania (wpisania) kodu PIN, bez przewidzenia górnego limitu dla takich transakcji, podczas gdy świadczenia wymagane od wykonawcy powinny być opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i umożliwiać rzetelne ustalenie ceny ofertowej;

5. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nieproporcjonalny do celu zamówienia i uniemożliwiający rzetelne skalkulowanie oferty w pkt. III pkt. 13 OPZ (str. 5) w postaci zastrzeżenia możliwości zlecenia w okresie trwania umowy średnio w każdym miesiącu demontażu, magazynowania, ponownego montażu i uruchomienia „do 1% ogólnej liczby parkomatów wraz z fundamentami" podczas gdy Zamawiający powinien był wymagać wyraźnie podania jaką wartość w % liczby parkomatów ma zostać przyjęta do wyceny przez wszystkich wykonawców w ofertach co umożliwiłoby rzetelną i porównywalną wycenę tej części przedmiotu zamówienia przez wszystkich wykonawców;

6. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp, względnie naruszenia art. 387 KC, poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i nieproporcjonalny do celu zamówienia w pkt. X pkt. 2 OPZ (str. 17) w postaci przewidzenia nieprecyzyjnych bądź niemożliwych do spełnienia wymogów w zakresie dotyczącym właściwości karty SIM, który to opis wymaga doprecyzowania lub usunięcia w sposób wskazany w uzasadnieniu tego zarzutu;

7. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp, poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji w pkt. XI pkt. 5 OPZ (str. 21) w postaci braku sprecyzowania przez Zamawiającego ilości szkoleń, które wykonawca będzie miał obowiązek przeprowadzić co powoduje, że nie jest możliwe rzetelne dokonanie wyceny tej części przedmiotu zamówienia przez wykonawcę;

8. art. 439 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez nieuwzględnienie w projekcie umowy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w zakresie części zamówienia objętej prawem opcji, podczas gdy przepisy ustawowe nie różnicują pod tym względem zakresu zamówienia, a taka waloryzacja powinna być wprost określona również dla zamówienia opcjonalnego;

9. art. 439 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 99 ust. 2 ustawy pzp i art. 16 ustawy pzp poprzez ustalenie w projekcie umowy § 16 ust. 11, że maksymalny poziom zmiany wartości pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy, tj. suma wszystkich wprowadzanych zmian na podstawie postanowień ust. 1-9, nie może przekroczyć 10 % wartości pierwotnego wynagrodzenia, podczas gdy w przypadku 10 letniego okresu realizacji umowy jest to wymóg nieproporcjonalny do celu zamówienia, zdecydowanie nie wystarczający, który czyni wprowadzoną do projektu umowy klauzulę waloryzacyjną w znacznej mierze pozorną;

10. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez wymaganie w § 18 ust. 1 pkt. 1) projektu umowy udzielenia licencji do oprogramowania w okresie obowiązywania umowy obejmującej pola eksploatacji, co do których Zamawiający nie ma uzasadnionych potrzeb, aby wymagać ich objęcia zakresem licencji tj. w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia;

11. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp, poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań z § 18 ust. 1 oraz § 18 ust. 8 projektu umowy dotyczących licencji na korzystanie z oprogramowania tj. w sposób wewnętrznie sprzeczny opisany w uzasadnieniu zarzutu;

12. art. 99 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 433 pkt. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp, poprzez narzucenie przez Zamawiającego kar umownych za to samo lub podobne naruszenie w projekcie umowy głównej z wykonawcą i projekcie

umowy na świadczenie przez Zewnętrznego Operatora Płatności Mobilnych w innej wysokości, co narusza zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności i stanowi pośrednie obciążenie wykonawcy karą za opóźnienie choć nie jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

W oparciu o wyżej wskazane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ:

Zarzut 1: żądanie usunięcia:

a) warunku udziału w postępowaniu tj. pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 7.2.1.1 SWZ w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał wpis we właściwym rejestrze Komisji Nadzoru Finansowego potwierdzający status operatora płatności mobilnych jako krajowej instytucji płatniczej, małej instytucji płatniczej lub prowadzącego działalność określoną w art. 6 pkt 11 lit. a lub b ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. z 2024 r., poz. 30), gdyż jego spełnienie nie jest w żaden sposób konieczne biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Posiadanie wpisu do rejestru KNF czy statusu krajowej lub małej instytucji płatniczej nie jest konieczne do wykonania zamówienia zgodnie z prawem;

b) usunięcia wymogu z pkt. I.4 i II.4 Załącznika nr 18 do OPZ, gdyż do realizacji zamówienia w żaden sposób nie jest konieczne, w tym nie wynika to z przepisów prawa, aby zewnętrzny operator płatności mobilnych (zgodnie z nomenklaturą Zamawiającego) posiadał wpis w rejestrze KNF i status jednej z instytucji płatniczych wskazanych w pkt. I.4 i II.4 Załącznika nr 18 do OPZ.

Zarzut 2: odnośnie do kryterium „skrócenie terminu uruchomienia parkomatów" o wadze 40%: żądanie usunięcia tego kryterium albo zmniejszenia jego wagi maksymalnie do poziomu 10 % co odpowiada wielkości części zamówienia, do której kryterium się odnosi.

Zarzut 3: żądanie doprecyzowania przez Zamawiającego w OPZ i wzorze umowy zakresu przedmiotowego usług rozwojowych jakie Zamawiający przewiduje do realizacji tak aby możliwe było dokonanie rzetelnej wyceny roboczogodziny świadczenia usług rozwojowych oraz co umożliwi realną porównywalność ofert różnych wykonawców.

Zarzut 4: żądanie:

a) nakazania Zamawiającemu usunięcia z dokumentacji zamówienia wymogu, aby płatność powyżej 100 zł musiała być realizowana bez konieczności podania (wpisania) kodu PIN co zapewni jednoznaczność OPZ;

b) ewentualnie, w przypadku nieuwzględniania żądania z lit. a) powyżej, o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie górnego limitu, do którego musi być realizowana bez konieczności podania (wpisania) kodu PIN w wysokości nie większej niż 100 zł.

Zarzut 5: odnośnie do pkt. III.13 OPZ: żądanie sprecyzowania jaką dokładnie wartość wykonawcy mają przyjąć na potrzeby wyceny oferty tj. np. do 0,5 % czy do 1%, tak aby wszyscy wykonawcy przyjęli tę samą wartość.

Zarzut 6: żądanie:

a) usunięcia pkt. X pkt. 2 OPZ zdanie 2;

b) ewentualnie, zmiany tego wymogu na możliwy do spełnienia przez wykonawców.

Zarzut 7: żądanie sprecyzowania w OPZ informacji dotyczącej jak często szkolenia mają być organizowane – ile razy w roku (okresowe i nowych pracowników) i ile dokładnie szkoleń wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej.

Zarzut 8: żądanie uregulowania w projekcie umowy w sposób jasny i przejrzysty kwestii objęcia waloryzacją opcjonalnego zakresu zamówienia w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień wynikających z prawa opcji.

Zarzut 9: żądanie: zwiększania limitu zmiany wynagrodzenia w ramach klauzuli waloryzacyjnej, optymalnie do poziomu 20 % wartości pierwotnego wynagrodzenia.

Zarzut 10: żądanie usunięcia z § 18 pół eksploatacji wymienionych w lit. e) oraz g) projektu umowy.

Zarzut 11: odnośnie do § 18 ust. 1 oraz § 18 ust. 8. żądanie: uregulowania w projekcie umowy w sposób jasny i przejrzysty kwestii licencji biorąc pod uwagę, że licencja ma być udzielona na czas trwania umowy, a nie na okres dłuższy i w konsekwencji również nakazania Zamawiającemu usunięcia fragmentu ust. 8 „a po tym okresie Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji wyłącznie z ważnych powodów, a okres wypowiedzenia będzie wynosił 10 lat ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego".

Zarzut 12: żądanie ukształtowania przepisów kar umownych w obu projektach umów (umowie głównej z wykonawcą i umowie na świadczenie usług przez zewnętrznego operatora płatności mobilnych) analogicznie, tak aby odpowiedzialność przyszłego wykonawcy wobec Zamawiającego była podobna jak odpowiedzialność operatora zewnętrznego wobec wykonawcy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, 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 w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 10 kwietnia 2024 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia wniesione odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił w terminie do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na postawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a 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.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..