Sygn. akt: KIO 1338/23

WYROK
z dnia 26 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez wykonawcę
On Traffic spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Połanieckiej 5B (04-992 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 120 (00-801 Warszawa)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt II.4*petitum* odwołania z uwagi na uwzględnienie tego zarzutu w sytuacji braku zgłoszenia przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego .
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę On Traffic spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1338/23

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

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Usuwanie*
i przechowywanie pojazdów, na okres 3 (trzech) lat (lata 2023 – 2026), z dróg leżących na terenie m.st. Warszawy, znak sprawy ZDM/UM/DZP/29/PN/6/23, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2023 r., pod numerem 2023/S 086-266135.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
W dniu 15 maja 2023 r. wykonawca On Traffic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od sformułowania przez zamawiającego treści dokumentów zamówienia niezgodnie z wymogami Pzp, jak i innych regulacji na obie części zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów i wniósł:
1) Załącznik numer 9 do SWZ – formularz cenowy fragment „W kolumnie CU, CP, CPR, jest podana waga służąca do obliczenia ceny. W wierszach pn. „Cena jednostkowa za daną kategorię pojazdów” należy podać cenę w złotych / brutto. Cena jednostkowa CU i CP nie może być równa lub wyższa niż kwota podana w Uchwale Nr LXX/2302/2022 Rady m.st. Warszawy z 8 września 2022 r., stanowiącej załącznik nr ……. do SWZ, a cena jednostkowa CPR nie może przekroczyć 20% CP. Cena brutto podana w formularzu winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zyski. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty celne, ubezpieczenia, opłaty transportowe itp. Podana cena jest obowiązująca w całym okresie ważności oferty.” oraz pozycja CPR formularza – art. 538 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 66 k.c. w zw. art. 487 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez wskazania, że wartość CPR nie może przekroczyć wartości 20% CP,
w sytuacji w której koszty realizacji CP i CPR, a tym samym ich wartość jest taka sama, co skutkuje nierównością tożsamych usług i jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, jak też co ingeruje w dyskrecjonalne uprawnienie wykonawców do określenia cen ofertowych, jak też jest wymogiem nieracjonalnym, co do przedmiotu zamówienia, jego poszczególnych usług i ich wartości, a nadto jest niedozwolonym określeniem ceny maksymalnej
Wniosek: Nakazanie usunięcia pojęcia CPR z formularza z całym wierszem oraz fragmentu „a cena jednostkowa CPR nie może przekroczyć 20% CP.”;

2) Wzór Umowy – art. 433 pkt 4) Pzp w zw. z w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. przez brak określenia minimalnego zakresu zamówienia, które będzie realizowane przez wykonawcę, w sytuacji w której zobowiązany on jest do poczynienia nakładów i kosztów w celu realizacji zamówienia z § 1 ust. 4 pkt 3 Umowy, a brak takiego minimalnego zakresu może skutkować brakiem realizacji zamówienia i jedynie stratami wykonawcy
Wniosek: Nakazanie określenia minimalnego zakresu zamówienia w wysokości nie mniejszej niż 50% wartości zamówienia z § 4 ust. 1 Umowy, przy czym wartość każdej z usługi CU, CP i CPR (o ile ta ostatnia nie zostanie usunięta), nie może w stosunku rocznym być niższa 30% danej pozycji z formularza cenowego;
3) Rozdział IV ust. 2 Opisu przedmiotu zamówienia (rozdział IV wg. Klasyfikacji SWZ) ust. 2 fragment „Pojazdy usunięte w trybie art. 130a Prd będą przechowane odpłatnie na parkingu Wykonawcy począwszy od dnia usunięcia pojazdu.

Zamawiający może przekazać pojazd Wykonawcy: (…) b) zagospodarować pojazd w inny sposób (do 100% pojazdów przejętych na własność w trybie art. 130a Prd w skali całej umowy). – art. 433 pkt 4) Pzp w zw. w zw.
z w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. – przez określenie, że może dojść do zagospodarowania w inny sposób 100% pojazdów przejętych na własność, w sytuacji
w której wykonawca zobowiązany jest do poniesienia kosztów na utrzymanie parkingów (§ 1 ust. 4 pkt 3 Umowy), a w oparciu o te postanowienie parkingi na poczet tego zamówienia mogą być w ogóle nie wykorzystane, a co za tym idzie wykonawca nie będzie otrzymywał wynagrodzenia za usługę przechowania nawet w takim zakresie, który pokryłby koszty utrzymania parkingów, co więcej dotychczas wynagrodzenie za przechowania stanowiły zasadnicze wynagrodzenie wykonawców
Wniosek: Nakazanie określenie minimalnej ilości pojazdów, które pozostaną u wykonawcy
i wskazanie, że Zamawiający może zagospodarować pojazd w inny sposób (do 30% pojazdów przejętych na własność w trybie art. 130a Prd w skali całej umowy);
4) Wzór umowy – § 11 ust. 7 i ust. 16 – art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1) i 3) Pzp – przez określenie, że waloryzacja możliwa jest dopiero po 12 miesiącach świadczenia usługi, mimo że intencją art. 439 ust. 1 Pzp jest zapewnienie waloryzacji z tego tytułu już po okresie 6 miesięcy trwania umowy, a szybko zmieniająca się wartość cen usług i towarów obecnie (m.in. inflacja) skutkuje koniecznością szybszego reagowania na rynkowe okoliczności co też jest ratio legis ww. przepisów, jeśli bowiem waloryzacja miała następować dopiero po roku, to ww. przepis nie zostałby zmieniony w takim zakresie i takim znaczeniu
Wniosek:
• Zmianę § 11 ust. 7 Umowy na treść: „Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron umowy nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy."
• Zmianę § 11 ust. 16 Umowy na treść : „Możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż raz na 6 miesięcy."

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania w całości;
- zmianę postanowień dokumentów w zakresie wszystkich jego części, w sposób wskazany w treści zarzutów;
- zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego;
- niewyznaczania terminu posiedzenia na 19 maja 2023 r. z uwagi zaplanowane spotkanie pełnomocnika odwołującego w jednym z ministerstw.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania. W tym zakresie wskazał, że przedmiotowy interes został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ czynności zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają mu ubieganie się
o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę. Odwołujący podniósł, że jest podmiotem, który zamierza ubiegać się o zamówienie, gdyż poprzednio świadczył i nadal świadczy usługi objęte postepowaniem, ale w okresie wcześniejszym.

W uzasadnieniu dla zarzutu z pkt 1 *petitum* odwołania, odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie sporne postanowienia narusza wskazane w zarzucie przepisy. Przechowywanie bowiem pojazdów powyżej 3 miesięcy kosztuje przecież tyle samo, co przechowywanie pojazdów (tych samych) poniżej 3 miesięcy. Należy zauważyć, że wszystkie wymogi stawiane przez zamawiającego odnośnie do parkingów i ochrony są takie same w obu przypadkach. W uchwale LXX/2302/2022 nie ma przy tym rozdzielenia cen za przechowywanie poniżej 3 miesięcy oraz na przechowywanie powyżej 3 miesięcy. Zdaje się, że zamawiający stara się w sposób niedopuszczalny ograniczyć koszty po swojej stronie. Należy wskazać przy tym, że po upływie 3 miesięcy przechowywania zamawiający wszczyna zgodnie z przepisami ustawy Prawo o ruchu drogowym postępowanie w celu przewłaszczenia pojazdu. Właściciel pojazdu zaś pragnąc go odebrać płaci stawki z ww. uchwały za każdy dzień i to niezależnie czy wynosi to poniżej 3 czy powyżej 3 miesięcy. Zamawiający w takim przypadku otrzyma 100% ceny za przechowanie, zgodnie z ww. uchwałą, a zgodnie ze spornym wymogiem, wykonawca jedynie 20% ceny ofertowej w tym zakresie. Zamawiający zatem pozostaje wzbogacony w sposób nieuzasadniony
w rozumieniu art. 405 k.c. w tym zakresie.
Odwołujący wskazał również, że te sporne postanowienie może działać również na niekorzyść zamawiającego, co skutkować może niegospodarnością w rozumieniu art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Wykonawcy widząc takie wymagania będą w sposób nieuzasadniony zmuszeni to zawyżenia kosztu przechowywania pojazdu w okresie do 3 miesięcy, co będzie odbiegało od stawek rynkowych, aby móc choć pokryć sobie koszty przechowywania pojazdów w okresie po 3 miesiącach przy niższej stawce, stanowiącej 20% ceny wcześniejszego przechowywania. Hipotecznie przykładowo zakładając, że koszt przechowywania wynosi zgodnie z wymogiem rynkowym około 30 zł. W sytuacji założonej przez zamawiającego cena taka do 3 miesięcy skutkowałaby ceną w wysokości jedynie 6 zł powyżej 3 miesięcy, co ewidentnie pokazuje o nierynkowym charakterze. Wobec tego wykonawca będzie zmuszony do dania ceny maksymalnej z ww. uchwały tj. w kwocie 52 (do 3500 d.m.c.) – co nie jest stawką rynkową, ale wtedy 20% z tej kwoty to 10,40 zł. Jest to nadal kwota nie ekwiwalentna w rozumieniu art. 487 k.c. za koszty takiego przechowania.
W ostatecznym zaś rozrachunku narzucenie sposobu obliczenia ceny w sposób wskazany przez zamawiającego generować będzie nadmierne koszty dla niego w zakresie poniżej 3 miesięcy, co nie jest działaniem gospodarnym i należytym wydatkowaniem środków publicznych. Co więcej, określenie ceny maksymalnej, a z taką w tym przypadku mamy do czynienia jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 Pzp). Określenie takiej ceny maksymalnej tj. 20% ceny podstawowej może ograniczać konkurencję, dyskryminować określonych wykonawców. Możliwe jest postawienie zarzutu, że w ten sposób ukształtowane ceny preferują wykonawców, którzy dzięki efektowi skali swojej działalności, są w stanie zaoferować ceny poniżej maksymalnych cen, manipulując cenami jednostkowymi i lokując koszty w innych działalnościach, aby pokryć sobie straty. Oczywiście zamawiający nie ma obowiązku udzielać zamówienia wykonawcom, którzy oferują wykonanie zamówienia żądając wysokich cen. Jednak powinno się to odbywa poprzez zastosowanie uprawnienia do unieważnienia postępowania, który pozwala unieważnić takie postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta
z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba,

że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.
Odwołujący zaznaczył przy tym, że zamawiający nadto nie wykazał, nie uzasadnił, ani nie wyjaśnił zasadności takiego ograniczenia ceny jednostkowej. Przepisy Pzp nie umożliwiają zamawiającemu określenia cen maksymalnych, w ramach której wykonawcy mogą ustalać swoje ceny ofertowe. Cena zaoferowana przez wykonawców ma być odpowiednikiem wartości wynagrodzenia należnego za daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną. Zamawiający nie jest władny narzucać wykonawcom cen, za które są oni gotowi zrealizować konkretne zamówienie. Ceny ofertowe zaoferowane przez poszczególnych wykonawców nie mogą być wprost determinowane możliwościami finansowymi zamawiającego. Gdyby zamawiający byli władni narzucać wykonawcom możliwość oferowania cen mieszczących się w ustalonych przez zamawiającego górnych przedziałach cenowych, wówczas przepis
o unieważnieniu postępowaniu z uwagi na brak środków finansowych stałby się przepisem martwym, a jego wprowadzenie do ustawy nie miałoby uzasadnienia prawnego.
Odwołujący wyjaśnił, że art. 7 pkt 1) Pzp zawiera definicję ceny, przez którą należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów
i usług. W myśl wspomnianej regulacji ustawowej cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.
W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Z tego też względu należy negatywnie odnieść się do koncepcji dopuszczalności ustalenia przez zamawiającego w dokumentacji postępowania cen maksymalnych, determinujących ceny oferowane przez poszczególnych wykonawców w ofertach.
Uzupełniająco odwołujący zwrócił uwagę na orzeczenie KIO 1893/18, gdzie wskazano, że „Narzucony przez zamawiającego sposób obliczenia ceny musi znajdować uzasadnienie
w charakterze przedmiotu zamówienia.” Skoro jednak przechowanie poniżej i powyżej 3 miesięcy jest takie same i generuje takie same koszty, to różnicowanie cen jednostkowych w tym zakresie nie ma uzasadnienia. Przepis art. 99 Pzp (ust. 1 i 4) służy realizacji naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych, jaką jest zasada niedyskryminacji określona w art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.
Na marginesie odwołujący wskazał, że nie kwestionuje pułapów określonych w ww. uchwale, albowiem w takim przypadku wydaje się, że cena maksymalna jest ustalona zgodnie z art. 538 k.c. Odwołujący kwestionował bezpodstawne zaniżenie, niezgodne z ww. uchwałą
w zakresie kosztów przechowania pojazdów w ramach w zasadzie tożsamych usług, które błędnie są rozróżniane. Zdaniem odwołującego wskazany wniosek odwołania związany
z ww. zarzutem pozwoli na usunięcie naruszenia i przyjęcie takiego samego wynagrodzenia za taką samą usługę.
W odniesieniu do zarzutu z pkt 2 odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nie dochował obowiązku wynikającego z art. 433 pkt 4) Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do określenie minimalnego pułapu zamówienia, jaki zostanie zlecony wykonawcy. Wykonawca bowiem zobowiązany jest do poniesienia kosztów w postaci utrzymania parkingów, posiadania odpowiedniej kadr oraz dużej ilości sprzętu. Odwołujący wskazał, że koniecznym jest posiadanie przez niego holowników umożliwiających holowanie pojazdów do 3 500 d.m.c. (dopuszczalna masa całkowita), między 3 500, a 7 500 d.m.c., między 7 500 d.m.c., a 16 000 d.m.c. i powyżej 16 000 d.m.c. Holowania takich pojazdów odbywają się różnymi holownikami, a dostępność holowników, szczególnie powyżej 16 000 d.m.c. jest bardzo ograniczona. Realizacja zatem zamówienia generuje olbrzymie koszty. W oparciu zaś
o postanowienia dokumentacji wykonawca nie ma pewności, czy jakiekolwiek zlecenie otrzyma w ramach umowy. Nie jest to wskazane w treści umowy, a w świetle art. 433 pkt 4) Pzp jest taki obowiązek. Wobec tego zamawiający może w zasadzie do 0 ograniczyć zakres zamówienia. Brak wskazania do tego warunków i zasad ograniczania świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia oraz wobec nieokreślenia jakichkolwiek warunków ograniczenia zakresu zamówienia.
Odwołujący podniósł, że przepis art. 433 pkt 4) Pzp nie daje zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy.
Zdaniem odwołującego narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez zamawiającego w postaci braku określenia minimalnego progu wykonania umowy
i ograniczenia w ten sposób, roszczeń wykonawcy wobec zamawiającego, jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw ("MŚP")
w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy. Ponadto wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów, do tego koszty parkingów (dzierżawy, najmy, nabycia itp.), koszty zabezpieczenia należytego wykonania. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali
i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty "utraconych szans", gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości. Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, brak określenia minimalnego progu wykonania umowy stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego.
Udzielanie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem braku gwarancji jakiegokolwiek zakresu zamówienia jest

sprzeczne z istotą zamówienia publicznego. Ponadto tak sformułowana umowa uniemożliwia precyzyjne skalkulowanie oferty. Wobec braku określenia podstaw ograniczenia zamówienia, nie sposób przewidzieć ryzyka ograniczenia zamówienia, bowiem zależy ono wyłącznie od woli zamawiającego. Narusza to zasadę, że zmiany umowy są dopuszczalne tylko
w przypadku ich przewidzenia i określenia warunków wprowadzenia zmian. Do tego, jak wskazano w sprawie KIO 3233/21, zgodnie z art. 433 pkt 4) Pzp *a contrario*, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia. Do tego, zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia, a co za tym idzie – przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie
w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy. Zamawiający jest zobowiązany do określenia w dokumentach zamówienia minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania, które zostanie zlecone wykonawcy, co wyklucza podanie wartości szacunkowej.
Odwołujący zwrócił uwagę, że nigdzie nie ma minimalnej kwoty bądź ilości holowań. Skoro zamawiający wymaga aby wykonawca dysponował przez cały czas trwania umowy min. 1480 miejscami parkingowymi oraz min. 2 dyspozytorami, 3 kierowcami, 3 parkingowymi
i nie gwarantuje żadnego przychodu, to jest to umowa jednostronnie krzywdząca. Odwołujący wyjaśnił, że jako wykonawca realizuje aktualną umowę i realizował też poprzednią. Wskazując na okres intensywnego okresu COVID-19 z roku 2020 zamawiający zaniechał holowań, nie dawał zleceń. Wykonawca wobec tego bliski był ogłoszenia upadłości, bo był na skraju bankructwa.
Odwołujący podkreślił, że ustalając w zgodzie z Pzp klauzulę zmiany umowy dotyczącą ograniczenia jej zakresu, nie wolno zapominać o orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości kwalifikującym jako „istotną" (niedopuszczalną) zmianę umowy polegającą na znacznym ograniczeniu jej zakresu.
Dalej odwołujący wyjaśnił, że ostatnią z klauzul, o których mowa w omawianym przepisie, jest klauzula umożliwiająca jednostronne zmniejszenie zakresu rzeczowego zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (art. 433 pkt 4 Pzp). W świetle art. 433 pkt 4 Pzp nie jest zakazane wprowadzanie różnego rodzaju klauzul redukcyjnych przyznających zamawiającemu jednostronne uprawnienie do redukowania zakresu zamówienia. Co więcej, dopuszczalne jest nawet wprowadzanie klauzul pozwalających na drastyczną redukcję zakresu rzeczowego realizowanej umowy
w stosunku do zakresu określonego w opisie przedmiotu zamówienia. Zakaz wyrażony
w tym przepisie dotyczy przypadku, gdy zamawiający nie określa w umowie minimalnej wielkości przedmiotu umowy, której realizację gwarantuje wykonawcy.
W ocenie odwołującego ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie zamawiającemu modyfikacji umowy przez zastrzeżenie, że zamówienie może zostać ograniczone o maksymalnie 50% wartości wynagrodzenia umownego, co pozwoli przynajmniej w części dobrze planować realizacją pod kątem pokrycia kosztów. Do tego
z uwagi na to, że w ramach zamówienia wchodzą różne usługi (różne holowania
i przechowywania) zasadnym jest określenie minimalnego zakresu zamówienia również
w kontekście poszczególnych usług. Z uwagi na charakter formularza cenowego (szacunkowy charakter) zasadnym jest ustalenie nie mniej niż 30% wartości każdej z usług (CU, CP, CPR – o ile CPR nie zostanie usunięte), albowiem mimo, że wykonawca wnosi
o minimum 50% zakresu zamówienia, to z uwagi na konieczność realizacji kosztorysowej
i ilości zleceń, nie byłoby zasadnym określenie dla każdej z usług po 50%. Dlatego wskazano 30%, która to stawka procentowa i tak pojawia się w kilku miejscach dokumentacji przetargowej.
W uzasadnieniu dla zarzutu z pkt 3 odwołujący wskazał, że w kontekście tego zarzutu w dużej mierze należy powielić argumentację z zarzutu numer 2. Jednakże, co jest najbardziej istotne, zamawiający wymagając utrzymania ogromnych parkingów od wykonawcy, może w oparciu o sporne postanowienie pozbawić w zasadzie wykonawcę wynagrodzenie za przechowywanie pojazdów, a wtedy wykonawca pozostaje bez wynagrodzenia za tę cześć zamówienia i z kosztami związanymi m.in. z utrzymaniem parkingów, które to nie są małe, z uwagi na wymogi stawiane zarówno w warunku udziału
w postępowaniu (7.2.3.3. SWZ) jak i z umowy (§ 1 ust. 4 pkt 3 Umowy). Sporne postanowienie z OPZ powoduje, że w zasadzie wykonawcy nie widzą ile będzie w zasadzie zamówienia w zakresie przechowywania pojazdów w trybie art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym. Skoro bowiem zamawiający może rozdysponować do 100% tych pojazdów
w inny sposób, a zatem poprzez brak ich przechowywania na parkingach wykonawcy, wymaganych umową (§ 1 ust. 4 pkt 3 Umowy), to w tym zakresie wykonawca będzie ponosi wyłącznie straty, albowiem może ani jednego pojazdu nie przechowywać. Prowadzi do to tego, że po stronie wykonawcy są koszty utrzymania parkingu na kilkaset miejsc, jak też obsługi takich parkingów, a w zamian wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia. Parkingi
i koszty z tym związane będą, ale na nich nie będzie żadnego pojazdu. Określenie przez zamawiającego, że może rozdysponować w inny sposób do 100% pojazdów skutkuje również tym, że wykonawca nie jest w stanie tej usługi, tj. usługi przechowywania pojazdów oszacować. Określenie minimalnej liczby usług w tym zakresie daje możliwość skalkulowania ceny w taki sposób, aby wykonać umowę w pełnym jej okresie nie narażając zamawiającego i wykonawcy na niewykonanie umowy z powodu braku przychodów które zależą wyłącznie od ilości holowanych i przechowywanych pojazdów.
Odwołujący podniósł, że zabieranie do 100% pojazdów (pow. 3 miesięcy) prowadzi do braku możliwości oszacowania ceny za przechowywanie tych pojazdów ponieważ nie wiadomo po jakim czasie i w jakiej zamawiający może zabrać te pojazdy. Do przechowywania 800 pojazdów potrzebny jest duży plac spełniający wymogi opisane w zamówieniu. Trzeba ponieść duże nakłady związane z przygotowaniem placu i zatrudnieniem ochrony. Informacja o możliwości zabrania 100% pojazdów powoduje brak możliwości wyliczenia ceny oraz podpisania umowy dzierżawy placu oraz zapewnienia ochrony/obsługi zatrudniając pracowników zgodnie z wymaganiami na umowę o pracę ponieważ nawet nie wiadomo na

jaki okres. W formularzu cenowym zamawiający wpisał ilość wydanych dyspozycji w 2022 na pojazdy do 3,5t – 11798. Nie wziął pod uwagę faktu, iż po odjęciu odwołań, anulacji
i odstąpień, faktyczna ilość usuniętych w tym okresie pojazdów to około 9539 sztuk, czyli około 20% mniej. Spełnienie warunków zamawiającego generuje stałe koszty których nie da się zmniejszyć przy spadku liczby holowanych pojazdów tj. dla jednego holowanego dobowo pojazdu wykonawca musi zapewnić możliwość realizacji 5 zgłoszeń równocześnie tj. 5 kierowców w tej samej chwili. Dyspozytorów pracujących 24h, parkingowych pracujących 24 h, obsługę administracyjną związaną z wymogami dot. raportów, dokumentacji zdjęciowej, koszt ubezpieczeń komunikacyjnych firmowych, gwarancji i wielu innych. Pokrycie tych kosztów wymaga pewnej wartości przychodu zależnego od „liczby usług" w danym obowiązku objętym świadczeniem.
Odwołujący ponownie podkreślił, że skoro zamawiający wymaga aby wykonawca dysponował na potrzeby przedmiotowej umowy parkingiem na min. 900 pojazdów do ich przechowywania powyżej 3 miesięcy, to zmusza wykonawcę do podpisania długoterminowych umów dzierżawy gruntów w celu organizacji parkingu. Żaden podmiot nie zgodzi się na zawarcie innych umów. Przykładowo, odwołujący ma nawet zawartą umowę na dzierżawę gruntu pod parking z Miastem Stołecznym Warszawa, które to podpisuje umowy dzierżawne na okres 3 lat. Wobec tego, jeśli zamawiający może zabrać wykonawcy 100% pojazdów po 3 miesiącach to jak wykonawca ma kalkulować koszt przechowywania? To drastycznie zwiększa koszty a nie daje nawet cienia gwarancji przychodów. Druga kwestia jest taka że zamawiający nakazuje wykonawcy w cenie usuwania z dróg miasta, późniejsze (kolejne) przewiezienie w miejsce wskazane przez zamawiającego bez dodatkowej gratyfikacji (czyli dwa holowania cenie jednego) – ten koszt musi być gdzie wyliczony przez wykonawcę, a logicznym jest, że zgodnie z praktyką rynkową może być wliczony w koszty przechowywania pojazdu. Aktualne zatem brzmienie spornego postanowienie generuje koszty, których wykonawcy nie jest w stanie rzetelnie wyszacować i wliczyć w cenę ofertę. Co więcej, gdzie w takim przypadku wykonawca miałby wliczyć cenę przechowywania, zawierającą stałe koszty, jak zostanie pozbawiony możliwości realizacji usługi, mimo, że musi utrzymywać na jej poczet parking.
Odwołujący zauważył, że niepewność kreowana przez ten przepis stanowi naruszenie wskazanych przepisów, a w szczególności art. 433 pkt 4) Pzp. Brak jest bowiem określenie minimalnego zakresu, jaki będzie realizowany w ramach danej usługi przez wykonawcy
w zakresie przechowywania. W innym przypadku zamawiający to określił (akapit wcześniej) – w kontekście pojazdów z art. 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym, wskazując że w inny sposób zagospodarować może do 30%, a zatem minimalne zakres usługi dla wykonawcy
w tym przypadku obejmuje 70% pojazdów. Sporne postanowienie kreuje nadto pozorne możliwości szacowania danej usługi, co już budzi wątpliwości. Określona niepewność prowadzi również do nieopcjonalnego obciążenia wykonawcy obowiązkami, za które może nie otrzymać wynagrodzenia, które pokryłoby choć koszty związane ze świadczeniem tej usługi. Nie jest też te postanowienie jasne i precyzyjne w rozumieniu art. 99 ust. 1 Pzp, albowiem istotne jest, czy 1% pojazdów będzie przechowywane, czy też 100%, a może żaden. W ocenie odwołującego takie sformułowanie uniemożliwia prawidłowe szacowanie ceny danej usługi. Co więcej, czego nie można przeoczyć, a co było wskazywane przez KIO w orzeczeniu KIO 1283/20, dotyczącym poprzedniego postępowania na tożsamą usługę, że demontaż pojazdów (lit. a) spornego postanowienia) prowadzi do przysporzenia wykonawcy. Pozbawienie go zatem tej możliwości w 100%, prowadzić może do wniosku, że dana usługa nie będzie świadczona, a jak już to w zasadzie pod tytułem darmnym (podobnie KIO 1339/17). Wnioskowana zmiana prowadzi do unifikacji sytuacji pojazdów z art. 50a i art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym. Zamawiający przewidział w przypadku pojazdów
z art. 50a ww. ustawy, że zagospodarowanie w inny sposób dotyczy 30% takich pojazdów,
a zatem logicznym i uzasadnionym jest, aby analogiczna sytuacja była w przypadku pojazdów z art. 130a ww. ustawy. Taka zmiana pozwoli zdaniem wykonawcy na rzetelne oszacowanie kosztów, szczególnie zgodnie z wymogiem ust. 12 SWZ, jak i wymogowi postawionemu w formularzu cenowym.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 23 maja 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przy czym w stosunku do zarzutu wskazanego w pkt 4 petitum odwołania, zamawiający wyjaśnił, że uwzględnił zmiany wnioskowane przez odwołującego i podjął decyzję o wprowadzeniu zmian w § 11 ust. 7 i § 11 ust. 16 wzoru umowy (zgodnie
z wnioskiem odwołującego zawartym w pkt. II.4 odwołania), a także dostosował postanowienie § 11 ust. 8 Umowy do waloryzacji po upływie 6 miesięcy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie niepodlegającym umorzeniu.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt II.4 *petitum* odwołania, ponieważ zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył oświadczenie o uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Tym samym Izba zastosowała treść art. 522 ust. 4 Pzp, który stanowi, że *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD oraz papierowej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 maja 2023 r., w tym
w szczególności:
- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ") wraz z załącznikami;
2) dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie:
- cenniki parkingów;
- protokół z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 22 maja 2023 r.;
3) złożoną na rozprawie przez odwołującego umowę dzierżawy, zawartą pomiędzy nim,
a zamawiającym w dniu 8 lutego 2021 r.;
4) dwa zdjęcia złożone na rozprawie przez zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje

Rozdział II dokumentu zawierającego opis przedmiotu zamówienia posiadał następującą treść:
Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na:
- *usuwaniu pojazdów z dróg leżących na terenie m.st. Warszawy w trybie art. 50a i 130a Prd;*
- *usuwaniu lub kierowaniu na parking strzeżony pojazdów w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązków lub warunków przewozu drogowego w przypadkach określonych w art. 95 utd;*
- *przechowywaniu ww. pojazdów na parkingach strzeżonych (również pojazdów usuniętych w ramach innych umów);*
- *przekazywaniu na wniosek zamawiającego do demontażu pojazdów usuniętych w ww. trybach i przejętych na własność m.st. Warszawy (przechowywanie pojazdów będzie trwało do czasu odbioru pojazdów przez osoby upoważnione lub do czasu wydania przez Zamawiającego zlecenia co do sposobu postępowania z tymi pojazdami)*.

W rozdziale IV ust. 2 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający określił sposób realizacji zamówienia w zakresie przechowywania pojazdów:
2. Przechowywanie pojazdów
Przechowywanie pojazdów winno się odbywać na parkingu strzeżonym, odpowiednio ogrodzonym, utwardzonym, oświetlonym oraz monitorowanym. Pojazdy uszkodzone winny być zabezpieczone w sposób niezagrażający środowisku, a jednocześnie tak, by ich stan nie ulegał znacznemu pogorszeniu poprzez parkowanie. Parking winien posiadać odpowiednią liczbę miejsc, która pozwoli na swobodne przechowywanie powierzonej liczby pojazdów (przy zapewnieniu swobodnego dostępu do każdego pojazdu).
W zakres usługi przechowywania na parkingu strzeżonym wchodzi, w szczególności:
a)wykonanie dokumentacji fotograficznej po przyjęciu pojazdu na parking,
b)przechowywanie pojazdu na parkingu,
c)umożliwienie osobom upoważnionym, w szczególności przedstawicielom Zamawiającego, do dokonywania oględzin przechowywanego pojazdu na terenie parkingu,
d)umożliwienie osobom upoważnionym, w szczególności przedstawicielom Zamawiającego, kontroli pracy wykonawcy na każdym jej etapie, w tym warunków przechowywania pojazdów,
e)wydanie lub przekazanie pojazdu.
Przechowywanie pojazdu będzie odbywać się do czasu:
a)zgłoszenia się właściciela (lub innej osoby uprawnionej) z zezwoleniem na odbiór pojazdu wydanym przez organ uprawniony (jeśli jest wymagane przepisami) oraz dowodem wniesienia opłat (jeśli jest wymagane przepisami);
b)wydania zlecenia przez Zamawiającego o przemieszczeniu pojazdu na inny parking lub o innym sposobie zadysponowania pojazdem.
*Pojazdy usunięte w trybie **art. 50a Prd** będą przechowane **w ramach wynagrodzenia** na parkingu Wykonawcy **przez 8 miesięcy począwszy od dnia usunięcia pojazdu**. Zamawiający może przekazać pojazd Wykonawcy:*
a)do demontażu (bez pobierania opłat, o których mowa w art. 23 uor),
lub
b)zagospodarować pojazd w inny sposób (do 30% pojazdów przejętych na własność w trybie art. 50a Prd w skali całej umowy).
*Pojazdy usunięte w trybie **art. 130a Prd** będą przechowane odpłatnie na parkingu Wykonawcy począwszy od dnia usunięcia pojazdu. Zamawiający może przekazać pojazd Wykonawcy:*
a)do demontażu (bez pobierania opłat, o których mowa w art. 23 uor),
lub
b)zagospodarować pojazd w inny sposób (do 100% pojazdów przejętych na własność w trybie art. 130a Prd w skali całej umowy).

We wzorze formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ zamawiający wskazał m. in.:
Opis do wyceny:
***CU** – cena jednostkowa za usunięcie pojazdu o DMC do 3,5t z drogi (w tym załadunek i rozładunek) w trybie art. 130a i art. 50a Prd (każdy rodzaj pojazdu)*
***CP** – cena jednostkowa za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu usuniętego w trybie art. 130a Prd (przez okres 3 miesięcy)*
***CPR** – cena jednostkowa za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazd usuniętego w trybie art. 130a Prd (od dnia następnego po upływie 3 miesięcy przechowywania pojazdu) i za każdą rozpoczętą dobę przechowywania pojazdu usuniętego w trybie art. 50a Prd (od dnia następnego po upływie 8 miesięcy przechowywania pojazdu)*
W kolumnie CU, CP, CPR, jest podana waga służąca do obliczenia ceny. W wierszach pn. „Cena jednostkowa za daną kategorię pojazdów" należy podać cenę w złotych / brutto. Cena jednostkowa CU i CP nie może być równa lub wyższa niż kwota podana w Uchwale Nr LXX/2302/2022 Rady m.st. Warszawy z 8 września 2022 r., stanowiącej załącznik nr ……. do SWZ, a cena jednostkowa CPR nie może przekroczyć 20% CP. Cena brutto podana w formularzu winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zyski.
W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty celne, ubezpieczenia, opłaty transportowe itp. Podana cena jest obowiązująca w całym okresie ważności oferty.

Zgodnie z treścią §1 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy:
4. Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:
(…)
3) dysponowania parkingami do przechowywania pojazdów, które:
a) zlokalizowane są w granicach m.st. Warszawy, w obszarze obsługiwanym komunikacją miejską w odległości nie większej niż 1500 metrów od przystanku / stacji metra/ dworca kolejowego itp.),
b) zapewniają swobodne przechowywanie i manewrowanie pojazdem nienormatywnym i/lub powyżej 16 ton DMC (co najmniej jeden parking),
c) pozwalają na jednoczesne przechowywanie:
- *min. 80 szt. pojazdów samochodowych usuwanych i przechowywanych poniżej 3 miesięcy oraz min. 900 szt. pojazdów samochodowych przechowywanych powyżej 3 miesięcy (w zakresie części I),*
- *min. 20 szt. pojazdów samochodowych usuwanych i przechowywanych poniżej 3 miesięcy oraz min. 500 szt. pojazdów samochodowych przechowywanych powyżej 3 miesięcy (w zakresie części II),*

d) są chronione (ochrona fizyczna) i monitorowane 24h,
e) są zamykane w sposób uniemożliwiający wjazd i wyjazd (np. szlaban) bez zezwolenia ochrony,
f) posiadają ogólnodostępną toaletę,
g) są ogrodzone, oświetlone i oznakowane: numerem posesji, nazwą firmy i informacją, że jest to parking depozytowy m.st. Warszawy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 538 k.c. – *Jeżeli w miejscu i czasie zawarcia umowy sprzedaży obowiązuje zarządzenie, według którego za rzeczy danego rodzaju lub gatunku nie może być zapłacona cena wyższa od ceny określonej (cena maksymalna), kupujący nie jest obowiązany do zapłaty ceny wyższej, a sprzedawca, który otrzymał cenę wyższą, obowiązany jest zwrócić kupującemu pobraną różnicę*.;
- art. 8 ust. 1 Pzp – *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*.;
- art. 16 pkt 1 i 3 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
(…)
3) proporcjonalny.;
- art. 99 ust. 1 i 4 Pzp – *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
(…)
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.;
- art. 134 ust 1 pkt 17 Pzp – *SWZ zawiera co najmniej sposób obliczenia ceny*;
- art. 66 k.c. – *§ 1. Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.*
§ 2. Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.;
- art. 487 k.c. – *§ 1. Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych podlegają przepisom działów poprzedzających niniejszego tytułu, o ile przepisy działu niniejszego nie stanowią inaczej.*
§ 2. Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.;
- art. 433 pkt 4) Pzp – *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron*.;
- art. 353^1 k.c. – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty Izba przyjęła kolejność określoną w odwołaniu. Tym samym w pierwszej kolejności skład orzekający skupił się na zarzucie podniesionym w pkt II.1 *petitum* odwołania. Punktem wyjścia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu było ustalenie tożsamości usług związanych z przechowywaniem pojazdu w okresie do trzech miesięcy i ponad trzy miesiące. Odwołujący swoją argumentację w zakresie przedmiotowego zarzutu w znacznym zakresie budował na założeniu wskazującym, że świadczenie przez wykonawcę usług związanych z przechowywaniem pojazdu w okresie do trzech miesięcy i ponad trzy miesiące niczym się nie różni, natomiast zamawiający podkreślał różnice pomiędzy przechowywaniem pojazdów w tych dwóch okresach. Skład orzekający w przedmiotowym aspekcie przyznał rację zamawiającemu i uznał, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy świadczenie usługi przechowywania pojazdów do trzech miesięcy różni się od usługi przechowywania pojazdów po upływie tego terminu. Jak słusznie argumentował zamawiający pojazdy najczęściej są odbierane w okresie pierwszych kilku dni po ich przewiezieniu na parking wykonawcy. Tym samym wykonawcy są zobowiązani do świadczenia usług związanych z rotacją pojazdów na parkingach. W okresie pierwszych trzech miesięcy świadczenie usług objętych umową wymaga więc dodatkowej pracy pracowników parkingów. W odniesieniu do okresu przechowywania do trzech miesięcy za każdym razem w momencie przyjęcia pojazdu na parking należy wprowadzić jego dane do ewidencji (aby móc na bieżąco monitorować na którym

parkingu stoi pojazd i ile pojazdów na konkretnym parkingu znajduje się w danym dniu), a przy odbiorze pojazdu należy zweryfikować dokumenty dostarczone przez właściciela pojazdu, wydać pojazd zgodnie
z przepisami prawa i umowy, wprowadzić dane odbierającego do ewidencji, a także odnieść się pisemnie do ewentualnych uwag odbierającego, co do ewentualnych szkód będących następstwem holowania pojazdu itp. Po upływie trzech miesięcy usługa obejmuje pojazdy, przy których nie ma dodatkowej pracy oprócz bieżącej kontroli stanu magazynowego
i wizualnego. Pojazdy te stanowią dla wykonawcy stały i pewny dochód – miejsca są zajęte przez wszystkie dni miesiąca, niezależnie od bieżącej liczby nowych zleceń holowania pojazdów. Tym samym Izba uznała, że zastosowany przez zamawiającego podział miał swoje uzasadnienie w realiach przedmiotowej sprawy.
W dalszej kolejności skład orzekający doszedł do przekonania, że również pozostała część stanowiska zamawiającego była trafna. Zamawiający w swoim stanowisku wyjaśnił genezę przyjętego założenia tj. wskazał dlaczego przyjął, że cena usługi przechowywania pojazdów po upływie trzech miesięcy nie może przekraczać 20% ceny za usługę przechowywania przez okres trzech miesięcy oraz przestawiał wyliczenia na jego poparcie, które zostały dokonane według cen obowiązujących w ramach obecnie realizowanej umowy. W związku
z tym zamawiający słusznie wyjaśnił, że poziom 20% stosunku ceny za przechowywanie pojazdów przez okres pierwszych trzech miesięcy i powyżej trzech miesięcy został określony na bazie poprzednich zamówień z lat 2015 i 2018, które dotyczyły tylko przewiezienia
i przechowywania pojazdów usuniętych trzy miesiące wcześniej. Wykonawcy we wcześniejszych postępowaniach złożyli oferty na odpowiednio 3,92 zł za dobę i 5,50 zł za dobę za takie pojazdy (o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t) co stanowiło odpowiednio średnio 14% (2015) i 16% (2018) stawki pierwotnej za przechowywanie pojazdów.
W obecnie obowiązującej umowie (w której wykonawcą jest odwołujący) – stosunek jest identyczny jak w postępowaniu tj. 20% stosunek ceny za 1 dobę do trzech miesięcy
i powyżej trzech miesięcy. Daje to kwotę 8 zł za każdą dobę przechowywania pojazdu po okresie trzech miesięcy, przy podstawowej stawce 40 zł za dobę w okresie pierwszych trzech miesięcy. Uzasadniając dlaczego granicznym momentem jest okres trzech miesięcy zamawiający wskazał, że jest to okres po jakim starosta (a więc zamawiający działający
w imieniu prezydenta m.st. Warszawy) jest uprawniony do wystąpienia do sądu o orzeczenie przepadku pojazdu jeśli nie został on odebrany z parkingu przez jego właściciela.
Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że utrzymując obecny koszt za przechowywanie
w kwocie 8,00 zł miesięcznie za takie pojazdy, wykonawca otrzymuje wynagrodzenie
w wysokości 240,00 zł miesięcznie dla pojazdów przechowywanych powyżej trzech miesięcy, natomiast wynagrodzenie za pojazdów przechowywany do trzech miesięcy wynosi 1 200,00 zł. W odwołaniu zostało zawarte stwierdzenie, że koszty realizacji CP i CPR, a tym samym ich wartość jest taka sama, co skutkuje nierównością tożsamych usług, co sugerowało, że odwołujący uważał, że powinien uzyskać wynagrodzenie za przechowanie pojazdów na tym samym poziomie przez cały okres świadczenia usługi. Mając powyższe na uwadze, zamawiający przedstawił wyliczenia kosztów jakie ponosi za przechowywanie pojazdu przez okres jednego roku (a więc średniego okresu czasu trwania postępowania
o orzeczenie przepadku pojazdu), przy zastosowaniu obecnego modelu wynagrodzenia oraz modelu wynagrodzenia zakładającego zrównanie obu stawek. W tym kontekście zamawiający słusznie zwrócił uwagę, że stawka 1 200,00 zł za przechowywanie pojazdu przez okres 1 miesiąca byłaby znacząco zawyżoną stawką tego typu usług w stosunku do cen rynkowych. Mianowicie, koszt wynajęcia parkingu na terenie Warszawy kształtuje się na poziomie 200-500 zł, co potwierdziły przykładowe cenniki parkingowe załączone do odpowiedzi na odwołanie.
Mając na powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w ustaleniu limitu procentowego ceny za usługę przechowywania pojazdów powyżej trzech miesięcy (CPR)
w stosunku do ceny usługi za przechowywanie pojazdów do trzech miesięcy (CP). Po pierwsze stwierdzić należy, że sam fakt ustalenia przez zamawiającego wartości procentowych poszczególnych rodzajów wynagrodzenia, nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Zauważenia wymaga, że swobodę wykonawcy w ustalaniu ceny oferty należy rozpatrywać z uwzględnieniem specyfiki zamówień publicznych, przy których udzielaniu podmioty zamawiające zostały ustawowo wyposażone w określone uprawnienia i obowiązki. Zgodnie z art. 134 ust 1 pkt 17 Pzp zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w SWZ sposób obliczenia ceny, co oznacza, że jest on władny określić wytyczne w tym zakresie. Oczywistym jest, że nie może się to odbywać na zasadzie dowolności i bez poszanowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a narzucony przez zamawiającego sposób obliczenia ceny musi znajdować uzasadnienie w charakterze przedmiotu zamówienia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający – w ocenie składu orzekającego – wykazał, że kwestionowany przez odwołującego podział cen znajdował uzasadnienie w charakterze przedmiotu zamówienia. Po drugie skład orzekający uznał, że odwołujący nie wykazał, aby dokonany przez zamawiającego podział został ustalony nieprawidłowo, tj. w oderwaniu od faktycznej relacji kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jedyny dowód złożony przez odwołującego obejmował umowę dzierżawy, zawartą pomiędzy nim, a zamawiającym w dniu 8 lutego 2021 r. Dowód ten nie potwierdził zasadności stanowiska odwołującego, ponieważ odwołujący nie powiązał go z istotą zarzutu. Odwołujący wyjaśnił, że złożył ten dokument na okoliczność wskazania okresów na jakie zamawiający zawiera umowy o podobnym zakresie oraz kosztów z nimi związanych. Izba uznała, że to wyjaśnienie było mało precyzyjne przez co należało ocenić złożony przez odwołującego dowód jako nieprzydatny na potrzeby rozstrzygnięcia.
W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 538 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw.
z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 134 ust 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 66 k.c. w zw. art. 487 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.
W odniesieniu do dwóch ostatnich zarzutów, wskazanych w pkt II.2 i II.3 *petitum* odwołania, Izba uznała, że argumentacja odwołującego w kontekście tych zarzutów okazała się całkowicie chybiona, ponieważ projektowane postanowienia umowy w ogóle nie przewidywały możliwości ograniczenia zakresu zamówienia. Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp niedozwolone jest wprowadzenie do umowy postanowień związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron, a zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia
w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron. Odwołujący nie przywołał żadnego postanowienia wzoru umowy, które przewidywałoby możliwość ograniczenia zakresu zamówienia. Co istotne zamawiający nie był w stanie określić minimalnej liczby pojazdów tj.

minimalnego zakresu zamówienia, gdyż jest to od niego niezależne. Liczba wydanych dyspozycji (które wydają jednostki niezależne od zamawiającego – Policja, Straż Miejska, Inspekcja Transportu Drogowego itp.) i liczba usuwanych pojazdów jest przede wszystkim zależna od działań właścicieli i kierujących pojazdami oraz cechuje się znacznymi wahaniami (zarówno w ciągu doby, jak i tygodni czy miesięcy oraz może być czasowo zwiększona lub zmniejszona ze względu na np. czasowe zmiany w organizacji ruchu lub też działania władz państwowych związanych z bezpieczeństwem państwa). Zamawiający wskazał liczbę zleceń w 2022 roku, a w odpowiedziach na pytania zadanych w toku postępowania również dane dotyczące okresu 2020-2021 (wraz ze wskazaniem liczby pojazdów usuniętych i tzw. „odstąpień od usunięcia"), aby potencjalni wykonawcy mogli oszacować ofertę bazując na doświadczeniach z poprzednich lat.
Poza tym Izba stwierdziła, że zarzut trzeci wynikał z pominięcia przez odwołującego istotny sformułowania „przejętych na własność" w kontekście odebrania 100% pojazdów, co do których został orzeczony przepadek na rzecz zamawiającego. Jak słusznie argumentował zamawiający co do zasady pojazdy będą przewożone na parking zamawiającego (a więc odbierane od wykonawcy) dopiero po otrzymaniu prawomocnego orzeczenia przepadku. Jak to zostało wskazane powyżej, starosta może wystąpić o orzeczenie przepadku po okresie trzech miesięcy, jednak w praktyce orzeczenie przeniesienia własności na rzecz m.st. Warszawy następuje średnio po roku. Mogą przy tym zdarzyć się przypadki, w których dany pojazd będzie zabierany wcześniej, jednak nie jest to regułą, a tym samym zarzut był nieuzasadniony. Wykonawca bowiem otrzyma wynagrodzenie za przetrzymywany pojazd przez cały okres jednego roku, tak jak ma to miejsce w trakcie trwania obecnie obowiązującej umowy.
Ponadto zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia szacunkowe ilości sztuk pojazdów przeznaczonych do usunięcia oraz przeznaczonych do przewożenia w podziale na obie części zamówienia, co oznaczało, że profesjonalny wykonawca powinien umieć oszacować i wycenić ryzyko związane ze zmianami w ilości odholowanych pojazdów, co nie powinno stanowić problemu zwłaszcza dla odwołującego, który od wielu lat świadczy na rzecz zamawiającego usługi z zakresu objętego postępowaniem. Trudno także było zakładać drastyczny spadek liczby pojazdów podlegających odholowaniu, a w konsekwencji przechowywaniu na parkingach w okresie obowiązywania umowy lub wykorzystanie przez zamawiającego innych parkingów, poza umową zawartą z wykonawcą wyłonionym
w postępowaniu szczególnie, że odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że takie ryzyka realnie istnieją.
Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 433 pkt 4) Pzp w zw. z w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. oraz art. 433 pkt 4) Pzp w zw. w zw.
z w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353^1 k.c.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet przedmiotowego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:……