

WYROK
z dnia 4 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2021 r. przez Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Miechowity 6A, 31-475 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Kraków, Zarząd Dróg Miasta Krakowa**, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków

przy udziale

Wykonawcy **Centrum Motoryzacyjne Saska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Rzebika 6, 30-725 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i:
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 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:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Miasta Krakowa na *świadczenie usług parkowania pojazdów usuniętych zgodnie z art. 130 a i 50 a ustawy Prawo o ruchu drogowym* (nr postępowania: 3/XI/2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 13 listopada 2020 r., 2020/S 222-545347, wobec czynności rozstrzygnięcia postępowania w sytuacji, w której postępowanie powinno podlegać unieważnieniu, wniesione zostało w dniu 5 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 380/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) rozstrzygnięcie postępowania (dokonania wyboru oferty wykonawcy – Centrum Motoryzacyjne SASKA Sp. z o.o.) w sytuacji, w której postępowanie powinno podlegać unieważnieniu zgodnie z ustawą;
- 2) zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada polega w szczególności:
 - a) rozstrzygnięciu postępowania w sytuacji braku możliwości zweryfikowania ofert wykonawców zgodnie z wymaganiami ustawy w zakresie zbadania wystąpienia rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 Pzp,
 - b) przyjęciu, że wartość zamówienia jest tożsama z kwotą, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia oraz z całkowitą ceną oferty (tj. wynagrodzeniem wykonawcy, jakie otrzymał on od Zamawiającego) – pojęcia te według Zamawiającego są tożsame, pomimo że nie wynika to z ustawy ani z siwz i według Zamawiającego stanowią kwotę wynagrodzenia wykonawcy,
 - c) brak jest możliwości ustalenia ceny całkowitej oferty (tj. kwoty wynagrodzenia danego wykonawcy) w postępowaniu;
- 3) Prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zasad przejrzystości oraz możliwości zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie unieważnienia postępowania.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 26.01.2021 r.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Odwołującego w postępowaniu wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co wynikać ma z okoliczności związanych z oceną ofert w oparciu o ustalone kryteria. W postępowaniu miało dojść do rozstrzygnięcia przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawowych wymogów i standardów. Okazało się bowiem, iż wybór wykonawcy nastąpił w oparciu o kryteria w istocie nieweryfikowalne, w warunkach niedających się naprawić wad postępowania. Zawarta w tych warunkach umowa podlegałaby unieważnieniu w myśl art. 146 ust. 6 Pzp.

Zamawiający przyjął, że wartość szacunkowa zamówienia jest tożsama z całkowitą ceną oferty, jak też kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, co spowodowało brak możliwości wpisania do umowy kwoty wynagrodzenia wykonawcy, której nie można w ogóle ustalić.

Odwołujący wskazał na różnice w opisie kryterium „Cena” w siwz i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdzie użyto opisu „cena brutto” (siwz) oraz „cena jednostkowa brutto za parkowanie pojazdu usuniętego o dopuszczalnej masie całkowitej do 3500 kg (...)” - informacja.

Zamawiający dokonał wyboru przy uwzględnieniu kryterium, którego nie wskazano w treści siwz, a co więcej – przy uwzględnieniu kryterium, które powoduje, że brak jest możliwości jego zbadania w kontekście wystąpienia rażąco niskiej ceny. Brak jest bowiem elementu porównawczego (brak podania w formularzu ceny całkowitej oferty), który musi wystąpić, aby takiego badania oferty dokonać. Zamawiający w odpowiedziach z 8.12.2020r. z jednej strony potwierdził, że nie jest możliwe przeliczenie tej ceny, a z drugiej strony podał ilość pojazdów (450), w oparciu o którą można byłoby dokonać takiego przeliczenia. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający potwierdził, że ukształtował postępowanie w taki sposób, w którym nie było możliwe zbadanie oferty w sposób zgodny z ustawą, w szczególności w zakresie rażąco niskiej ceny – brak bowiem możliwości porównania zaoferowanej ceny jednostkowej oferty z szacunkową wartością zamówienia powiększoną o należny podatek VAT. Koniecznym dla takiego badania jest bowiem wskazanie ceny całkowitej oferty, dla porównania z ceną innej oferty oraz wartością zamówienia.

Znajomość samych cen jednostkowych podanych w ofertach jest niewystarczająca dla przeprowadzenia badania ceny rażąco niskiej. Zamawiający musiałby bowiem znać rynkową wartość usługi, którą punktuje w kryterium oceny ofert, celem ustalenia czy przyjęte wartości są realne.

Zamawiający w odpowiedzi z 19.01.2021 r. przyznał, iż nie dysponuje wiedzą, jaka jest wartość rynkowa usługi punktowanej w kryterium (pismo NZ.271.229.2020).

W konsekwencji powyższego postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zawarcie umowy nastąpiłoby bowiem w oparciu o ofertę nieweryfikowalną (niezweryfikowaną zgodnie z ustawą), a do tego wybraną niezgodnie z prawem.

Zgodnie z postanowieniami umowy wykonawca ma otrzymać kwotę nie przekraczającą wartości (pozostawiona do wpisania), którą Zamawiający uzyska z przeliczenia cen jednostkowych dotyczących pojazdów oraz ich ilości. Ponieważ Zamawiający podał wymaganą minimalną ilość miejsc parkingowych (450) Odwołujący przypuszczał, że Zamawiający dokona stosownego przerachowania.

Zamawiający dokonała oszacowania wartości zamówienia, co utożsamia z kwotą jaką przeznacza na zamawianą usługę, którą odnosił również do kwoty wynagrodzenia umownego (odpowiedź z 19.01.2021 r.). Jednocześnie podane w protokole kwoty różnią się od siebie i nie można ustalić, która z nich jest prawidłowa. Kwota wynagrodzenia umownego jest tożsama z kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia, tj. 2 210 764,00 zł brutto (informacja z otwarcia ofert z 16.12.2020r.), natomiast wskazana kwota wynagrodzenia tożsama z wartością zamówienia wynosi 2 696 053,65 zł netto (pkt 2.4 protokołu ZP-PN). Na tej podstawie nie jest możliwe ustalenie wynagrodzenia wykonawcy.

Również we wzorze umowy postanowienia dotyczące kar umownych odsyłają do wynagrodzenia łącznego – łącznej wartości oferty i nie jest możliwe wpisanie wartości, którą Zamawiający odczytał podczas otwarcia ofert, skoro nie wynika to z postanowień § 6.

Na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe naprawienie uchybień Zamawiającego. Brak jasnych reguł – adekwatnego ustalenia kryterium oceny ofert, wypacza zasadę zachowania uczciwej konkurencji, bowiem w istocie najkorzystniejszą mogła być ta oferta, w której zastosowano rażąco niskie ceny, a nawet dumpingowe. Naruszona została zasada proporcjonalności odnoszona do obowiązku takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, aby były one uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności ofert lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Zamawiający w piśmie z 3 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający streścił postanowienia siwz dotyczące przedmiotu zamówienia oraz przyjętych kryteriów oceny ofert, które uwzględniają specyfikę świadczenia, którego nie można w żaden sposób ograniczyć ilością pojazdów, jakie będą przechowywane w czasie obowiązywania umowy. Ilość pojazdów uzależniona będzie od dyspozycji usunięcia pojazdów na parking strzeżony wydawanej co do zasady przez Straż Miejską oraz Policję, jak również okresem przechowywania pojazdów do czasu ich odebrania. Na kwotę przechowywania wpływ ma również podstawa na jakiej pojazd zostaje odholowany oraz tonaż. Wykonawca wystawiać będzie faktury miesięczne w oparciu o ilość pojazdów, czas ich przechowywania wraz z rozróżnieniem na stawki.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na okres 24 miesięcy w kwocie 2 210 764,00 zł brutto. Do wyliczenia tej wartości Zamawiający przyjął średnią miesięczną kwotę wyliczoną za ostatnie 19 miesięcy (od stycznia 2019 r. do lipca 2020 r.) – w wysokości 83 741,01 zł brutto, stanowiącą podstawę do wyliczenia wartości dla okresu 24 miesięcy. Zamawiający założył konieczność zwiększenia środków o 10% w trakcie realizacji zamówienia względem danych za okres poprzedni. Zamawiający nie ma wiedzy jaka będzie ostatecznie ilość pojazdów przechowywanych oraz jaka będzie cena przechowywania pojazdu o DMC do 3,5 t. W protokole postępowania (druk ZP-PN) Zamawiający podał kwotę 2 210 764,00 zł., jako kwotę wartości szacunkowej zamówienia podstawowego – która faktycznie jest wartością brutto i wynika z dokumentacji postępowania. Jest to oczywisty błąd Zamawiającego (oczywista omyłka pisarska), ponieważ w treści wniosku o wszczęcie postępowania z 15.10.2020 r., pkt 7, dane są prawidłowe. Błąd ten nie miał żadnego wpływu na prawidłowy przebieg postępowania i nie może prowadzić do stwierdzenia wady powodującej nieważność postępowania.

Zamawiający zarezerwował środki na udzielenie zamówienia o podobnym charakterze w wysokości nie przekraczającej 50% wartości szacunkowej zamówienia podstawowego, tj. 1 105 382,00 zł brutto. Zamawiający może (ale nie musi) udzielić zamówienia o podobnym charakterze – dlatego wartość całkowita zamówienia jest sumą wartości szacunkowej, wartości przewidywanych zamówień o podobnym charakterze i wynosi 3 316 146,00 zł brutto (2.696 053,65 zł netto).

Zamawiający ustalił dwa kryteria, w tym kryterium „cena brutto”, dla którego w siwz opisał sposób obliczenia ceny ofertowej – „całkowita cena jednostkowa brutto za parkowanie pojazdu usuniętego o dopuszczalnej masie całkowitej do 3500 kg w złotych polskich (PLN), wraz z podaniem stawki podatku VAT, zgodnie z Cennikiem parkowania pojazdów (załącznik nr 5 do siwz) przy założeniu, że cena ta nie może być równa lub wyższa, niż kwota podana w Uchwale nr XXXII/828/19 Rady Miasta Krakowa z dnia 8 grudnia 2019 r. w sprawie ustalenia wysokości opłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu oraz wysokości kosztów powstałych

w przypadku odstąpienia od usunięcia pojazdu oraz Uchwałę nr XLVII/1272/20 Rady Miasta Krakowa z dnia 14.10.2020 r. w sprawie ustalenia wysokości opłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu oraz wysokości kosztów powstałych w przypadku odstąpienia od usunięcia pojazdu". Wykonawcy w formularzu oferty wskazywali tylko jedną cenę i kwota ta brana była pod uwagę w badaniu i ocenie ofert.

W odpowiedzi z 8.12.2020 r. na pytanie nr 10 Zamawiający wskazał, iż rozliczenie wykonawcy dokonywane będzie na podstawie cen jednostkowych, co wynika wprost z § 4 ust. 2 IPU: „2. Usługi świadczone przez Wykonawcę rozliczane będą w oparciu o ceny jednostkowe brutto wyspecyfikowane w ofercie Wykonawcy – załącznik nr 3 do umowy (Tabela „Cennik parkowania pojazdów”).

Zatem zarzut, jakoby z treści siwz kryteria oceny ofert nie odnosiły się do ceny jednostkowej brutto nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Odwołujący wskazywał, iż przy tak określonych kryteriach oceny ofert nie było możliwe zbadanie ofert pod kątem „rażąco niskiej ceny”, co zdaniem Zamawiającego nie jest prawdziwe i przeczą temu fakty, gdyż Zamawiający badał ceny w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen złożonych w ofertach. Zamawiający nie stwierdził, aby zaistniała przesłanka z art. 90 ust. 1 pkt 1a Ustawy obligująca do badania rażąco niskiej ceny.

Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia wykonawcy mają mniejszą możliwość kształtowania ceny za usuwanie i przechowywanie pojazdów, gdyż nie może ona przekraczać kwot opłat przyjętych w uchwałach Rady Miasta Krakowa (Uchwała nr XXXII/828/19 oraz Uchwała nr XLVIII/1272/20). Ma to na celu uniknięcie sytuacji, w której koszty jakie poniesie Gmina Miejska Kraków – wynikające z umów zawartych z wykonawcami wyłonionymi na prowadzenie parkingu, byłby w rzeczywistości wyższe niż te, które prawo miejscowe zezwala na późniejsze obciążenie właścicieli i użytkowników usuniętych pojazdów.

Zamawiający sprzeciwił się twierdzeniu Odwołującego, jakoby brak był możliwości ustalenia całkowitej ceny oferty, jak również aby Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 przyznał, iż nie dysponuje wiedzą, jaka jest wartość rynkowa usługi. Odpowiedź dotyczyła sposobu ustalenia wartości szacunkowej, co nastąpiło w oparciu o koszty realizacji usługi za poprzednie dwa lata trwania umowy (umowy zawartej z Odwołującym). W poprzednim postępowaniu, jak i przetargu w 2016 r. kryteria oceny oferty były takie same, co nie spotkało się z obiekcjami Odwołującego, który od 2016 r. świadczy na rzecz Zamawiającego usługi związane z prowadzeniem parkingu strzeżonego.

Określone w IPU wynagrodzenie należne wykonawcy uzależnione jest od ilości pojazdów za określoną liczbę dni, jak również ilości dyspozycji usunięcia pojazdów. Teoretycznie możliwe

jest zatem, iż wynagrodzenie jakie zostanie ostatecznie zapłacone będzie mniejsze od kwoty określonej w § 4 ust. 1 IPU.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Centrum Motoryzacyjne Saska Sp. z o.o. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do zarzutów i twierdzeń Odwoływającego. Oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert, w których zaoferował cenę za przechowywanie pojazdu o dopuszczalnej masie całkowitej do 3500 kg w wysokości 17,98 zł. brutto oraz 500 i więcej miejsc parkingowych. Oferty obu wykonawców różniły się ceną, gdzie Odwoływający zaoferował stawkę 28 zł brutto. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający porównywał ceny jednostkowe, które stanowiły kryterium oceny ofert zgodnie z częścią IX siwz. Wykonawca przedstawił szacunki, jakie przyjął do wyceny kosztów na podstawie średniej ilości pojazdów przechowywanych na parkingu w okresie ostatnich trzech lat (lata 2017 - 2020), wskazujące na ilość 450 pojazdów przechowywanych dziennie na parkingu. Zdaniem wykonawcy Odwoływający kwestionuje postanowienia siwz, co jest działaniem spóźnionym, a wykonawca na właściwym etapie nie zadawał pytań i nie zgłaszał zastrzeżeń do ustalonych w przetargu kryteriów oceny ofert. Sposób szacowania wartości zamówienia nie może prowadzić do jego unieważnienia w okolicznościach wskazanych w odwołaniu. Takiej podstawy nie stanowią również zasady ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, które ustalane będzie oddzielnie za każdy pojazd za każdą rozpoczętą dobę parkowania, iloczyn dób i ceny jednostkowej. W przypadku wyczerpania kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, okres obowiązywania umowy ulegnie skróceniu.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 nowej Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwoływającego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego

szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Odwołujący w zarzutach wskazywał na ziszczenie się przesłanki do unieważnienia postępowania, której podstawa miała tkwić w wadzie postępowania, czyniącej niemożliwym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Ustawy. Potwierdzenie się tych zarzutów oznaczałoby, iż nie jest możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która na podstawie przepisów Ustawy podlegałaby unieważnieniu (art. 146 Ustawy). W konsekwencji powyższego, w interesie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest, aby do rozstrzygnięcia przetargu doszło w ramach ważnej procedury przetargowej. Gdyby nawet niniejsze odwołanie miało doprowadzić do unieważnienia postępowania Odwołujący ma interes w tym, aby żądać zweryfikowania prawidłowości czynności Zamawiającego, w wyniku których doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Składając ważną ofertę (drugą ze złożonych w przetargu), Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie pozbawiały go szansy na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnej procedury przetargowej.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów związanych z badaniem i oceną złożonych oferty.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie w okresie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy usługi parkowania pojazdów usuniętych zgodnie z art. 130a i 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym. Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług, nieprzekraczających 50% wartości zamówienia podstawowego (art. 67 ust. 1 pkt 6 Ustawy).

We wniosku o wszczęcie postępowania z 15.10.2020 r. Zamawiający określił całkowitą wartość szacunkową przedmiotu zamówienia: netto 2 696 053,65 zł, brutto 3 316 146,00 zł, w tym: wartość szacunkową zamówienia podstawowego: 1 797 369,10 zł netto, 2 210 764,00 zł brutto oraz wartość zamówienia o podobnym charakterze: 898 684,55 zł netto, 1 105 382,00 zł brutto. Zamawiający dokonał szacunkowej wyceny na podstawie faktur z 2019 oraz 2020 r. (do lipca), z których wyliczył średnią miesięczną kwotę – 83 741,07 zł stanowiącą podstawę do wyliczenia wartości dla okresu 24 miesięcy zwiększoną następnie o 10%, co stanowi szacunkową wartość zamówienia i wynosi 2 210 764,00 zł.

W protokole postępowania druk ZP-PN, Zamawiający wskazał, jako wartość *zamówienia* 2 696 053,65 zł, co stanowi równowartość 631 497,82 euro, w tym wartość przewidzianych

zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy, 898 684,55 zł, co stanowi równowartość 210 499,27 euro.

Zamawiający wymagał dysponowania minimalną ilością miejsc do parkowania – 450.

W części VIII siwz – opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wymagał podania w formularzu oferty – całkowitą cenę jednostkową brutto za parkowanie pojazdu usuniętego o dopuszczalnej masie całkowitej do 3500 kg, zgodnie z Cennikiem parkowania pojazdów (załącznik nr 5 do siwz) przy założeniu, że cena ta nie może być równa lub wyższa niż kwota podana w Uchwale nr XXXII/828/19 Rady Miasta Krakowa z dnia 18 grudnia 2019r. w sprawie ustalenia wysokości opłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu oraz wysokości kosztów powstałych w przypadku odstąpienia od usunięcia pojazdu oraz Uchwale nr XLVII/1272/20 Rady Miasta Krakowa z dnia 14.10.2020 r. w sprawie ustalenia wysokości opłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu oraz wysokości kosztów powstałych w przypadku odstąpienia od usunięcia pojazdu (załącznik nr 4 do siwz). Wykonawcy zobowiązani byli również zadeklarować łącznie ilość miejsc do parkowania wskazując jeden z przedziałów określony w siwz, tj. 450-475 miejsc; 476-499 miejsc; 500 i więcej.

Kryteriami oceny ofert była cena brutto (60%) oraz łączna ilość miejsc do parkowania (40%). Oferta z najniższą ceną uzyskać mogła 60 pkt, natomiast w drugim kryterium, w zależności od zadeklarowanego przedziału ilości miejsc, odpowiednio, o pkt, 20 pt i 40 pkt. Oferty zawierające łączną ilość miejsc do parkowania mniejszą niż 450 zostałyby odrzucone, jako nie spełniające wymagań siwz.

W formularzu oferty pozostawiono do wypełnienia przez wykonawców ceny jednostkowej zł. brutto za parkowanie pojazdu usuniętego o dopuszczalnej masie całkowitej do 3500 kg oraz zaznaczenia jednego z trzech przedziałów miejsc do parkowania (w tym minimum 2 miejsca dla przechowywania samochodów ciężarowych z przyczepą lub pojazdów członowych oraz autobusów).

W załączniku nr 5 do siwz w pozycji nr 3 tabeli pozostawione zostało do uzupełnienia miejsce – wycena wykonawcy *Opłata za parkowanie pojazdu usuniętego PLN brutto**.

W Istotnych Postanowieniach Umowy (IPU), w § 4 określono, iż *Strony ustalają, że za wykonywanie niniejszej umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie nie przekraczające kwoty: złotych brutto (słownie złotych).* Usługi świadczone przez Wykonawcę rozliczone będą w oparciu o ceny jednostkowe brutto wyspecyfikowane w ofercie Wykonawcy – załącznik nr 3 do umowy (Tabela „Cennik parkowania pojazdów”). Strony ustalają, iż stawka brutto za parkowanie pojazdu o dopuszczalnej masie całkowitej do 3500 kg to Złotych brutto (słownie złotych:) w tym 23 % VAT, za każdą rozpoczętą dobę parkowania. Stawki za przechowywanie pozostałych rodzajów pojazdów usuniętych w trybie

art. 130a Ustawy za każdą rozpoczętą dobę wynoszą odpowiednio: - określony przez Zamawiającego w tabeli „Cenniki parkowania pojazdów” wskaźnik stawki określonej w ust. 3 (za parkowanie pojazdu o DMC do 3500 kg). W ust. 16 Zamawiający przewidział limity finansowe na poszczególne lata (2020 – 2022), do których wypłacone zostanie wynagrodzenie wykonawcy.

W przetargu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Przystępujący deklarując ten sam przedział miejsc parkingowych: *500 i więcej* oraz ceny jednostkowe brutto za parkowanie pojazdu usuniętego o DMC do 3500 kg: 17,98 zł brutto (Przystępujący) i 28,00 zł (Odwołujący).

Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej w kryteriach oceny ofert.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż odwołanie w całości podlega oddaleniu.

Kwestią zasadniczą dla złożonego odwołania było ustalenie, czy wskazane błędy Zamawiającego dotyczące przede wszystkim podanej w dokumentacji postępowania wartości szacunkowej zamówienia mogły prowadzić do wady postępowania, która zdaniem Odwołującego uniemożliwiła dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazywał w tym zakresie na brak możliwości przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert, której elementem powinno być sprawdzenie, czy nie złożono cen rażąco niskich, do czego konieczne było ustalenie ceny brutto za całość zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie można było porównać ofert, w których wskazano jedynie stawkę jednostkową za dobę przechowywania pojazdu o DMC do 3500 kg, co nie stanowiło ceny całkowitej zamówienia. Z drugiej strony Zamawiający posługiwał się różnymi kwotami, tj. wartością szacunkową oraz kwotą środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, które były różne.

Przed wszystkim należy podkreślić, iż w odwołaniu nie postawiono zarzutów wobec oferty wybranej – złożonej przez Przystępującego, w szczególności Odwołujący nie kwestionował stawki stanowiącej ceną jednostkową brutto za parkowanie pojazdu o DMC do 3500 kg, jako rażąco niskiej. W odwołaniu nie było również zarzutu zaniechania przeprowadzenia postępowania sprawdzającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Ustawy. Tym samym Izba pominęła stanowisko Odwołującego, w którym przekonywał o potrzebie zweryfikowania oferty wybranej pod kątem zaoferowanej ceny jednostkowej. Obecnie, jak i wcześniej Odwołujący nie kwestionował również samych kryteriów oceny ofert opisanych w siwz. Z uwagi na okoliczności podniesione w podstawie zarzutu, Odwołujący wskazywał na zasadność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy wskazując na brak możliwości dokonania weryfikacji cen ofertowych brutto.

Zgodnie ze wskazaną podstawą prawną zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał na naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jako podstawy, która uprawniałaby do wystąpienia o unieważnienie umowy przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 146 ust. 6 Ustawy). Naruszającym przepisy ustawy miał być wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w warunkach, które według Odwołującego uniemożliwiały ustalenie wyniku postępowania. Taka przeszkoda miała tkwić w sposobie określenia wartości szacunkowej zamówienia, do której Zamawiający odnosił kwotę środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia oraz w braku możliwości ustalenia ceny brutto oferty za całość zamówienia, którą następnie można byłoby odnieść do rozeznania rynku w celu ustalenia, czy nie zaoferowano ceny rażąco niskiej.

Przed analizą zasadności wniosków Odwołującego Izba zauważa, iż przedmiot zamówienia determinował sposób określenia ceny oferty brutto, która wyrażona była w kwocie jednostkowej brutto za przechowywanie pojazdu o DMC do 3500 kg i stanowiła następnie podstawę, tak do ustalenia stawek dla przechowywania pozostałych pojazdów wskazanych w cenniku, jak i ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Bezpośredni wpływ na sposób ustalania ceny mają uchwały Rady Miasta Krakowa określające stawki stanowiące górną granicę kosztów, jakie mogą być udziałem wynagrodzenia podmiotów świadczących usługę na rzecz podmiotu publicznego. Ponadto, brak możliwości ustalenia z góry ilości i rodzajów pojazdów, zdarzeń powodujących ich zatrzymanie powodują, iż górną granicę wynagrodzenia wykonawcy stanowi kwota środków przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Ma to miejsce również w tym postępowaniu, gdzie Zamawiający określił pułapy środków w kolejnych latach świadczenia usługi, tj. 2020-2022.

Zamawiający od kilku lat prowadzi postępowania na przedmiotową usługę i jak wyjaśnił na rozprawie, od kilku lat tylko dwa te same podmioty konkurują na rynku składając oferty w przetargach publicznych. Nie jest niczym nowym, iż cenę oferty brutto stanowi cena jednostkowa za przechowanie pojazdu o DMC do 3500 kg. Tą stawką faktycznie wykonawcy konkurują i w obecnym postępowaniu to Przystępujący zaoferował niższą stawkę, co przesądziło o wyniku przetargu.

Odnosząc się zatem do przyczyn mających wpływać na ważność postępowania Izba uznała, iż żadna z okoliczności podniesionych przez Odwołującego nie uzasadniała wniosku o wystąpieniu przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Kwestia szacowania wartości zamówienia została w sposób dostateczny wyjaśniona przez Zamawiającego, który podane w protokole kwoty faktycznie utożsamiał z środkami przeznaczonymi na sfinansowanie zamówienia wyrażonymi w wartościach brutto. Zamawiający popełnił błąd wpisując w protokole te kwoty jako wartość szacunkową, która powinna być wyrażona w kwocie netto. Była to jedyna przyczyna rzekomej wady postępowania. Szacowanie wartości zamówienia może mieć skutek dla postępowania, ale w tylko w sytuacji, gdyby błędy popełnione przy szacowaniu miały skutek dla samej procedury, co np. może dotyczyć braku zamieszczenia ogłoszenia we właściwym publikatorze, przyjęciu terminów przewidzianych dla zamówień o wartości mniejszej w sytuacji, gdy prawidłowo wyliczona wartość zamówienia powoduje, że powinno być ono udzielone w procedurze unijnej.

W niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie wystąpiła, a Zamawiający w sposób rzetelny dokonał szacowania na podstawie danych historycznych. Zostało to szczegółowo udokumentowane ze wskazaniem faktur miesięcznych, wyznaczających poziom dotychczasowych kosztów świadczenia usługi. Omyłka popełniona przy określaniu w protokole postępowania wartości szacunkowej miała wyłącznie charakter techniczny i nie wpływała na samą wycenę, jak i na ocenę ofert.

Odwołujący wywodził skutki dla oceny ofert z braku możliwości ustalenia ceny całkowitej oferty, która w jego ocenie powinna być odnoszona do rzeczywistej wartości umowy, którą Zamawiający określił w IPU wartością maksymalną wynagrodzenia, czyli kwotą środków jaką przewidział na jego sfinansowanie. Miało to czynić niemożliwym faktyczną ocenę ofert, min. pod kątem rażąco niskiej ceny. Izba oddaliła również w tej części zarzut, gdyż Zamawiający przy ocenie ofert od początku i konsekwentnie posługiwał się kwotą jednostkową za przechowanie pojazdu o DMC do 3500 kg. Stanowiły one cenę oferty brutto podlegającą ocenie w kryterium „Cena”. Wnioski o potrzebie przeliczenia ceny ofert w oparciu o ilość pojazdów – 450 miesięcznie nie miały podstawy oraz uzasadnienia. Niezależnie bowiem od tego przeliczenia, w postępowaniu decydującą o pozycji oferty w rankingu była cena jednostkowa, na podstawie której miałyby dojść do przeliczenia ceny oferty brutto. W ocenie Izby takie przeliczenie nie było konieczne również z tej przyczyny, że od początku w siwz wskazano wyraźnie, iż podstawą oceny ofert będzie stawka za dobę przechowywania pojazdu o DMC do 3500 kg, a nie łączna wartość brutto umowy, która identyfikowana była kwotą środków, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Postanowienia IPU w tym zakresie były jasne i wskazują, że dla oceny ofert, jak również ustalenia należnego wynagrodzenia znaczenie ma deklarowana w ofercie stawka jednostkowa, co wynika z całości postanowień § 4 IPU. Zasady te znane są Odwołującemu z dotychczasowej współpracy, gdyż sam w ten sposób rozlicza świadczoną usługę

przedstawiając miesięczne faktury, które uwzględniają rzeczywistą ilość pojazdów i cenę za ich przechowywanie wyliczoną według zaoferowanej ceny jednostkowej – 28 zł. brutto.

Reasumując Izba nie dopatrzyła się wady postępowania prowadzonego w oparciu o jasne postanowienia tak co do przedmiotu ofert, jak i kryteriów oceny ofert, które nie były przez Odwołującego dotychczas kwestionowane. Nie przekonały argumenty Odwołującego co do potrzeby przeliczenia ceny oferty i ilości pojazdów w celu porównania ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Taki zabieg w żaden sposób nie zmieniłby wyniku oceny ofert, gdyż jedyną zmienną, na którą wpływ mieli wykonawcy była cena jednostkowa brutto za przechowywanie pojazdu o DMC do 3500 kg., którą wykonawcy konkurowali o przedmiotowe zamówienia. Przyjęty przez Zamawiającego mechanizm określenia wartości umowy przez limit środków przewidzianych na sfinansowanie zamówienia również nie świadczy o naruszenia zasad związanych z oceną ofert w kryteriach oceny.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 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. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: