

**WYROK**  
**z dnia 21 września 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 i 18 września 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2018 r. przez wykonawcę

**DLM Corporate Group Spółka akcyjna, ul. Czyżewska 7, 02-908 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Gminę Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**

przy udziale wykonawców

- A. **KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pl. na Groblach 21/D, 31-101 Kraków,**
  - B. **City Parking Group Spółka akcyjna, ul. Budowlanych 3, 86-300 Grudziądz**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża DLM Corporate Group Spółkę akcyjną i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez City Parking Group Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący: .....**

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

Zamawiający: Gmina Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „obsługę strefy płatnego parkowania we Wrocławiu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 247-519532. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący – DLM Corporate Group S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstaw do jej odrzucenia, w szczególności zaoferowania ceny rynkowej za wykonanie zamówienia, co dodatkowo stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty KBU Sp. z o. o. z naruszeniem ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił go o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez KBU Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że zaoferowana cena ma charakter ceny rażąco niskiej. Zamawiający wskazał, że pozyskał opinię biegłego, zgodnie z którą oferta Odwołującego jest „niewiarygodna, nie została bowiem oparta na rzetelnych i prawidłowo wykonanych kalkulacjach, co w konsekwencji doprowadziło do zaproponowania zbyt niskiej ceny za obsługę strefy płatnego parkowania, przy której Wykonawca nie osiągnąłby korzyści ekonomicznych. Zamówienie realizowane byłoby poniżej kosztów wytworzenia, co może grozić nienależytym jej wykonaniem”. Zamawiający nie wskazał jednak żadnych argumentów natury merytorycznej dla uzasadnienia takiej tezy, a jego stanowisko jest bezzasadne. Cena

ofertowa Odwołującego jest prawidłowo skalkulowana, a Odwołujący przewiduje osiągnięcie istotnego zysku z wykonania zamówienia.

Zgodnie z wytycznymi zawartymi w opisie sposobu obliczenia ceny (rozdział XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia) cena ofertowa brutto określona w formularzu oferty miała stanowić sumę następujących pozycji:

- wynagrodzenia netto za udostępnione urządzenia do poboru opłat parkingowych przez okres realizowania umowy;
- wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych w parkomatów bilonem i zbliżeniową kartą płatniczą (oraz opcjonalnie blik) przez okres realizowania umowy,
- wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych przy pomocy urządzeń mobilnych przez okres realizowania umowy,
- podatku VAT.

Wszystkie składniki wynagrodzenia wykonawcy miały być obliczone przy uwzględnieniu całego okresu realizacji umowy.

Jednocześnie Zamawiający określił termin realizacji umowy poprzez odniesienie się do okresu pobierania opłat za postój. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia termin zakończenia pobierania opłat za postój to moment wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, a okres ten nie będzie dłuższy niż 7 lat od daty rozpoczęcia pobierania opłat za postój (rozdział XVII ust. 3). Z kolei termin zakończenia umowy wynosi 2 tygodnie od dnia zakończenia pobierania opłat za postój. Analogicznie terminy te zostały określone w stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzorze umowy (§ 2 ust. 3 i ust. 5). Terminy zakończenia pobierania opłat za postój oraz zakończenia umowy zostały zatem powiązane z kwotami wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia. Wynagrodzenie ma być płatne miesięcznie. W każdym kolejnym miesiącu wynagrodzenie wykonawcy ma stanowić sumę dwóch kwot: 1) wynagrodzenia prowizyjnego z tytułu faktycznie uiszczonych opłat za postój (§ 4 ust. 2 umowy) oraz 2) wynagrodzenia z tytułu udostępnionych parkomatów (§ 4 ust. 3 umowy). Wynagrodzenie z tytułu udostępnionych urządzeń parkingowych zależy wyłącznie od liczby udostępnionych parkomatów. Zamawiający żądał, by miesięczne stawki tego wynagrodzenia zostały określone w tabeli 1., stanowiącej załącznik do oferty. Procentowy udział tej części wynagrodzenia w całkowitej cenie oferty jest jednak niewielki. W ofercie Odwołującego kwota ta stanowi zaledwie 4,7% całkowitej ceny oferty, natomiast większość wynagrodzenia (w przypadku oferty Odwołującego ponad 95%) to prowizja od faktycznie opłaconych godzin postoju.

Wynagrodzenie to, zgodnie z rozdziałem XV, jest obliczane w następujący sposób: dla każdej strefy (A, B, C) na koniec miesiąca ustalana jest całkowita suma kwot wpłaconych w tym miesiącu z tytułu opłat za postój w danej strefie (A, B, C) w danym miesiącu kalendarzowym. Kwota ta jest następnie dzielona przez stawkę opłaty należnej za pierwszą

godzinę postoju w danej strefie. W ten sposób ustalana jest uśredniona liczba godzin faktycznie opłaconego postoju w danej strefie. Następnie tak obliczona uśredniona liczba godzin opłaconego postoju jest mnożona przez stawkę prowizji wykonawcy określoną przez niego w ofercie (w tabeli 2. i tabeli 3. stanowiących załączniki do oferty).

W zaproponowanym przez Zamawiającego mechanizmie ustalania wysokości wynagrodzenia wykonawcy wynagrodzenie z tytułu udostępniania parkomatów jest względnie stałe i zależne od wyznaczonej przez Zamawiającego liczby parkomatów oraz stałej stawki miesięcznej wskazanej w ofercie, natomiast większość wynagrodzenia wykonawcy stanowi wynagrodzenie prowizyjne, zależne od liczby godzin faktycznie opłaconego postoju i stawki prowizji określonej w ofercie.

Na potrzeby skalkulowania ceny ofertowej kwotę wynagrodzenia prowizyjnego (tabela 2. i tabela 3.) wykonawcy obliczali w oparciu o wskazaną odgórnie przez Zamawiającego „szacunkową ilość godzin opłaconego postoju”. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 170 do specyfikacji wskazana przez Zamawiającego we wzorach tabeli 2. i tabeli 3. „szacunkowa ilość godzin opłaconego postoju” dotyczy horyzontu 7-letniego.

Wszystkie złożone oferty, w tym oferta Odwołującego, zostały zatem skalkulowane w oparciu o te same dane, o tę samą liczbę godzin opłaconego postoju, oszacowaną przez Zamawiającego dla horyzontu 7-letniego. Wykonawcy nie mieli możliwości samodzielnego oszacowania, dla jakiej liczby godzin pobiorą opłaty za parkowanie w ciągu 7 lat wykonywania usługi. Szacunkowa liczba godzin opłaconego postoju w skali 7 lat wykonywania usługi została odgórnie wyznaczona przez Zamawiającego. Wykonawcy mogli określić jedynie stawkę prowizji, jaką mają uzyskać za opłaconą godzinę postoju.

Odwołujący, w przedstawionych przez siebie wyjaśnieniach, zwrócił uwagę Zamawiającemu, iż przy zastosowaniu narzędzi, których użycia Zamawiający zażądał w rozdziale X opis przedmiotu zamówienia, zwiększających efektywność zarówno kontroli wnoszenia opłat, jak i poboru opłat, pobranie opłat za taką liczbę godzin, jaką Zamawiający wskazał we wzorze załączników do formularza oferty, a zatem wyczerpanie ceny ofertowej będzie możliwe nie dopiero po siedmiu latach, a już po pięciu.

Odwołujący podał w ofercie jedynie stawkę prowizji za jedną opłaconą godzinę postoju. Cena ofertowa została natomiast skalkulowana jako iloczyn podanej przez Zamawiającego szacunkowej liczby godzin opłaconego postoju oraz wskazanej przez wykonawcę stawki godzinowej. W istocie zatem „wyczerpanie” ceny ofertowej brutto będzie możliwe jedynie w przypadku pobrania opłat za wskazaną przez Zamawiającego liczbę godzin. Im szybciej opłata za taką liczbę godzin zostanie pobrana, tym krócej usługa będzie realizowana i tym mniejsze koszty stałe realizacji usługi poniesie wykonawca. Jeśli okaże się, że taka liczba godzin zostanie przez kierowców opłacona np. już po trzech latach, to zyskuje na tym wykonawca, bowiem nie będzie musiał przez pozostały czas pokrywać kosztów utrzymania

systemu i innych kosztów stałych. W istocie zatem długość trwania umowy została ściśle skorelowana z efektywnością narzędzi, rozwiązań i usług, które zapewnia wykonawca, który w ramach własnego ryzyka kontraktowego mógł przyjąć określone założenia biznesowe, w tym w szczególności w ramach kalkulacji ceny ofertowej i rzeczywistych kosztów realizacji; mógł on założyć, iż umowa wygaśnie wcześniej niż w ciągu 7 lat od dnia jej zawarcia. Prawidłowa i optymalna kalkulacja kosztów realizacji przedmiotu umowy w przyjętym przez Zamawiającego modelu wynagradzania wymusza uwzględnienie tak istotnego czynnika jak realny moment wygaśnięcia umowy.

Odwołujący, bazując na posiadanej wiedzy i doświadczeniach wdrażania podobnych jak stosowane przez niego systemy poboru opłat, obliczył, że opłaty za taką liczbę godzin pobierze już po pięciu latach. Systemy oparte o skanowanie tablic rejestracyjnych umożliwiają bowiem istotne zwiększenie efektywności zarówno kontroli wnoszenia opłat, jak i poboru tych opłat w strefie płatnego parkowania. Dodatkowo, usprawnienie strefy zagwarantuje również możliwość regulowania należności kartami płatniczymi, która do tej pory nie była dostępna. Odwołujący miał zatem prawo do samodzielnej kalkulacji kosztów działania strefy płatnego parkowania, zorganizowanej przez niego przy użyciu odpowiednich narzędzi (technicznych, organizacyjnych, proceduralnych) zwiększających efektywność kontroli i poboru opłat w strefie płatnego parkowania. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości zwiększenia efektywności, która może spowodować wygaśnięcie umowy w terminie krótszym niż 7 lat.

Skalkulowanie kosztów realizacji przedsięwzięcia przez Odwołującego w okresie 5-letnim stało się podstawą do odrzucenia jego oferty 23 kwietnia 2018 r. z powodu rzekomej niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zaskarżył Odwołujący. 16 maja 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, sygn. akt KIO 883/18, w którym uwzględniła w całości zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty, powtórzenie czynności oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu Izba podniosła: „Odnosząc się do przywołanych przez Zamawiającego i Przystępującego postanowień SIWZ Izba uznała, biorąc pod uwagę udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania 162,163,210, że nie zawierają one zakazu przyjęcia krótszego niż 7-letni okresu realizacji zamówienia. Z powyższego wynika natomiast, że okres realizacji zamówienia (pobierania opłat) determinowany jest zasadniczo tym jak szybko wykonawca osiągnie przewidziane przez Zamawiającego wskaźniki (...) i otrzyma za to wynagrodzenie, wyczerpujące jednocześnie kwotę z § 4 ust. 1 wzoru umowy, tj. cenę oferty. Mechanizm ten nie stwarza jednak – wbrew zapatrywaniom Wykonawcy K. – możliwości manipulacji i działań naruszających uczciwą konkurencję, skoro – jak wspomniano – zakres świadczenia został sprecyzowany przez Zamawiającego przez podanie szacunków stanowiących podstawę obliczania ceny oferty.(...) W konsekwencji Izba

uznała, że przyjęcie przez Odwołującego założenia o wcześniejszym zrealizowaniu pełnego wymiaru świadczeń oczekiwanych przez Zamawiającego (w ciągu pięciu lat) stanowi w istocie jego ryzyko biznesowe.” Z powyższego wynika, iż Odwołujący miał prawo skalkulować ofertę o własne szacunki, a zatem mógł przyjąć, iż umowa wygaśnie nie w ciągu 7 lat, a w ciągu 5 lat od dnia zawarcia umowy z uwagi na to, że prowizyjne wynagrodzenie wykonawcy osiągnie maksymalną wartość, o jakiej mowa w § 4 ust. 1 wzoru umowy (cena ofertowa).

Zamawiający, któremu nie udało się odrzucić oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przywołuje te same okoliczności na poparcie tezy, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska, bowiem nie obejmuje okresu 7 lat trwania umowy. Świadczy o tym treść opinii biegłego zawarta w aktach postępowania. Z opinii biegłego wynika bowiem między innymi, iż „prognozy ilości godzin opłaconego postoju przedstawione przez Oferenta są bardzo optymistyczne w stosunku do szacunków Zamawiającego” oraz, że „Oferent nie uwzględnił ryzyka rzeczywistego spełnienia tak optymistycznych założeń i skalkulował cenę na podstawie niewiarygodnie wysokich poziomu opłacania parkingów”; „można mieć zasadnicze wątpliwości co do takiego sposobu kalkulacji Oferenta. Oparł się on bowiem na bardzo optymistycznych założeniach”; „Pomimo tych wątpliwości, należy stwierdzić, że Oferent miał prawo do skonstruowania swojej oferty na dowolnie przez siebie określonych założeniach. Jednak sposób kalkulacji ceny nie może być utożsamiany, jak to robi Oferent, ze sposobem określania okresu realizacji umowy – o tym jak długo będzie trwała przesądzi rzeczywiste tempo pobierania opłat, a nie wyobrażenie Wykonawcy usługi. Dlatego też, Zamawiający oceniając Ofertę nie musi opierać się na nadmiernie optymistycznych założeniach Oferenta, lecz powinien przeprowadzić analizę na podstawie prognoz realistycznych i ostrożnych.”

Z ww. tez opinii wynika niezbiecnie, iż, pomimo wyroku KIO wydanego w sprawie KIO 883/18, z którego wynika jednoznacznie, iż Odwołujący miał prawo skalkulować ofertę w okresie 5-letnim i stanowiło to jego ryzyko biznesowe, biegły dokonuje swojej interpretacji dokumentacji postępowania, z której wywodzi tezę przeciwną, tj. o obowiązku skalkulowania oferty z uwzględnieniem okresu 7-letniego. Świadczą o tym również tabele przedstawione w opinii, w których wszystkie kalkulacje dokonywane są w oparciu o okres 7-letni, a zatem niezgodnie z kalkulacjami Odwołującego. Założenie, że Odwołujący nie miał prawa do przyjęcia „optymistycznych” prognoz o wygaśnięciu umowy już po 5 latach jej trwania, jest zatem założeniem błędnym, które powoduje wadliwość opinii biegłego i brak jej przydatności na potrzeby prowadzonego postępowania odwoławczego.

Biegły nie ma wiedzy i doświadczenia, a także wiadomości specjalnych pozwalających mu na ocenę, czy zastosowanie pojazdów skanujących w strefie płatnego parkowania może powodować wzrost przychodów z tytułu opłat za parkowanie. Z uwagi na to, że rozwiązania,

jakie stosuje Odwołujący, mają charakter innowacyjny na skalę europejską, tylko podmioty, które badały (empirycznie) wpływ zastosowania tego typu innowacyjnych metod na wzrost realnie opłaconych postojów w strefie, są w stanie ocenić, czy tego typu prognozy są wiarygodne, czy też nie. Teza biegłego, jakoby wyłącznie prognozy Zamawiającego, odmienne od prognoz Odwołującego, były jedynie słuszne, nie zostały w opinii w ogóle uzasadnione. W opinii biegły umieścił wykresy (analizy ekonomiczne) mające świadczyć o tym, że opłaty za udostępnienie parkomatów nie pokrywają kosztów ich udostępnienia ponoszonych przez Odwołującego, a wyliczenia te są obojętne dla sprawy. Wynagrodzenie za udostępnienie parkomatów stanowi mniej niż 5% całego wynagrodzenia Odwołującego z tytułu realizacji umowy. W konsekwencji, nawet gdyby ta kalkulacja była prawdziwa, to i tak wyliczenia te nie mogą stanowić o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, Odwołujący może bowiem pokryć ewentualne niedoszacowanie tej pozycji z zysków osiągniętych w ramach otrzymywanej prowizji (stanowiącej 95% ceny ofertowej). Na powyższe wskazuje biegły: „Brak efektywności usługi udostępnienia parkomatów nie oznacza nieefektywności całego przedsięwzięcia dla Oferenta, ponieważ niedobory środków w tym obszarze mogą zostać zrekompensowane nadwyżkami uzyskiwanymi z obsługi parkomatów”. Jedynie w ramach ceny za udostępnienie parkomatów biegły zdecydował się na zaprezentowanie analizy ekonomicznej w dwóch wariantach (za 5 i za 7 lat trwania umowy). Nie znajduje zatem uzasadnienia brak wykazania obu wariantów dla ceny globalnej; świadczy to o wybiórczym i instrumentalnym badaniu oferty przez biegłego.

Uwagi biegłego dotyczące rzekomo błędnej metody przeprowadzenia rachunku ekonomicznego nie mogą same w sobie stanowić o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. Wykazania wymaga bowiem, że błędy te prowadzą do nieuwzględnienia rzeczywistej wartości kosztów realizacji zamówienia, co powoduje, iż cena ofertowa nie wystarcza na ich pokrycie. Biegły w żadnym fragmencie opinii nie wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego w 5-letnim horyzoncie czasowym. W konsekwencji jego opinia jest nieprzydatna dla sprawy.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi jednocześnie naruszenie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty pod pretekstem zaoferowania ceny rażąco niskiej godzi w fundament uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty innego wykonawcy prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś wybrany w ten sposób wykonawca nie będzie wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że Odwołujący swoje wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd całości argumentacji merytorycznej, na jakiej oparł się Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, zawarta została w opinii biegłego, stanowiącej samodzielny dokumenty, również zastrzeżony z uwagi na analizowane w nim dane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślił błędne rozumienie postanowień umowy przez Odwołującego, który w treści odwołania wskazuje, że „wyczerpanie” ceny ofertowej brutto będzie możliwe jedynie w przypadku pobrania opłat za wskazaną przez Zamawiającego liczbę godzin, a jeśli okaże się, że taka liczba godzin zostanie przez kierowców opłacona np. już po trzech latach, to zyskuje na tym wykonawca, bowiem nie będzie musiał przez pozostały czas pokrywać kosztów utrzymania systemu i innych kosztów stałych.

Jak wynika wprost z postanowień umowy (§ 2 ust. 3 w zw. z § 4 ust. 1) zakończy się ona z chwilą wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, czyli ceny ofertowej brutto. Takie rozumienie zakończenia umowy znalazło się też w wyroku sygn. akt KIO 883/18. A zatem nie tylko wyczerpanie liczby szacownych przez Zamawiającego godzin parkowania, ale też całości kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia pozwoli na zakończenie umowy. Nie można więc interpretować postanowień umowy w ten sposób, jak zrobił to Odwołujący, iż opłacenie liczby godzin wskazanych przez Zamawiającego zakończy umowę, bowiem zawsze kwota pozostała na realizację zamówienia podlega przeliczaniu na opłatę za udostępnienie parkometrów i prowizję od wniesionych przez kierowców płatności.

W zakresie zarzutów Odwołującego będących polemiką z opinią biegłego – Zamawiający nie odrzuca prawa oferenta do przeprowadzenia kalkulacji w dowolny sposób, jednak równocześnie podkreśla swoje prawo i obowiązek oceny przedstawionej oferty z punktu widzenia ryzyka należytego wykonania przyszłej umowy. Nadmierne ryzyko przyjęte w kalkulacjach Odwołującego musi być ocenione przez Zamawiającego jako zagrożenie dla realizacji umowy. Jest bardzo prawdopodobne, że założenia się nie spełnią i że określone na ich podstawie ceny wykonania usługi nie pozwolą na osiągnięcie odpowiednich korzyści ekonomicznych. Przy braku efektywności można realnie przewidywać problemy z właściwą realizacją zadań i dotrzymaniem warunków umowy. Zamawiający nie musi posiadać specjalistycznej wiedzy na temat rozwiązań technicznych, organizacyjnych, bądź innych, które przesądzają o wyjątkowym *know-how* oferenta, pomimo tego może oceniać ryzyko prawidłowego wykonania umowy posługując się interpretacją informacji własnych i przekazanych przez Odwołującego. Samo zaś odwołanie nie rozwiązało wątpliwości Zamawiającego, wręcz je pogłębiło.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach i kalkulacjach podkreślał dwie zasadnicze podstawy swojej oferty: bardzo korzystne warunki współpracy ze wskazaną w wyjaśnieniach firmą w zakresie leasingu parkomatów oraz prognozowany bardzo duży przyrost liczby godzin opłaconego postoju po wprowadzeniu skanowania pojazdów, co ma skutkować uzyskaniem wyższych przychodów przez obsługującego system i w efekcie skróceniem okresu obowiązywania umowy w stosunku do założeń Zamawiającego.

Analiza wykonana przez biegłego na zlecenie Zamawiającego dobitnie wykazała, iż samo udostępnianie leasingowanych parkomatów, wyłączone z całości usług, będzie przedsięwzięciem nieefektywnym z punktu widzenia Oferenta. Cena za udostępnianie została skalkulowana na tak niskim poziomie, że uzyskane wynagrodzenie nie pozwoliłoby na pokrycie kosztów leasingu. Wynik finansowy realizacji tej usługi miałby „ratować” odkup urządzeń przez leasingodawcę. Jednak transakcja ta jest obwarowana pewnymi warunkami – leasingodawca ma prawo, a nie obowiązek odkupu, a wymagania dotyczące zasad płatności i odkupu, zasad wyłączności na wskazany okres oraz koszty kolejnego leasingu zostaną dopiero określone w przyszłej umowie (pismo leasingodawcy z 14 maja 2018 r.) i w związku z tym nie jest pewna. Nawet jeżeli odkup urządzeń doszedłby do skutku, to i tak cena odsprzedaży nie zapewniłaby, że usługa udostępniania parkomatów byłaby dla Odwołującego efektywna.

Jest bezsporne, wbrew twierdzeniu Odwołującego, że nadwyżka w wysokości wskazanej w piśmie z 12 czerwca 2018 r. (różnica całego otrzymanego wynagrodzenia za realizację usługi i wpływów ze odsprzedaży urządzeń ponad kosztami leasingu) uzyskana dopiero po pięcioletnim okresie realizacji umowy przy określonym ryzyku, będzie niewystarczająca dla osiągnięcia efektywności. Wystarczy zdroworozsądkowa, a nie specjalistyczna wiedza, aby uznać twierdzenie Oferenta za fałszywe. Dostrzegł to również sam Oferent, który w odwołaniu bagatelizuje sprawę, zwracając uwagę na nieistotność wynagrodzenia za udostępniania parkomatów zgodnie ze swoją ofertą, które miałyby stanowić jedynie 5% całości wynagrodzenia.

W ten sposób wyjątkowo korzystna sytuacja Oferenta, atut związany z leasingiem parkomatów, nie został wykorzystany do skalkulowania efektywnego obszaru działalności, lecz przeciwnie – z powodu rachunku łamiącego podstawowe reguły ekonomiczne doprowadzono do braku możliwości uzyskania jakichkolwiek korzyści. W konsekwencji Odwołujący uznał ten obszar za nieistotny; nie zauważył jednak, że ustalenie zbyt niskiej ceny za udostępnianie parkomatów nie tylko doprowadziło do braku efektywności tej działalności, lecz także dodatkowo zwiększyło ryzyko osiągnięcia korzyści z obsługi strefy płatnego parkowania poprzez konieczność „subsydowania” deficytu.

Ryzyko braku korzyści z obsługi strefy płatnego parkowania jest i tak bardzo wysokie po przyjęciu przez Odwołującego niezwykle optymistycznych założeń dotyczących wzrostu

liczby godzin opłaconego postoju po wprowadzeniu skanowania pojazdów. Problem ten został opisany w opinii biegłego, gdzie wskazano na ryzyko niespełnienia prognoz Odwołującego i całkowitą nieefektywność przedsięwzięcia w takiej sytuacji. Odwołujący nie zgodził się z tym wywoodem, twierdząc, iż jego założenie o wzroście liczby godzin opłaconego postoju jest w istocie ostrożne. Jest to, zdaniem Oferenta, znacznie mniej niż wskazywał biegły, gdy porównywał założenia w kalkulacjach do oferty z założeniami Zamawiającego o stopniowym wzroście liczby godzin w kolejnych latach. Według Odwołującego należało porównać jego prognozy ze średnimi wynikającymi z szacunkowych ilości godzin dla siedmioletniego okresu realizacji umowy, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – tabele 2. i 3. formularza ofertowego (4,2 mln godzin dla strefy A, 3,99 mln dla strefy B i 15,27 mln dla strefy C).

Odwołujący „nałożył” zakładane wzrosty liczby godzin opłaconego postoju na wielkości, które wskazał Zamawiający, a które już uwzględniają większe liczby godzin w stosunku do faktycznie realizowanych. Przedstawione dane wskazują na ustabilizowany poziom liczby parkomatów, liczby miejsc postojowych, wartości opłat i przeciętnych ilości godzin opłaconego postoju w latach 2016 i 2017, w roku 2018 nie zaszły w tym zakresie istotne zmiany. W stosunku do stanu obecnego Zamawiający już założył istotne wzrosty przeciętnych ilości godzin dla opłat wnoszonych w parkomatach – 17% dla strefy A, 7% dla strefy B i 37% dla największej i najbardziej ważącej ekonomicznie strefy C. Na te wzrosty Odwołujący „nałożył” swoje założenia odpowiednio dla stref A, B i C. Taka operacja spowodowała, że zakładane przez Odwołującego przeciętne ilości godzin opłaconego postoju mają bardzo wysokie wartości, a sam Odwołujący uważa, że są to założenia konserwatywne, jego celem jest wzrost efektywności jeszcze niemal dwukrotnie wyższy. W żadnym z przytoczonych przez Odwołującego przykładów systemów poboru opłat w miastach europejskich nie uzyskano tak abstrakcyjnie wysokich efektów.

Założenia Oferenta są nadmiernie optymistyczne i niczym nieuzasadnione, a oparte na nich kalkulacje są błędne. Nie można racjonalnie uznać, że takie założenia mają jakąkolwiek szansę zrealizowania. Analizy biegłego dowodzą, że przy oferowanych cenach wydłużenie okresu realizacji usług ponad zakładane przez Odwołującego pięć lat spowoduje, iż przedsięwzięcie będzie dla niego nieefektywne, a to zagraża należytemu wykonaniu umowy. W odwołaniu Odwołujący podtrzymuje swoją metodę kalkulacji niezgodną z podstawowymi zasadami przeprowadzania rachunku ekonomicznego, m.in. nie uwzględnia zmian wartości pieniądza w czasie, wskazując znaczenie tylko inflacji i pomijając inne czynniki, jak ryzyko działalności, koszt kapitału, ryzyko kursowe; posługuje się sumarycznym rachunkiem wyników (porównanie łącznych przychodów i kosztów w ciągu całego okresu wykonywania umowy), a rachunek wyników jest tylko elementem całościowego rachunku ekonomicznego opartego na przepływach pieniężnych w kolejnych latach realizacji przedsięwzięcia; nie ma

sprecyzowanej koncepcji nakładów inwestycyjnych, pomija problem ograniczeń w kształtowaniu przedmiotu leasingu, w sposób niezrozumiały unika pojęcia amortyzacji, która może pozytywnie wpływać na przepływy pieniężne; utożsamia nakłady w kapitał obrotowy ze źródłami finansowania tych nakładów (wskazywany kapitał własny).

Błędna metoda kalkulacji oraz niewłaściwe założenia doprowadziły do określenia zbyt niskich cen, przy których realizacja umowy byłaby dla Odwołującego nieefektywna. Taka sytuacja mogłaby realnie zagrozić realizacji celów przez Zamawiającego.

Rozstrzygając sprawę w kontekście rażąco niskiej ceny skład orzekający Izby bada nie tyle samą cenę ofertową, co czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia albo zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, którego cena ofertowa została poddana ocenie pod kątem rażąco niskiego charakteru.

III Stanowisko przystępującego KBU Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości wskazując, że Zamawiający słusznie uznał, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji prawidłowo odrzucił tę ofertę.

Już sama proporcja ceny oferty Odwołującego w stosunku do wartości zamówienia oraz do cen pozostałych ofert wskazuje na okoliczność istotnego zniżenia ceny w stosunku do warunków rynkowych. Oferta Odwołującego zawiera bowiem cenę w wysokości 19.430.613,02 zł brutto, a zatem jest o ponad 42% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, tj. kwoty 33.698.726,28 zł brutto, a także o ponad 30% niższa od średniej cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji zachodzi domniemanie, iż cena zaoferowana jest ceną rażąco niską. Domniemanie to zobowiązany jest obalić wykonawca przedstawiając odpowiednie dowody. Tak duża różnica w stosunku do cen rynkowych, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga wykazania, iż wobec tego wykonawcy zachodzą szczególne warunki sprzyjające zaoferowaniu tak niskiej ceny. Muszą to być warunki właściwe tylko dla tego konkretnego wykonawcy, pozwalające mu na tak dalece indywidualną i odbiegającą od warunków rynkowych kalkulację ceny. Tymczasem Odwołujący nie sprostął tym obowiązkom, a jedynie powołał się na własne przypuszczenia i całkowicie niewiarygodnie optymistyczne założenia. Stwierdzenie biegłego, iż założenia te są niewiarygodne, wskazuje, iż Odwołujący nie poparł własnych twierdzeń dowodami. W takiej sytuacji ocena wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego sporządzona przez biegłego, jako osobę obiektywną, dokonana w oparciu o posiadaną wiedzę specjalistyczną, musi być uznana za wiarygodną. Skoro biegły potwierdził, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest niewiarygodna i nie uwzględnia ryzyk rzeczywistego spełnienia tych optymistycznych założeń wykonawcy, to

Zamawiający słusznie zdecydował o odrzuceniu oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Z uwagi na utajnienie wyjaśnień i opinii biegłego Przystępujący nie mógł odnieść się bardziej szczegółowo do argumentacji Odwołującego. Cena oferty Odwołującego jest zdecydowanie ceną rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszelkich kosztów związanych z realizacją całego przedmiotu zamówienia, zaś sposób kalkulacji stwarza ogromne ryzyko nienależytej realizacji, bądź nawet braku realizacji zamówienia w kolejnych latach obowiązywania umowy.

Wydany w sprawie wyrok KIO sygn. akt 883/18 dotyczył niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a Izba nie badała kwestii realności ceny i przyjętych dla wyceny oferty założeń. Odwołujący natomiast podkreśla, że dopuszczalne było skalkulowanie ceny oferty na okres 5 lat. W ww. wyroku KIO stwierdziła jedynie, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak było zakazu przyjęcia krótszego niż 7-letni okres realizacji zamówienia, a w konsekwencji brak jest niezgodności pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. KIO zwróciła uwagę, iż przygotowanie oferty w oparciu o założenie realizacji usługi przez okres pięciu lat, tj. w perspektywie krótszej niż zakładał Zamawiający, chociaż dopuszczalne w świetle zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obciążone jest ryzykiem biznesowym. KIO podkreśliła jednocześnie, iż zarzut nieuwzględnienia kosztów realizacji usługi w okresie dwóch kolejnych lat (po upływie założonych pięciu lat realizacji zamówienia) nie mieścił się we wskazanej uprzednio podstawie odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Stąd też przedmiotem rozpoznania przez KIO nie były kwestie związane z prawidłowością i rzetelnością kalkulacji ceny oferty. Tym samym KIO nie analizowała, czy ryzyko takie zostało uwzględnione w cenie oferty, czy też nie.

Jeżeli wykonawca opiera kalkulację ceny o przyjęte przez siebie założenia – odmienne niż wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a w konsekwencji przyjmuje na siebie ww. ryzyka biznesowe, to takie ryzyka powinny zostać uwzględnione w cenie oferty. Niewkalkulowanie ich w cenę oznacza, że cena ta została sztucznie zaniżona celem uzyskania zamówienia, a także zachodzi ogromne ryzyko z bardzo wysokim prawdopodobieństwem (szczególnie wobec faktu, iż założenia Odwołującego są niewiarygodne), iż zaoferowana cena nie obejmuje wszystkich kosztów, jakie będą wiązały się z należyтым wykonaniem zamówienia. W konsekwencji cena oferty powinna obejmować cały realny okres trwania umowy, a w przypadku przyjęcia do kalkulacji kosztów jedynie na okres krótszy niż maksymalny przyjęty przez Zamawiającego, w cenie oferty należało również uwzględnić wycenę ryzyk, czego Odwołujący nie uczynił.

Ponadto Odwołujący nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nie powołuje się bowiem na żadne unikalne i wyjątkowo sprzyjające dla niego okoliczności. Za takie nie można uznać przyjętych założeń w postaci prognoz zwiększenia efektywności poboru opłat.

Szczególnie, iż prognozy te nie są oparte o dane rzeczywiste, są nieweryfikowalne i hipotetyczne oraz pozostają w oderwaniu od danych przekazanych przez Zamawiającego i wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie rozróżnia pojęć „zwiększenie efektywności kontroli poboru opłat” oraz „zwiększenie efektywności poboru opłat”. Odwołujący wykazując, że sposób realizacji przez niego umowy wpłynie na podniesienie efektywności poboru opłat *de facto* podnosi okoliczności wpływające na efektywność kontroli. Zwiększenie efektywności kontroli nie ma jednak bezpośredniego przełożenia na pobór opłat. Instrumenty, na które powołuje się Odwołujący, będą przekładały się na zwiększenie liczby kar nałożonych za brak opłat za parkowanie, a nie na faktyczne zwiększenie uiszczania tych opłat w parkomatach.

Odwołujący swoją kalkulację oferty oparł na założeniu realizacji usługi przez 5 lat wskazując na mechanizmy, które pozwolą mu zwiększyć efektywność poboru opłat, a w konsekwencji szybciej zrealizować umowę. Założenie to obarczone jest błędem, a zatem nie może stanowić podstawy prawidłowego obliczenia ceny oferty. Wykonawca założył zwiększenie efektywności uiszczania opłat przez użytkowników na poziomie 20%. Jednak po przeliczeniu podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przychodów ze strefy płatnego parkowania za lata 2016 i 2017 na godziny postoju i porównaniu z godzinami postoju prognozowanymi na kolejne lata, okazuje się, że liczba godzin postoju wskazana we wzorach tabel nr 2 i 3 dla kolejnych lat została już zwiększona przez Zamawiającego o ponad 20% w stosunku do lat ubiegłych. Zatem podnoszone przez Odwołującego argumenty o zwiększeniu liczby godzin postoju w stosunku do szacunków Zamawiającego są błędne, ponieważ ten wzrost został już w tym szacunku uwzględniony. Założenia te, które doprowadziły do obliczenia kosztów realizacji kontraktu na 5 lat, są całkowicie błędne, oparte zostały na zdublowaniu wzrostu liczby godzin (wzrost o 40% w stosunku do lat ubiegłych).

Odwołujący nie wziął również pod uwagę istotnych elementów realizacji zamówienia, które nie pozwalają na przyjęcie takiej prognozy. Po pierwsze zgodnie z informacjami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, wykorzystanie pojazdu do monitorowania będzie polegało na informowaniu kontrolerów, gdzie znajdują się pojazdy z nieopłaconym postojem. Takie działanie może jedynie spowodować wzrost liczby wystawianych mandatów, a zatem należnych opłat dodatkowych, nie przełoży się natomiast bezpośrednio na wzrost opłat za postój. Sam fakt zwiększenia liczby dłużników z tytułu opłat dodatkowych (które nie stanowią wynagrodzenia wykonawcy) nie jest bezpośrednio związany z liczbą wniesionych opłat parkingowych. Zwiększenie efektywności kontroli może ewentualnie mieć przełożenie pośrednie na zwiększenie efektywności poboru opłat, ale jedynie w dalszej perspektywie, a Odwołujący pominął aspekt społeczny wiążąc wprost wzrost wykrywalności nieopłaconych postojów ze wzrostem faktycznego uiszczania opłat. Jednak wzrost uiszczania opłat jest ściśle uzależniony od elementu ludzkiego i związany ze zmianą nawyków w danej

społeczności korzystającej ze strefy płatnego parkowania. Skutek zwiększonej liczby dłużników z tytułu opłat dodatkowych w postaci zwiększenia uiszczania opłat przez użytkowników będzie powolny, stopniowy i widoczny dopiero w perspektywie kilku lat. Zatem szacowanie, że czas realizacji zamówienia będzie krótszy z uwagi na zwiększenie efektywności pobierania opłat jest błędny.

Ponadto nawet użycie samochodu z kamerami, nie będzie miało wielkiego wpływu na efektywność kontroli pobierania opłat. Zidentyfikowanie pojazdu, który nie został opłacony, wiąże się jedynie z przesłaniem do kontrolerów informacji o możliwości wystawienia opłaty dodatkowej, natomiast każdy z kontrolerów wykonuje swoje obowiązki na wyznaczonej trasie i nawet jeśli uzyska informacje o pojazdach, to zanim dotrze do pojazdu zidentyfikowanego, prawdopodobne jest, iż pojazdu tego nie zastanie już w miejscu parkowania, a zatem brak będzie wystawienia opłaty dodatkowej. Co prawda system informatyczny wspierający kontrolę ma docelowo samodzielnie (bez udziału kontrolerów) wystawiać zawiadomienia o naliczeniu opłaty dodatkowej, jednakże zgodnie z rozdziałem X pkt 2 i 3 opisu przedmiotu zamówienia zostanie to zlecone w drodze odrębnego zamówienia, a zatem jest to zdarzenie przyszłe, niepewne i uzależnione od woli Zamawiającego. Ponadto Zamawiający zastrzega sobie prawo wskazywania wykonawcy częstotliwości i tras przejazdów pojazdu skanującego np. objazd wszystkich miejsc parkingowych w ciągu jednego dnia. Przyjęcie zatem, że na efektywność poboru opłat wpłynie użycie samochodu z kamerami, jest błędne, a jako podstawy wyceny oferty nie można wskazać przyszłych zamówień, jakich Zamawiający być może udzieli.

Innym elementem mogącym, zdaniem Odwołującego, wpłynąć na efektywność poboru opłat (efektywność kontroli), jest możliwość zwiększenia liczby kontrolerów. Jednakże jest to założenie błędne, bowiem kwestia ta została ustalona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie jest zależna od wykonawcy. Zamawiający określa liczbę kontrolerów na 14 i liczba ta może wzrosnąć do 25, jednak będzie to uzależnione od decyzji Zamawiającego, co Odwołujący pomija. Natomiast ewentualne zatrudnienie dodatkowych kontrolerów, które Zamawiający punktował w ramach kryterium dotyczącego dodatkowych kontroli, nie może stanowić o wyjątkowości oferty Odwołującego, bowiem taką opcję zaoferowali również inni wykonawcy. Dodatkowo zaś, jeśli Zamawiający zdecyduje się na wzrost zatrudnienia w tym zakresie, spowoduje to w pierwszej kolejności wzrost kosztów realizacji zamówienia, a nie wzrost efektywności poboru opłat.

Doświadczenia, na które powołuje się Odwołujący, pochodzące m.in. z Antwerpii, nie mogą zostać przyjęte wprost jako stałe i miarodajne do kalkulacji ceny oferty. Kultura wnoszenia opłat postojowych na zachodzie Europy jest inna, ponadto na efektywność poboru opłat wpływają okoliczności, których nie można przenosić na niniejsze zamówienie: opłaty dodatkowe są na dużo wyższym poziomie, istnieje możliwość ściągania tych opłat

bezpośrednio z konta, bez drogi windykacji należności, możliwość dopłacenia brakującej opłaty za przedłużony postój z dołu celem uniknięcia opłaty dodatkowej.

Możliwość zapłaty kartą płatniczą oraz BLIK jest dostępna dla wszystkich oferentów i ich użycie nie może być traktowane jako okoliczność wyjątkowa i wyróżniająca danego wykonawcę. Zamawiający przewidział wzrost efektywności pobierania opłat o 20%, więc niewątpliwie wziął pod uwagę również wpływ, jaki będzie miało wnoszenie opłat kartą oraz BLIK.

Odwołujący próbuje marginalizować znaczenie ceny parkomatów wskazując jednoznacznie, że jest to niewielki procent ceny całości zamówienia. Jest to jednak próba manipulowania faktami, bowiem tylko przy zaoferowaniu parkomatów w bardzo niskiej, nierealnej cenie, koszt ten staje się marginalny w stosunku do wartości reszty zamówienia. W ofercie Odwołującego koszt parkomatów stanowi jedynie 4,7% ceny oferty, podczas gdy w pozostałych ofertach wynagrodzenie to stanowi średnio 50% ceny oferty. Powyższe wynika z faktu, iż Odwołujący zaoferował dostawę jednego parkomatu za cenę 2.000 złotych netto. Ceny nowych parkomatów posiadających funkcjonalność określoną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są nieporównywalnie wyższe od ceny parkomatów zaoferowanych przez Odwołującego – już sam koszt wymaganej funkcji gromadzenia i przesyłania wszystkich danych z parkomatu przekracza kwotę 2.000 zł za jeden parkomat. Niezależnie od tego, w jaki sposób wykonawca zamierza uiszczać dostawcy koszty wyposażenia parkomatu (miesięcznie czy jednorazowo), koszt ten musi zostać uwzględniony w cenie parkomatu. Nawet zastosowanie optymalizacji obliczenia ceny (jak np. obliczenie ceny tylko dla 5 lat świadczenia usługi) nie spowoduje zmiany ceny jednostkowej za udostępnienie jednego parkomatu, gdyż wartość ta jest niezależna od okresu udostępniania parkomatu. Wartość ceny za udostępnienie parkomatu jest niezmienna bez względu na przyjęty sposób obliczenia ceny czy założenia biznesowe. Oferowana cena parkomatu 2.000 zł bez względu na fakt, czy okres jego udostępnienia faktycznie wyniesie 7 lat czy 5 lat, jest ceną całkowicie nierealną, niezajdującą oparcia w warunkach rynkowych, ceną za którą nie da się dostarczyć parkomatu, a więc rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nawet przy przyjęciu, że zaoferowano parkomaty używane (choć wątpliwe jest pozyskanie tak dużej liczby urządzeń używanych), to zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, rozdział III, punkt 1, podpunkt 2 i 3, urządzenia te muszą zostać „refabrykowane przez pierwotnego producenta”. Koszt takiej refabrykacji przekracza kwotę 2.000 zł. Poza tym Zamawiający wymaga bardzo rozbudowanej funkcjonalności, która do tej pory rzadko stosowana była na polskim rynku. Dlatego też nawet refabrykowane parkomaty będą wymagały doposażenia w wymagane funkcje. Natomiast w przypadku ewentualnego pozyskania parkomatów z rynku zagranicznego, poza kosztem refabrykacji, dodatkowo konieczne będzie poniesienie

równie znacznych kosztów dostosowania parkomatów do rynku polskiego, w tym przeprogramowanie języka, waluty, wartości opłat postoju etc, uzyskanie certyfikatów dla rynku polskiego dla czytników kart płatniczych.

Przy założeniu realizacji umowy jedynie przez okres 5-ciu lat Odwołujący nie odzyska kosztów udostępniania parkomatów, nawet gdyby wynosiły one rzeczywiście jedynie 2.000 zł. Z tabeli nr 1 załączonej do oferty Odwołującego wynika, iż koszt parkomatu w wysokości 2.000 zł został rozłożony na okres 7 lat poprzez ustalenie stałej wysokości opłaty miesięcznej (wynikającej z podzielenia kwoty 2.000 zł na liczbę miesięcy przewidywanych przez Zamawiającego, tj. 7 lat w przypadku pierwszych 299 parkomatów i odpowiednio mniej w przypadku kolejnych). W konsekwencji Odwołujący, szacując realizację zamówienia na okres pięciu lat, musiało od razu założyć, iż nie odzyska kosztu nabycia parkomatu nawet w wysokości 2.000 zł. W konsekwencji przyjęte założenie świadczenia usługi 5 lat musiało zostać oparte o zaoferowanie wynagrodzenia poniżej kosztów wykonania zamówienia (nawet gdyby przyjąć, iż koszt parkomatu w wysokości 2.000 zł jest prawidłowy). Wartość parkomatów udostępnianych przez okres pierwszych pięciu lat musiałaby zostać rozłożona na okres pięciu lat, natomiast wykonawca w ramach wynagrodzenia od Zamawiającego odzyska jedynie część tego kosztu, gdyż wynagrodzenie to rozliczane będzie o czynsz miesięczny skalkulowany na 7 lat. W konsekwencji, gdy Odwołujący poniesie koszt w wysokości 698.000 zł (udostępnienie 349 parkomatów, tj. 299 w 2018 r., a następnie po 10 w latach 2019-2023 o wartości 2.000 zł każdy), uzyska wynagrodzenie za udostępnienie tych parkomatów w kwocie 479.603,51 zł, a zatem o 218.396,49 zł niższe od poniesionych kosztów, co stanowić będzie ponad 30% stratę.

Oparcie kalkulacji oferty o z góry zakładaną stratę jest jedną z najważniejszych przesłanek wskazujących na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, tj. cenę poniżej kosztów realizacji zamówienia. Taka cena nie gwarantuje, iż zamówienie zostanie wykonane w sposób należyty i stwarza ogromne ryzyko po stronie zamawiającego. Tak niska cena ofertowa wyraźnie wskazuje na fakt, iż Odwołujący nie zabezpieczył środków technicznych, osobowych oraz organizacyjnych przynajmniej na okres ostatnich dwóch lat realizacji umowy. Ponadto zaoferowanie realizacji zamówienia poniżej własnych kosztów stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Kolejnym elementem obrazującym, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, jest zaniżenie wynagrodzenia z tytułu opłat za postój w strefach A i B. Współczynniki przeliczeniowe w tabeli 2. i w tabeli 3., czyli dotyczące opłat wnoszonych bilonem, kartą płatniczą oraz za pomocą urządzeń mobilnych, zaoferowane dla strefy A oraz strefy B, nie są w stanie pokryć

kosztów należytej realizacji zamówienia w tym zakresie. Są to kwoty znacznie poniżej szacunków Zamawiającego oraz wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie nie jest okolicznością uzasadniającą takie obniżenie wynagrodzenia z tytułu opłat za postój fakt, że Odwołujący przyjął do kalkulacji ceny oferty okres 5-letni. Nawet jeśli taka kalkulacja nie stanowi o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to świadczy o złożeniu oferty z rażąco niską ceną. Cena oferty powinna bowiem obejmować świadczenie obsługi strefy płatnego parkowania do wyczerpania opłat, ale maksymalnie w okresie 7 lat. Wskazane przez Odwołującego wynagrodzenie obsługi strefy płatnego parkowania w odniesieniu do strefy A i strefy B nie pokryje kosztów realizacji zamówienia w okresie maksymalnie 7 lat, jak również i w potencjalnie krótszym okresie. Ponadto wykonawca, kalkulując ofertę, w której założył 5-letni okres trwania umowy, powinien w jakiś sposób wkalkulować również koszty ryzyka świadczenia usług dłuższego niż 5 lat. Ryzyko takie powinno zostać wycenione i wliczone w cenę oferty w odpowiednich pozycjach (niedopuszczalne jest wkalkulowywanie kosztów realizacji poszczególnych prac w wartość wynagrodzenia za inne prace).

Z drugiej strony Odwołujący zaoferował bardzo wysoki współczynnik za obsługę strefy C. W sytuacji, gdy wskaźniki dla strefy A i strefy B wynoszą tylko 0,2, to współczynnik dla strefy C wynosi 0,82. Nie ma żadnego uzasadnienia dla tak rażącego zróżnicowania wysokości wskaźników pomiędzy poszczególnymi strefami. Koszt obsługi każdej ze stref jest taki sam w proporcji do opłaty za 1 godzinę postoju. Z szacunkowej liczby godzin postoju wskazanej przez Zamawiającego wyraźnie widać, iż strefa C obejmuje ponad trzykrotnie więcej godzin postoju opłaconego za pomocą płatności stacjonarnych niż strefa A i strefa B. Ponadto w stosunku do strefy C założono najwyższy przyrost opłat (mając na uwadze wartości podane przez Zamawiającego dotyczące lat 2016 i 2017 w stosunku do szacunkowych ilości na kolejne 7 lat). W konsekwencji wynagrodzenie Odwołującego za obsługę strefy C będzie znacząco wygórowane w stosunku do wynagrodzenia za obsługę stref A i B, co nie znajduje żadnego uzasadnienia, a obrazuje próbę manipulacji poszczególnymi cenami jednostkowymi w taki sposób, iż wynagrodzenie wykonawcy wyczerpie się dużo wcześniej niż w przypadku realizacji umowy przez innych wykonawców. Z uwagi na tak istotne zróżnicowanie wysokości wynagrodzenia za poszczególne strefy, istnieje dodatkowe zagrożenie dla Zamawiającego, iż Odwołujący skupi się jedynie na należytych wykonaniu usługi w obrębie strefy C, aby jak najszybciej uzyskać jak najwyższe wynagrodzenie. Taki sposób kształtowania wynagrodzenia wykonawcy, nosi znamiona niedopuszczalnej manipulacji cenami jednostkowymi. Jak wskazuje KIO „nie było dopuszczalne manipulowanie cenami jednostkowymi w taki sposób, że część cen została podana w sposób nieuzasadniony na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów, a część znacząco zawyżona, by rekompensować wcześniejsze zniżenie innych cen, przy czym

celem takiej operacji jest zamierzona optymalizacja, sprowadzająca się do zamysłu wykonania większej niż zakładana przez Zamawiającego do porównania cen ilości robót w kategorii istotnie wyżej wycenioną” (wyrok sygn. akt 2734/14).

Wybierając ofertę Odwołującego, Zamawiający wybrałby ofertę, która – pomimo, iż zawiera najniższą cenę – na etapie realizacji zamówienia wcale nie byłaby ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Oferta ta została bowiem wyceniona w sposób całkowicie odbiegający od reguł rynkowych i kosztów związanych z wykonywaniem usługi, a w konsekwencji z naruszeniem interesu Zamawiającego.

#### IV Stanowisko przystępującego City Parking Group S.A.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Stwierdził, że w każdym z miast europejskich istnieje inny model funkcjonowania stref parkingowych i trudno je porównywać. W rozdziale X punkt 8 lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wykonawcy muszą dostarczyć system do automatycznego ściągania opłat dodatkowych, ale że będzie to przedmiotem dodatkowego zamówienia i nie wiadomo, kiedy ten system zostanie uruchomiony.

Odwołujący podał cenę parkomatu na poziomie 2.000 zł, podczas gdy cena takiego urządzenia w zależności od funkcji wynosi od 18.000 do 25.000 zł, ciężko więc uwierzyć w taki koszt parkomatu, a cały ciężar dochodu przesunięty jest na opłaty. Zamawiający zakładał, że wykonawca będzie chciał pokryć koszt zakupu urządzeń, aby nie był stratny przy zmniejszonych opłatach, dlatego przewidział osobną pozycję.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia ma treść specyfikacji, w tym wyceny usługi na podstawie trzech tabel. Istotna część składowa oferty została zaniżona i nie pokrywa kosztów zakupu i całkowitego kosztu leasingowego parkometrów jak nakazał to Zamawiający.

Rażąco niska cena w ofercie Odwołującego dotyczy udostępnienia parkomatów, a jeśli kalkulacja ma ona wpływ na wybór oferty, to jest elementem istotnym ceny.

#### V Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy (w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami, treść oferty Odwołującego i złożonych przez niego wyjaśnień) nie jest sporny pomiędzy Stronami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamówienia zaś udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę m.in. jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; lub zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z dyspozycji art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych: Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

W postępowaniu złożono 4 oferty z cenami brutto: 19.430.613,02 zł (Odwołujący), 28.313.216,67 zł, 30.753.817,33 zł (przystępujący KBU Sp. z o.o.) oraz 34.105.958,42 zł (przystępujący City Parking Group S.A.).

Odwołujący w ofercie wskazał:

1) opłaty za udostępnienie parkomatów (tabela 1.) w wysokości 738.006,36 zł netto, przy cenie jednostkowej netto za udostępnienie 1 parkomatu 2000 zł (kolumna 2. Tabeli 1.) i miesięcznej wartości netto opłaty za udostępnienie 1 parkomatu od 23,81 zł w roku 2018, poprzez 25,00 zł; 29,41 zł; 35,71 zł; 45,45 zł; 62,50 zł; 100,00 zł do 250 zł w roku 2025;

2) opłaty za postój wniesione w parkomatach bilonem, zbliżeniową kartą płatniczą i BLIK (tabela 2.) – 14.159.400 zł netto,

3) opłaty za postój wniesione za pomocą urządzeń mobilnych – 15.797.246,36 zł netto.

Dla porównania (wyłącznie informacyjnie): przystępujący City Parking Group S.A. wskazał cenę jednostkową netto za udostępnienie 1 parkomatu w wysokości 28.000 zł w roku 2018 oraz 25.500 zł w pozostałych latach, a KBU Sp. z o.o. 50.107,70 zł w roku 2018 i 16.830,00 zł w pozostałych latach (jakkolwiek wartości te były kwestionowane w trakcie postępowania jako znacznie zawyżone).

Ponieważ porównanie cen ofert samo w sobie nie stanowi podstawy oceny realności ceny zaproponowanej w ofercie, analizie Zamawiającego podlegała (prawidłowo) samodzielnie cena oferty Odwołującego.

Artykuł 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych)

czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z kolei, z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana (przez zamawiającego) ocena wyjaśnień i dowodów potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to dodatkowa w stosunku do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych regulacja mówiąca o odrzuceniu oferty ze względu na stwierdzenie w niej wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych użyto kategorię stwierdzenia odnoszącego się do pewnych faktów, tj. oferta zawiera/nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że ofertę odrzuca się, jeżeli dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień i dowodów potwierdza, że oferta – w jego mniemaniu – zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – podstawa ta może być identyczna, jak wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4, ale jest mniej kategorię, ponieważ w większym stopniu opiera się na subiektywno-objektywnym stwierdzeniu zamawiającego (jego ocenie), niż wynika to literalnie z treści art. 89 ust. 1 pkt 4. Jest to słuszny zabieg ustawodawcy, ponieważ w większości przypadków na etapie składania ofert zamawiający nie jest w stanie kategorię i ze stuprocentową pewnością stwierdzić, czy dana, zaoferowana cena rzeczywiście nie pozwoli na wykonanie zamówienia – dokonuje on jedynie swojej analizy. Analiza ta jest subiektywno-objektywna, ponieważ jest analizą zamawiającego (a więc siłą rzeczy subiektywną), ale powinna być oparta o pewne objektywne przesłanki. Zamawiający nie posiada też i nie jest w stanie posiadać wszystkich informacji o charakterze ekonomicznym, organizacyjnym, założeń etc., na których dany wykonawca oparł swoją wycenę – w swojej ocenie zaś w głównej mierze opiera się na danych przekazanych mu przez wykonawcę, którego oferta jest badana konfrontowanych m.in. doświadczeniami własnymi zamawiającego. Z tego też powodu ciężar dowiedzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zarówno w trakcie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i podczas rozprawy (art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), został przypisany wykonawcy, który skonstruował ofertę.

Tym samym ocena przez Izbę zasadności odwołania w odniesieniu do dokonanej przez zamawiającego czynności podjętej w postępowaniu, tj. czynności oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny sprowadza się w istocie głównie do stwierdzenia, czy ocenę taką można uznać za uzasadnioną, czy też nie.

W przekonaniu Izby ocenę dokonaną przez Zamawiającego należy uznać za zasadną, podobnie jak i jego wątpliwości co do podstaw wyceny, zaś wyjaśnienia Odwołującego

złożone zarówno Zamawiającemu, jak i podczas postępowania odwoławczego, nie są przekonujące.

Izba zgadza się z tym, że Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek oceny przedstawionej oferty z punktu widzenia ryzyka należytego wykonania przyszłej umowy – wynika to nie tylko z dbałości o interesy ekonomiczne, ale też regulacji art. 7 ust. 1 i art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż celem eliminacji ofert z nadmiernie niskimi cenami jest nie tylko dbałość o uczciwą konkurencję, ale także o właściwą realizację umowy, w tym o jej wykonanie zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia/opisu przedmiotu zamówienia – art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie odnosi cenę/koszt i ich części składowe do przedmiotu zamówienia. Izba nie stwierdziła także nierzetelności Zamawiającego przy dokonywaniu tej oceny.

W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego oraz Przystępujących jest logiczna, a wskazywane przez nich mankamenty dokonanej przez Odwołującego wyceny słuszne (Izba nie będzie ich powtarzać stwierdzając ogólnie, że zasadniczo są one dla niej przekonujące), Odwołujący natomiast nie przedstawił przekonujących kontrargumentów. Zdaniem Izby główną okolicznością świadczącą na korzyść Odwołującego jest podkreślane przez niego doświadczenie w świadczeniu tego typu usług – jednak jedynie ten fakt nie może stanowić podstawy uznania dokonanej kalkulacji za prawidłową, a dotychczasowe doświadczenie orzecnicze Izby wskazuje, że nawet firmy duże i o wieloletniej tradycji popełniały istotne błędy przy wycenie swoich ofert, co kończyło się poważnymi problemami finansowymi, zrywaniem kontraktów, a nawet ich upadłością (zwłaszcza w branży budowlanej).

Podobnie Izba stwierdza, że fakt, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zabraniała dokonania założeń co do trwania umowy przez okres krótszy niż 7 lat, nie oznacza, że sama dokonana kalkulacja dla lat pięciu jest prawidłowa, a Odwołujący nie wykazał słuszności swoich założeń, co w konsekwencji stanowi zagrożenie dla prawidłowej realizacji umowy.

Strony zgadzały się co do tego, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach i kalkulacjach podkreślał dwie zasadnicze podstawy kalkulacji swojej oferty, tj. wyjątkowo korzystne warunki leasingu parkomatów oraz prognozowany bardzo duży przyrost liczby godzin opłaconego postoju (szczególnie po wprowadzeniu skanowania pojazdów), co ma skutkować uzyskaniem wyższych przychodów przez obsługującego system i w efekcie skróceniem okresu obowiązywania umowy w stosunku do założeń Zamawiającego.

Oplaty za udostępnienie parkomatów zostały przewidziane na kwotę 738.006,36 zł netto, przy czym za parkomaty zainstalowane w roku 2018 wartość netto opłaty wyniesie 598.011,96 zł, a 40.000 zł wartości opłat za rok 2024 i 2025 znajdują się faktycznie poza przewidzianym przez Odwołującego okresem trwania umowy, więc, zdaniem Izby, należy założyć, że nie zostaną wykonawcy wypłacone.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z instrukcją wypełnienia tabeli 1. w kolumnie 2. należało wskazać całkowity koszt udostępnienia 1 parkomatu, tożsamy z całkowitym kosztem zakupu parkomatu bądź całkowitym kosztem leasingu parkomatu. Jest to istotne postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczące istotnego elementu świadczenia, czyli zapłaty wykonawcy wynagrodzenia (część wynagrodzenia stała, gwarantowana – miesięczna wartość opłaty za udostępnienie 1 parkomatu będzie stanowiła podstawę do obliczenia miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy z tytułu udostępnionych w danym miesiącu parkomatów – i część prowizyjna, objęta ryzykiem wynikającym z liczby i wartości wniesionych opłat), a wzajemne proporcje wszystkich trzech opłat ukształtowanych przez wykonawcę mają wpływ na jego realne wynagrodzenie – nie było to sporne między Stronami i Przystępującymi.

Zatem już samo ukształtowanie wartości opłaty za udostępnienie parkomatu w sposób niezgodny z instrukcją zawartą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. poniżej kosztu zakupu parkomatu bądź całkowitego kosztu leasingu parkomatu i ich ujęcie (nawet potencjalne) w pozostałych pozycjach – do czego w zasadzie Odwołujący przyznał się w swoich wyjaśnieniach – stanowi o nieprawidłowości oferty. Nie można się tu zgodzić ze stwierdzeniem Odwołującego, że dla wykonawcy i zamawiającego istotna jest wartość wynagrodzenia za cały projekt, a jego rozbieżność na poszczególne komponenty ma charakter wtórny i jest dopuszczalne w ramach ryzyka wykonawcy (wyjaśnienia z 27 marca 2018 r.) – nie przy takich postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i takim sposobie ustalenia wynagrodzenia wykonawcy (składającym się z elementów stałych i zmiennych).

Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba więc nie będzie kontynuowała tego wątku. Jednak jest to okoliczność, która powinna być wzięta pod uwagę również przy samym badaniu poziomu ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (w szerokim znaczeniu, włącznie z wszelkimi warunkami jego realizacji, a więc i sposobem ukształtowania wynagrodzenia). Nie można uznać za ekskulpujący wykonawcę fakt, że był on w stanie obniżyć cenę oferty nie stosując się do wymogów Zamawiającego. Zwłaszcza że przeniesienie elementów wynagrodzenia z części stałej do części prowizyjnej zwiększa ryzyko pomniejszenia wynagrodzenia realnie wypłaconego – zauważył to Zamawiający w swoim stanowisku: ustalenie zbyt niskiej ceny za

udostępnianie parkomatów nie tylko doprowadziło do braku efektywności tej działalności, lecz także dodatkowo zwiększyło ryzyko osiągnięcia korzyści z obsługi strefy płatnego parkowania poprzez konieczność „subsydiowania” deficytu.

Jak ustalono, wartości opłaty za udostępnienie parkomatu miała być równa kosztowi zakupu parkomatu bądź kosztowi leasingu parkomatu. Odwołujący oświadczył, że będzie korzystał z leasingu. Nie wskazywał przy tym na szczególne okoliczności dotyczące parkomatów, jak np. to, że będą to parkomaty używane.

Jak wskazał przystępujący City Parking Group S.A. – a żaden z pozostałych wykonawców ani Zamawiający nie kwestionowali tej informacji – koszt zakupu parkomatu to 18.000 – 25.000 złotych, w zależności od funkcji, które posiada. Przyjmując nawet koszt 18.000 zł i liczbę parkomatów wymaganych przy rozpoczęciu realizacji usługi (299 sztuk), koszt zakupu parkomatów to 5.382.000 złotych, przewidzianych przez Odwołującego 349 sztuk to 6.282.000 zł.

Zgodnie z art. 709<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego.

Niezależnie od ewentualnych różnic prawa kraju leasingodawcy, zdaniem Izby, można założyć, że w każdym systemie prawnym przyjmuje się, że wynagrodzenie finansującego musi być równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego, jest to bowiem wymóg ekonomiczny opłacalności umowy z jego strony, a zatem i chęci jej zawarcia.

Odwołujący w wyjaśnieniach z 12 czerwca 2018 r., w odwołaniu i podczas rozprawy wskazał, że koszt leasingu w jego przypadku to 428.770,00 zł, co wynika z faktu, że wynagrodzenie leasingodawcy (włącznie z opcją wykupu parkomatów) to 1.919.000 zł, która to kwota została pomniejszona o kwotę uzyskaną w przyszłości od leasingodawcy z tytułu odsprzedaży parkomatów, tj. 1.490.230,00 zł. Wynagrodzenie od zamawiającego to 698.006,36 zł (738.006,36 – 40.000 za lata 2024 i 2025).

Tym samym leasingodawca będzie musiał ponieść koszt zakupu parkomatów – ok. 6.282.000 złotych, aby następnie udostępnić te parkomaty Odwołującemu przez okres co najmniej 5 lat oraz odsprzedać mu je za kwotę 1.919.000 zł, a następnie powtórnie odkupić

je od niego za kwotę ok. 1.490.230 zł. Tym samym realne wynagrodzenie leasingodawcy za zakup oraz udostępnienie parkomatów w ciągu 5 lat nie przekroczy 430.000 zł.

Założenia takiego w żaden sposób nie można uznać za uzasadnione ekonomicznie, a tym samym wyjaśnień za przekonujące. Jedynym logicznym wyjaśnieniem byłoby, że wskazywany leasingodawca swój interes (np. ze względów podatkowych) upatruje w dokonaniu transakcji ze stratą – co jednak nie jest zgodne z prawem i dobrymi obyczajami obrotu handlowego ani nie może być uznane za stan, który zasługiwałby na akceptację przy ocenie ceny oferty. Nie wynika też w rzeczywistości z oświadczeń ww. leasingodawcy.

Co prawda w oświadczeniu z 14 maja 2018 r. wskazał on na cenę odkupu parkomatu, która może (w zależności od kursu euro) dawać wskazaną przez Odwołującego kwotę 1.490.230 zł, a w oświadczeniu z 8 marca 2018 r. cenę rocznego „najmu” parkomatu (Odwołujący wyjaśnił, że chodzi tu o leasing). Jednak w żadnym z tych oświadczeń nie wskazał na warunki tych transakcji, a w szczególności, że cena rocznego najmu zawiera w sobie cenę wykupu parkomatów przez Odwołującego. Poza tym należy zwrócić uwagę na ostatni akapit oświadczenia z 14 maja 2018 r. wskazujący na zasady płatności i odkupu (zostaną dopiero określone) oraz okres i koszty leasingu (jest to transakcja wykraczająca poza zamówienie Zamawiającego). Przede wszystkim zaś złożone oświadczenia leasingodawcy nie wyjaśniają Izbie brakującego sensu ekonomicznego tej transakcji.

Dodatkowo odkup parkomatów przez leasingodawcę – jeśli w ogóle by nastąpił – mógłby nastąpić dopiero po zakończeniu umowy z Zamawiającym, a więc po min. 5 latach, gdy tymczasem Odwołujący musiałby ponosić koszty wykonania umowy, w tym koszty leasingu, przez cały ten okres i różnicę pomiędzy ratą leasingową a wynagrodzeniem za parkomaty otrzymywanych od Zamawiającego, pokrywać z własnych środków finansowych.

Tym samym Izba uznała, że zaoferowany koszt leasingu parkomatów i wartość miesięcznego wynagrodzenia za udostępnienie parkomatów Zamawiającemu nie są wartościami realnymi.

Co do złożonych Zamawiającemu wyjaśnień to, w ocenie Izby, Odwołujący raczej deklaruje osiągnięcie zysku i poniesienie kosztów w danej wysokości, niż to wykazuje i udowadnia.

Izba zgadza się też ze stanowiskiem Zamawiającego oraz Przystępujących w zakresie nieprawidłowych (a przynajmniej nieuzasadnionych) założeń dotyczących poboru opłat. Przy tym nie jest prawidłowe twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający i powołany przez niego biegły musieli się zastosować do założeń Odwołującego dotyczących szacowanych przychodów i że ich nie uwzględnili – Zamawiający (biegły) miał dokonać oceny tych założeń, ale nie musiał się z nimi zgodzić – ocena ta mogła być również negatywna. I taka

była, dlatego Zamawiający (biegły) wskazał na wady koncepcji i własne ustalenia (założenia) w tym zakresie.

Jak zostało wskazane w stanowiskach prezentowanych w pismach oraz podczas rozprawy, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia założył wzrost przeciętnej liczby godzin dla opłat wnoszonych w parkomatach, a tym samym i opłat – 17% dla strefy A, 7% dla strefy B i 37% dla strefy C. Do tych danych Odwołujący dodał swoje założenia co do wzrostu przychodów ze stref A, B i C, przez co uzyskał bardzo wysokie wartości, które zdaniem Zamawiającego i Przystępujących nie są realne, są nieweryfikowalne i hipotetyczne.

Również Izba podziela to stanowisko, gdyż brak dowodów na potwierdzenie, że istnieje istotne prawdopodobieństwo (nie mówiąc o pewności), że założenia te się zrealizują. Nie potwierdzają tego również przywoływane dane z Amsterdamu, z którymi zresztą Zamawiający i Przystępujący skutecznie polemizowali – po pierwsze nie były to wskaźniki tak wysokie jak zakładane przez Odwołującego, po drugie – ich wystąpienie zależało od wielu innych okoliczności faktycznych i prawnych (rozszerzenie strefy parkowania, istotny wzrost opłat, sposób dochodzenia zapłaty itd.), które nie wystąpią we Wrocławiu (a przynajmniej nie wynika to w chwili obecnej).

Ma też rację Przystępujący, że skuteczność kontroli zależy w dużej mierze od poleceń Zamawiającego w trakcie realizacji umowy i decyzji zastrzeżonych dla niego (liczba kontrolerów, sposób kontroli za pomocą skanowania), a sam wzrost stwierdzonych przypadków nieopłacenia miejsca parkingowego nie oznacza automatycznie wzrostu wniesionych opłat.

Zwiększenie skuteczności kontroli niewątpliwie powinno wpłynąć na wzrost wnoszonych opłat, brak jednak danych w jakim procencie. Pomimo pytania zadanego podczas rozprawy ani Strony, ani Przystępujący nie potrafili podać danych, jaki odsetek korzystających z miejsc parkingowych obecnie wnosi opłaty i czy wnosi je w należnej wysokości – jeśli byłby on wysoki, niemożliwe byłoby osiągnięcie pułapu płatności powyżej 100%.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....