

POSTANOWIENIE

z dnia 30 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 30 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2015 r. przez **Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi**,

przy udziale wykonawcy **BikeU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciążyć **Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu z Łodzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny.” W odwołaniu wniesionym w dniu 27 kwietnia 2015 r. Nexbike Polska sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący] stwierdził, że to odwołanie jest wniesione od czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy BikeU Sp. z o.o. z Warszawy [wykonawca BikeU] na podstawie wszystkich okoliczności i podstaw, co jego zdaniem narusza w tym postępowaniu:

1. art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia BikeU w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie pkt 6.1.5 Tomu I specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], dotyczącego dysponowania potencjałem finansowym, oraz w zakresie pkt 6.1.2 Tomu I specyfikacji, dotyczącego dysponowania wiedzą i doświadczeniem;
2. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy BikeU z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa we wskazanym pkt 6.1.2 oraz pkt 6.1.5 Tomu I specyfikacji;
3. art. 26 ust 2b ustawy Pzp z uwagi na uznanie za prawidłowe zobowiązanie do udostępnienia zdolności finansowych przez podmiot trzeci [Bank Zachodni WBK SA] w sytuacji, gdy z tego zobowiązania nie wynika, że wykonawca BikeU będzie tymi zasobami realnie dysponował;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z powodu zaniechania wykluczenia wykonawcy BikeU z tego postępowania, pomimo zaistnienia przesłanek jego wykluczenia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy BikeU i odrzucenia jego oferty z powodu niewykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz niewykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, a także z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie wskazanych warunków, mających wpływ na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej [dysponowania odpowiednim potencjałem finansowym] w szczególności stwierdził, że wykonawca BikeU, posłużył się nieprawdziwą opinią bankową Banku Zachodniego WBK SA z dnia 13 października 2014 r. uzupełnioną na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 9 października 2014 r. Wnoszący odwołanie Nexbike stwierdził, że wysokość sald na rachunkach prowadzonych dla BikeU wynosi 2. 711 312,86 zł, podczas gdy zaświadczenie wykorzystane przez BikeU do tego przetargu, w którym jednym z warunków był próg salda w wysokości 3.000.000 zł (pkt 6.1.5 Tomu 1 siwz), potwierdzało saldo w wysokości 3 711 312,86 zł, a więc o 1 mln zł wyższe od faktycznie wystawionego w oryginale. Wskazał w tym przypadku także na skierowane powiadomienia, w tym do Prokuratury Rejonowej Wrocław St. Miasto oraz na wydane przez tę Prokuraturę postanowienie z dnia 9 marca 2015 r. o wszczęciu śledztwa. Zdaniem Odwołującego, co do tego warunku, również uzupełnione na wezwanie dokumenty dotyczące Egis Projects SA z Francji [Egis Projects] nie wykazały, że na dzień składania ofert nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości tego podmiotu. Ponadto zobowiązanie Egis Projects jest nieprawidłowe dodatkowo z tego względu, że BikeU nie wykazał realności udostępnienia potencjału przez ten podmiot, do czego był zobowiązany zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ze wskazanego przepisu wynika, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i innym potencjale podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jedynie w przypadku gdy udowodni, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Z dokumentu zobowiązania Egis Projects wynika jednoznacznie, że ta spółka udostępni wykonawcy BikeU zasoby „na podstawie odrębnie zawartych umów cywilnoprawnych” (a nie na podstawie złożonego zobowiązania), a zasady współpracy w zakresie udostępnienia zasobów finansowych zostaną określone w innych dokumentach. Zdaniem wnoszącego odwołanie ten dokument ma jedynie charakter deklaratoryjny i na jego podstawie nie można uznać, że wykonawca BikeU będzie realnie dysponował zasobami tego podmiotu.

W odniesieniu do drugiego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał na przedłożone przez wykonawcę BikeU zobowiązanie z dnia 22 września 2015 r. o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci - Brainbox Technology z Grecji [Brainbox Technology] oraz na oświadczenie tego podmiotu z dnia 7 kwietnia 2015 r. informujące, że ta firma od dnia 15 września 2014 r. nie współpracuje z firmą BikeU i, że od dnia 15 września 2015 r. nie podpisała żadnego zobowiązania na rzecz wykonawcy BikeU do udostępnienia jakiegokolwiek potencjału. W tym przypadku stwierdził również, że wskazany w wykazie potencjał Brainbox Technology nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem system ten był zarządzany krócej, niż wymagane w opisie warunku

[pkt 6.1.2 Tomu I specyfikacji] 12 miesięcy i nie obejmował 300 rowerów. W odniesieniu do tych okoliczności podniósł także zarzut złożenia przez wykonawcę BikeU nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust 1 Pzp, albowiem jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę na skutek braku uzyskania przedmiotowego zamówienia i możliwości jego realizacji. Wskazał, że w tym postępowaniu, złożone zostały dwie oferty - pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza oferta Odwołującego oraz oferta wykonawcy BikeU. Oferta Odwołującego, na skutek rozpoznania odwołania wniesionego przez wykonawcę BikeU, została uznana przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2360/14) za podlegającą odrzuceniu. W wykonaniu tego wyroku, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jednakże, pomimo że wykonawca BikeU złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału finansowego, zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie wszystkich zaistniałych podstaw. Zdaniem Odwołującego, jeśli wykonawca BikeU wnieśli własne odwołanie, to w przypadku jego uwzględnienia wykonawca ten uzyska zamówienie pomimo istnienia innych, niż wskazane przez Zamawiającego podstaw do jego wykluczenia. Powołując się na orzecznictwo podkreślił, że Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej w szerokim rozumieniu, ponieważ wskazując na ewentualne wady postępowania, dąży do doprowadzenia go do zgodności z przepisami i w sytuacji, gdy zachodzi okoliczność, która uniemożliwia podpisanie umowy i udzielenie zamówienia, wskazująca na obowiązek unieważnienia postępowania, Odwołujący w dalszym ciągu - choć potencjalnie - miałby szanse na uzyskanie zamówienia. Wskazał ponadto, że wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, uzyskując formalnie status wykonawcy, ma prawo, w celu ochrony własnych praw i interesu, do weryfikacji niezgodnych z przepisami ustawy Pzp zachowań Zamawiającego, które mogą prowadzić do zawarcia ewentualnie nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sytuacja taka nie uniemożliwia bowiem Odwołującemu uzyskania danego zamówienia, a wręcz odwrotnie, otwiera drogę do uzyskania zamówienia na skutek nowego, niewadliwego postępowania. Powołując się na art. 179 ust 1 ustawy Pzp w konkluzji stwierdził, że przepis ten stanowi także o „innym podmiocie”, który „miał interes w uzyskaniu danego zamówienia” i jego zdaniem Odwołujący jest takim podmiotem, a zaniechanie unieważnienia niniejszego postępowania spowoduje

poniesienie szkody, ponieważ definitywnie zamknie Odwołującemu możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie zachowania terminu wnoszący odwołanie Nextbike podał, że odwołanie wniesione jest w terminie, zgodnie z art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp przed upływem 10 dni od przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia, albowiem informację o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania Zamawiający przesłał Odwołującemu faksem w dniu 16 kwietnia 2015 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2360/14 w wyniku rozpoznania odwołania wykonawcy BikeU uznała ofertę Odwołującego Nexbike za podlegającą odrzuceniu. W wykonaniu tego wyroku, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, o czym poinformował w piśmie z dnia 2 kwietnia 2015 r. Powyższe okoliczności zostały przyznane w odwołaniu przez wnoszącego odwołanie. Izba stwierdziła również, że wykonawca Nextbike w odwołaniu wniesionym w dniu 13 kwietnia 2015 r. – następnie wycofanym w dniu 27 kwietnia 2015 r. - podniósł również zarzut naruszenia w tym postępowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy BikeU z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik, a dotyczących dysponowania potencjałem finansowym [pkt 6.1.5 Tomu I specyfikacji] i posłużenia się nieprawdziwą opinią bankową z dnia 13 października 2014 r. Banku zachodniego WBK SA oraz posłużenia się dla wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia [pkt 6.1.5 Tomu I specyfikacji] zobowiązaniem podmiotu trzeciego Brainbox Technology z Grecji, pomimo braku takiego uprawnienia dla wykonawcy BikeU. W tym odwołaniu [z 13.04.2015 r.] wykonawca BikeU wskazał także na naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z uwagi na uznanie za prawidłowe dokumentów, w tym zobowiązania, podmiotu trzeciego Egis Projects SA z Francji do udostępnienia zdolności finansowych, z których to dokumentów nie wynika, że wykonawca BikeU będzie realnie dysponował tymi zasobami. Odwołujący - w zakresie wymaganego posiadania wiedzy i doświadczenia - stwierdził również, że wskazany w wykazie potencjał Brainbox Technology nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem system ten był zarządzany krócej, niż wymagane w opisie warunku [pkt 6.1.2 Tomu I specyfikacji] 12 miesięcy i nie obejmował 300 rowerów. Podniesiono także w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zdaniem Odwołującego – podobnie jak w odwołaniu rozpoznawanym z dnia 27.04.2015 r. - postępowanie prowadzone jest w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z powodu zaniechania wykluczenia wykonawcy BikeU z tego postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 189 ust.3 tej ustawy - w pierwszej kolejności – w tym stanie faktycznym - zobowiązana była ustalić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony. Zgodnie z ustaleniami Izby odwołanie wniesione przez spółkę Nexbike podlega odrzuceniu na podstawie wskazanego art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, albowiem wnoszący odwołanie jest podmiotem nieuprawnionym do jego wniesienia w rozumieniu powołanego przepisu. Tak jak wynika bezspornie z ustaleń Izby, decyzją z dnia 2 kwietnia 2015 r. spółka Nexbike została wykluczona z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o czym Odwołujący został poinformowany i, co przyznaje we wniesionych dotychczas odwołaniach, w tym w niniejszym odwołaniu. Zdaniem Izby, czynność wykluczenia składającego ofertę wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera - co jest podkreślane w orzecznictwie i doktrynie - skutki prawne, które mają – szczególnie wobec oddalenia przez Sąd Okręgowy [jak w tym przypadku] skargi na wyrok KIO - charakter nieodwracalny. Odwołujący zatem nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, utracił bowiem status wykonawcy, w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp [podmiotu, ubiegającego się w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pomimo złożonej oferty], a zatem odwołanie, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Izba ponadto zwraca uwagę, że w odwołaniu zarzuty podniesiono z naruszeniem art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp. Z ustaleń w sprawie – co potwierdza chociażby odwołanie spółki Nexbike z 13.04.2015 r. - bezspornie wynika, że wiadomość o okolicznościach, dotyczących podstaw wykluczenia wykonawcy BikeU z tego postępowania w zakresie szerszym niż wskazano w decyzji z dnia 16.04.2015 r. spółka Nexbike powzięła w dniu 2.04.2015 r., co znalazło odzwierciedlenie w cofniętym odwołaniu wniesionym w dniu 13.04.2015 r. Izba na marginesie zauważa także, że wnosząc odwołanie spółka Nexbike nie miała - wbrew jej twierdzeniu - wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp, legitymacji procesowej do jego wniesienia. Tak jak wskazano firma ta utraciła nieodwracalnie status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zdaniem Izby nie jest także innym podmiotem w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, który mógłby wykazać poniesienie szkody czy możliwość jej poniesienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego [wszczętym w dniu 12.08.2014 r.] w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 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 (Dz. U. nr 41, poz.238).

Przewodniczący: