

Sygn. akt KIO 2732/13

Sygn. akt KIO 2742/13

WYROK
z dnia 13 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2013 r. przez WiM System Warząła i MAC Sp. j. w Czarnej (sygn. akt KIO 2732/13) oraz w dniu 28 listopada 2013 r. przez Nextbike Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2742/13) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Toruń

przy udziale BikeU Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2732/13 i KIO 2742/13 oraz Nextbike Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2732/13

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie wniesione przez WiM System Warząła i MAC Sp. j. w Czarnej i nakazuje Gminie Miastu Toruń unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia z postępowania WiM System Warząła i MAC Sp. j. w Czarnej oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty (sygn. akt KIO 2732/13) i oddala odwołanie wniesione przez Nextbike Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2742/13);

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Toruń oraz Nextbike Polska Sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez WiM System Warząła i MAC Sp. j. w Czarnej oraz Nextbike Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisów od odwołań, w tym:

- kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez WiM System Warząła i MAC Sp. j. w Czarnej (sygn. akt KIO 2732/13);

- kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Nextbike Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2742/13);

2.2. zasądza od Gminy Miasta Toruń na rzecz WiM System Warząła i MAC Sp. j. w Czarnej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2732/13);

2.3. zasądza od Nextbike Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz Gminy Miasta Toruń kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2742/13).

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2732/13

Sygn. akt KIO 2742/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Toruń - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 września 2013 r., pod pozycją 2013/S 170-294982..

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

18 listopada 2013 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez BikeU Sp. z o.o. w Warszawie oraz o wykluczeniu z postępowania WiM System Warżała i MAC Sp. j. w Czarnej.

Wobec wymienionych czynności 28 listopada 2013 r. zostały wniesione odwołania przez WiM System Warżała i MAC Sp. j. w Czarnej oraz Nextbike Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Odwołujący zachowali obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez WiM System Warżała i MAC Sp. j. (sygn. akt KIO 2732/13):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo, iż w sposób należyty wykazał on spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym również w zakresie wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia;

- art. 24 ust 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą na skutek nieuzasadnionego wykluczenia go z postępowania;
- art. 24 ust 5 ustawy przez brak podania należytego uzasadniania faktycznego i prawnego dokonanych wobec odwołującego czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, w szczególności przez nie wyjaśnienie dlaczego pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2013 r. znajduje zastosowanie w odrębnej sprawie oraz w odmiennych okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania;
- art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie przez zamawiającego iż doświadczenie odwołującego polegające na świadczeniu w ramach umowy dzierżawy zawartej z Miastem Rzeszów na rzecz osób trzecich usług w przedmiocie najmu rowerów nie wykazuje w stopniu proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia doświadczenia i wiedzy odwołującego gwarantujących należyty poziom wykonania przedmiotowego zamówienia;
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku, czego nastąpiło odrzucenie oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który zaproponował cenę wyższą od odwołującego się, przy kryterium oceny w postaci najniższej ceny;
- art. 92 Pzp przez wybór oferty wykonawcy, który zaoferował cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez odwołującego, a jedynym kryterium wyboru ofert jest najkorzystniejsza cena.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 18 listopada 2013 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności dokonanej na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w przedmiocie wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący powołał przyczyny wykluczenia go z postępowania wskazane przez zamawiającego tj., że mimo wyjaśnień złożonych przez odwołującego pismami z 22.10.2013 r. oraz 30.10.2013 r. zamawiający uznał z powołaniem się na wyrok KIO o sygn. akt 1648/13, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przedstawił

bowiem usługę polegającą na dzierżawie określonych nieruchomości od Miasta Rzeszowa a usługę polegającą na najmie rowerów nie świadczył na rzecz Miasta Rzeszowa, lecz na rzecz osób trzecich. Zamawiający wskazał również, że opis sposobu oceny spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie został zmieniony.

Odwołujący powołał, że jest twórcą i właścicielem automatycznego systemu wypożyczalni rowerów, które z powodzeniem wykorzystuje w Rzeszowie rozwijając sieć stacji wypożyczania rowerów na sąsiednie miejscowości. Zapewnił, że system zawiera wszelkie elementy określone w opisie przedmiotu zamówienia co do zakresu świadczonych usług, oprogramowania obsługującego system, strony internetowej, sposobu wypożyczania rowerów, płatności za skorzystanie z usługi rowerowej, sposobu wypożyczania rowerów, działania stacji wypożyczalni, zarządzania nią i eksploatacji.

Zdaniem odwołującego czynność wykluczenia go z postępowania zamawiającego a także w jej konsekwencji czynność odrzucenia oferty została dokonana bez wskazania odpowiedniego uzasadnienia tak prawnego, jak w szczególności faktycznego. Oceniał, że z treści pism zamawiającego można jedynie wyprowadzić wniosek, iż zamawiający niejako z ostrożności oraz mając na uwadze poprzednie negatywne dla siebie rozstrzygnięcie KIO, zaniechał dokonania wnikliwej oceny przedłożonych w postępowaniu dokumentów i wyjaśnień odwołującego się w zakresie posiadania przez niego odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Zarzucił, że brak odpowiedniego uzasadnienia w sposób oczywisty uniemożliwia odwołującemu pełne odniesienie się do czynności podjętych przez zamawiającego oraz stanowi przejaw naruszenia zasady równego traktowania uczestników postępowania.

Odwołujący podniósł, że ustalenia zamawiającego jest błędne w szczególności z uwagi na fakt, że odwołujący przedstawił w postępowaniu inne dokumenty niż w poprzednim postępowaniu przetargowym. Tym samym wskazane wyżej orzeczenie KIO jako oparte na konkretnym materiale dowodowym nie może mieć zastosowania do oceny dokumentów w niniejszym postępowaniu.

Umowa zawarta z Gminą Miasto Rzeszów nie była przedstawiana w poprzednim postępowaniu przetargowym, który po orzeczeniu KIO z dnia 18 lipca 2013r. został unieważniony. Zatem zamawiający powinien dokonać samodzielnej oceny przedłożonych dokumentów w kontekście spełnienia warunków udziału w

postępowaniu przetargowym na udzielane zamówienie, a nie stosować rozstrzygnięć w sprawie opartej na innym materiale dowodowym, w którym wykonawca, którego dokumenty dotyczą, nie brał udziału i nie mógł podjąć obrony swoich interesów i przedłożyć stosownych dokumentów.

Za kluczowe dla oceny, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, odwołujący uznał zastrzeżenie zamawiającego, iż wykonanie usługi ma polegać na tym, że „każdy uprawniony klient będzie mógł wypożyczyć rower wg taryfy ustalonej przez wykonawcę. Korzystanie z roweru przez klientów systemu TRM przez pierwsze 20 min od chwili wypożyczenia roweru ze stacji do chwili zwrotu na dowolną stację jest bezpłatne” (1.1 SIWZ). Podkreślił, że podstawowym celem tej usługi jest stworzenie publicznego systemu umożliwiającego wynajem rowerów na rzecz osób fizycznych a nie jednostki samorządu terytorialnego jako elementu uzupełniającego system komunikacji publicznej i propagującego rekreację.

Odwołujący argumentował, że wbrew twierdzeniom zamawiającego umowa z Gminą Miasto Rzeszów przedstawiona przez odwołującego się jako dowód posiadanego doświadczenia i wiedzy ma znacznie szerszy zakres niż jedynie dzierżawa nieruchomości. Umowa ta reguluje funkcjonowanie systemu Automatycznych Bezobsługowych Wypożyczalni Rowerów Miejskich w Rzeszowie (BAWRM) wdrożonego na zamówienie danej gminy, określa zasady pośredniego finansowania zamówienia przez gminę, wskazuje miejsce jego realizacji oraz ma powszechno-publiczny charakter.

Podniósł, że zamawiający nie określił w treści SIWZ rodzaju stosunku prawnego stanowiącego podstawę świadczenia usług na podstawie, którego wykonawcy ubiegający się o zamówienie w niniejszym postępowaniu powinni wykazać spełnienie wymogu wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wywodził, że istotą niniejszego zamówienia jest stworzenie i wdrożenie systemu na podstawie, którego mieszkańcy Torunia i jego goście będą mogli korzystać z miejskiej komunikacji rowerowej. Tym samym doświadczenie i wiedza odwołującego się jest adekwatna z przedmiotem niniejszego zamówienia oraz gwarantuje jego należyte wykonanie. System ten działa należycie, co potwierdziła w swych referencjach Gmina Miasto Rzeszów. Co więcej poza rozmiarem nie różni się od systemów konkurentów oraz spełnia wymogi SIWZ określonych przez Gminę Toruń.

Gmina Miasto Rzeszów pozyskała do realizacji usługi o charakterze publicznym, rodzimego prywatnego partnera, który wykorzystuje projekty informatyczne z wykorzystaniem polskiej myśli technologicznej. Pozycja innych wykonawców i konkurentów uczestniczących w tym postępowaniu przetargowym oparta jest o działalność prowadzoną w Polsce dzięki dużym nakładom finansowym różnych jednostek samorządów terytorialnych i finansowaną w całości z środków publicznych. Wdrożenie i funkcjonowanie systemu wypożyczalni miejskiej rowerów w Rzeszowie nastąpiło dzięki znacznemu zaangażowaniu finansowemu wykonawcy co odróżnia go od pozostałych wykonawców. Jeżeli odwołujący się jest w stanie należycie realizować zamówienie Gminy Miasta Rzeszów w oparciu o środki związane z pobieraniem pożytków z tytułu dzierżawy, czynszu najmu powierzchni reklamowych i wpłat z tytułu najmu rowerów to tym bardziej gwarantuje on, iż wykona przedmiotowe zamówienie przy bezpośrednim i z góry określonym wsparciu finansowym od zamawiającego.

Wobec zgłaszanego w unieważnionym postępowaniu wobec oferty WIM System Warząta i Mac zarzutu nieuczciwej konkurencji i stosowania rażąco niskiej ceny odwołujący przedstawił uproszczoną kalkulację uruchomienia systemu wypożyczalni rowerowych, dla wykazania, że wartość dotychczas realizowanego zamówienia przekracza kwotę 400 000 zł.

BikeU Sp. z o.o. oraz Nextbike Polska Sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, z zachowaniem terminu ustawowego oraz obowiązku przekazania kopii przystąpienia stronom. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Nextbike Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2742/13):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty BikeU Sp. z o.o. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty BikeU Sp. z o.o. pomimo, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 ustawy przez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu BikeU Sp. z o.o., pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu podjęcie takiej decyzji,
- art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu;
- art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy przez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu BikeU Sp. z o.o., pomimo, iż zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu podjęcie takiej decyzji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania uprzednio zaniechanych czynności, polegających na nie wykluczeniu BikeU Sp. z o.o. oraz na nie odrzuceniu oferty BikeU Sp. z o.o., unieważnienie decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej BikeU sp. z o.o. oraz o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz 4 Pzp odwołujący wskazał na złożone oświadczenia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, które – zdaniem odwołującego - świadomie wprowadzają zamawiającego oraz pozostałych uczestników postępowania w błąd co do wielkości potencjału jakim dysponuje w odniesieniu do posiadanej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podniósł, że usługi Easy Bike oraz C.Velo nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż z przedstawionych referencji nie wynika, iż usługi polegały także na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, ponadto z przedstawionych referencji, a także z wykazu usług, w żaden sposób nie wynika, iż usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący zarzucił, że dokumenty tj. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości, zaświadczenie z ZUS o niefigurowaniu w Rejestrze Płatników składek KSI ZUS, aktualna informacja z

Krajowego Rejestru Karnego dot. BikeU sp. z o.o., czy aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego dot. M..... J..... zostały opatrzone pieczętą za zgodność z oryginałem, jednak nie zostały podpisane w sposób dający możliwość zidentyfikowanie podpisującego.

Odwołujący poddał w wątpliwość oryginalność dokumentów, złożonych przez BikeU Sp. z o.o. w wyniku wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp a w szczególności dokumentu „Oświadczenie firmy Brainbox Technology dot. oddania do dyspozycji swoich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia”.

Zdaniem odwołującego zamawiający narusza art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż prowadzi przedmiotowe postępowanie w sposób naruszający uczciwą konkurencję poprzez faworyzowanie niektórych z wykonawców poprzez zaniechanie decyzji o wykluczeniu wskazanych podmiotów.

Odwołujący jako uzasadnienie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 Pzp podniósł, że oferta BikeU Sp. z o.o. nie uwzględniała wszystkich wymagań zamawiającego, dotyczących sposobu wykonania przedmiotu zamówienia publicznego, opisanych w SIWZ, a tym samym nie uwzględniała wszystkich kosztów, których poniesienie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Zarzucił, że zamawiający nie zachował należytej staranności oceniając kalkulację kosztów zamówienia, gdyż nie wezwał żadnego potencjalnego wykonawcy do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, tym bardziej, iż wiedział, że odwołujący jest jedyną na rynku firmą realizującą tego typu projekty mającą doświadczenie w tym przedmiocie. Wyjaśnił, że w swojej ofercie zaproponował kwotę za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości 1.694.471,00 zł brutto, co przewyższa o ponad 400.000.00 zł kwotę oferty wybranej jako najkorzystniejsza, jednak jest najniższą kwotą dającą jednocześnie rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że jako jedyny z wykonawców prowadzi działalność tożsamą z przedmiotem zamówienia, a BikeU Sp. z o.o. jest podmiotem nowym na rynku, nie posiadającym własnego doświadczenia. Odwołujący posiada na terenie kraju ponad 150 000 zarejestrowanych klientów, ponad 3 000 użytkowanych rowerów oraz ponad 2,5 mln „wypożyczeń” - jest liderem, posiadającym około 90 % rynku bezobsługowych miejskich wypożyczalni rowerowych w Polsce i jako jedyny podmiot

w Polsce świadczy usługę prowadzenia tego typu wypożyczalni dla zainteresowanych samorządów.

Zdaniem odwołującego po jego stronie istnieją wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, a do grupy czynników wpływających na zaproponowaną w ofercie wysokość wynagrodzenia zaliczyć należy m.in. korzyści z działania podmiotu składającego ofertę w ramach grupy kapitałowej.

Odwołujący zarzucił, że działanie BikeU Sp. z o.o. wypełnia przesłanki stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności określonych w art. 11 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5, a nadto bezsprzecznie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, określający uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Argumentował, że okolicznością przesądzającą o naganności postępowania BikeU Sp. z o.o. w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę realizacji zamówienia, i utrudnia im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z jego wiedzą Pani I..... T..... (firma Free Consulting I..... T.....) przygotowywała Program Funkcjonalno Użytkowy oraz kosztorys wraz ze swoim konkubentem Panem B..... K....., który nie tylko znał treść tych dokumentów, ale miał możliwość uczestniczenia w spotkaniach z zamawiającym i poznania oczekiwań zamawiającego. Zgodnie z wiedzą odwołującego Pan B..... K..... współpracował następnie/jednocześnie z firmą BikeU Sp. z o.o. Dzięki tej współpracy firma BikeU Sp. z o.o. mogła wejść w posiadanie wiedzy dotyczących kosztorysu oraz całości PFU i podać zastanawiająco zbliżoną kwotę, do ustalonej przez zamawiającego (zaproponowana przez Wykonawcę BikeU Sp. z o.o. cena wynosiła 1.249.000,00 zł, zaś wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.253.200,00 zł.). Szacunkowa wartość zamówienia została opracowana przez Zamawiającego na podstawie PFU.

Odwołujący wskazał dodatkowe przyczyny, które powinny stać się podstawą do wykluczenia WIM System Warżała i MAC Sp. j. i Sharing Union Sp. z o.o.

BikeU Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, z zachowaniem terminu ustawowego oraz obowiązku przekazania kopii przystąpienia stronom. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Odwołanie wniesione przez WiM System Warzęta i MAC Sp. j. (sygn. akt KIO 2732/13):

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 1.1. SIWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia, przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) w taki sposób, aby każdy uprawniony klient mógł wypożyczyć rower wg taryfy ustalonej przez wykonawcę. Korzystanie z roweru przez klientów systemu TRM przez pierwsze 20 min od chwili wypożyczenia roweru ze stacji do chwili zwrotu na dowolną stację jest bezpłatne (...). Pkt 1.2. SIWZ stanowi natomiast, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca, w szczególności:

- wykona i uzgodni projekty rowerów, stacji rowerowych oraz strony internetowej;
- wykona projekty dokumentów określające prawa i obowiązki klientów TRM, w szczególności regulamin korzystania z TRM zawierający wysokość i zasady odpłatności;
- dokona dostawy i montażu urządzeń rowerowych oraz dostarczy rowery;
- uruchomi 12 stacji i wyposaży je w 12 terminali, 180 stojaków rowerowych oraz 120 rowerów i będzie eksploatował TRM.

Zamawiający określił w pkt 3.2 SIWZ, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali należycie co najmniej 1 usługę o wartości min. 400 000 zł brutto, polegającą na opracowaniu i wdrożeniu co najmniej 1 systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów.

W odpowiedzi odwołujący wskazał usługę bezobsługowej stacji rowerów miejskich w Rzeszowie wykonywanej od 1 marca 2011 do chwili obecnej o wartości 400.000 zł brutto. Dla potwierdzenia należytego wykonania usługi złożył referencje z 30 września 2013 r. podpisane przez Zastępcę Prezydenta Miasta Rzeszowa, potwierdzające, że odwołujący uruchomił w roku 2011 Bezobsługową Wypożyczalnię Rowerów Miejskich w Rzeszowie posiadającą 100 rowerów będących na wyposażeniu 19 stacji. Referencje głoszą, że odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie oraz wykonał należycie inwestycję o wartości 400 tys., zł brutto polegającą na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów w Rzeszowie.

Pismem z 22 października 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji. Zamawiający zwracał się z prośbą o przedstawienie:

- stosunku zobowiązaniowego w obszarze bezpośrednio lub pośrednio związanym z prowadzenia bezobsługowej automatycznej wypożyczalni rowerów miejskich w Rzeszowie łączący Urząd Miasta z odwołującym;
- przedstawienie zasad funkcjonowania bezobsługowej automatycznej wypożyczalni rowerów miejskich w Rzeszowie;
- przedstawienie kosztorysu oraz szczegółowego zakresu usług /dostaw wykonanych w ramach prowadzenia w Rzeszowie bezobsługowej automatycznej wypożyczalni rowerów miejskich.

Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z 28.10.2013 r. Wskazał, że zobowiązał się do uruchomienia i prowadzenia systemu roweru miejskiego przez 9 lat. Zapłatę za realizację inwestycji i koszt obsługi stanowią pożyczki z reklam umieszczonych na terenie stacji, w kwocie 21.600 zł miesięcznie (2.332.800 w ciągu 9 lat).

Dzierżawione przez odwołującego nieruchomości przeznaczone są – zgodnie z zawartą umową na prowadzenie wypożyczalni rowerów i umieszczenie nośników reklam..

Odwołujący opisał zasady funkcjonowania wypożyczalni, eksponując konieczność zalogowania się do systemu na stronie internetowej, możliwość nieograniczonego korzystania z systemu oraz ponoszenie opłaty przez użytkownika systemu w zależności od czasu wypożyczenia roweru

Wyjaśnił nadto, że uruchomił 19 stacji rowerów i dostarczył 100 szt. rowerów miejskich, co wycenił na 980 tys. zł oraz prowadzi serwis, obsługę systemu, infolinię, co wycenił na 14.500 zł miesięcznie (1.174.500 zł przez 9 lat).

30 października 2013 r. zamawiający zwrócił się ponownie do odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień wobec faktu, że przedmiotem umowy z Miastem Rzeszów jest dzierżawa nieruchomości z przeznaczeniem na wypożyczalnię rowerów.

Udzielając odpowiedzi pismem z 31 października 2013 r. odwołujący doprecyzował, że wygrał przetarg na dzierżawę nieruchomości, która była przeznaczona na prowadzenie wypożyczalni rowerów i umieszczenie nośników reklam. Opłata za dzierżawę ustalona była w wysokości preferencyjnej, co dało odwołującemu możliwość sfinansowania inwestycji z pożytków z wynajmu nośników reklamowych. Odwołujący dołączył umowy dzierżawy nieruchomości, przeznaczonych na prowadzenie wypożyczalni rowerów zgodnie z regulaminem Bezobsługowej Automatycznej Wypożyczalni Rowerów Miejskich w Rzeszowie, stanowiącym integralną część umowy.

Zgodnie z § 1 ust. 3 umowy z 16 kwietnia 2014 r. zawartej między odwołującym się a gminą miastem Rzeszów przedmiot dzierżawy jest przeznaczony na prowadzenie wypożyczalni rowerów i umieszczenia nośników reklam. § 5 umowy określa warunki prowadzenia systemu Automatycznych Bezobsługowych Wypożyczalni Rowerów Miejskich w Rzeszowie, w tym standard usług świadczonych przez wykonawcę oraz warunki ich świadczenia.

Postanowienia regulaminu stanowiącego integralną część umowy regulują takie kwestie jak: zakres umowy, wymagania dla stanowisk bezobsługowych stacji tworzących system wypożyczalni, wymagania dla oprogramowania do obsługi systemu, sposób zarządzania i eksploatacji systemu, określenie parametrów technicznych wyposażenia wypożyczalni.

Po analizie otrzymanych wyjaśnień zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Złożone pisma, zdaniem zamawiającego nie potwierdziły, że

wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia zgodnie z art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający stwierdził, że powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2013r, sygn. akt KIO 1648/13. Odwołujący nie spełnia warunku bowiem przedstawił usługę polegającą na dzierżawie określonych nieruchomości od Miasta Rzeszowa a usługę polegającą na najmie rowerów nie świadczył na rzecz Miasta Rzeszowa, lecz na rzecz osób trzecich. Zamawiający uzasadniał, że wobec takiej oceny oferty przez KIO w poprzednim postępowaniu przetargowym, mając na uwadze fakt, że opis sposobu oceny spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie został przez zamawiającego zmieniony, nie można przyjąć, że stan prawny i faktyczny zmienił się na, tyle aby w chwili obecnej uznać, że w/w wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W wyroku z 18 lipca 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nakazała wykluczenie odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu wskazała, na charakter świadczonej usługi polegającej na wydzierżawieniu od Miasta Rzeszowa określonych nieruchomości. Względem usług świadczonych na rzecz osób trzecich, Izba podniosła, że wymóg sformułowany przez zamawiającego stanowi o jednej usłudze, a nie kilkunastu usługach, na wartość min. 400 tys. zł. oraz, że w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia nie z jedną, a z wieloma usługami polegającymi na najmie rowerów na rzecz osób fizycznych (k.22).

Ocena Izby została wyrażona po przeprowadzeniu rozprawy, w której odwołujący nie brał udziału. Zgłosił on wprawdzie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jednak wobec braku spełnienia przesłanek ustawowych nie został dopuszczony do udziału w rozprawie.

Podstawę do wydania rozstrzygnięcia stanowiła ocena materiału dowodowego, który nie obejmował umowy zawartej przez odwołującego z Gminą Miastem Rzeszów oraz regulaminu wypożyczalni rowerów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów.

Granice zarzutów odwołania określone są przez okoliczności faktyczne i prawne dotyczących czynności lub zaniechań zamawiającego, wobec których jest wnoszone odwołanie. Tym samym nie jest dozwolone toczenie na rozprawie merytorycznego sporu dotyczącego okoliczności faktycznych lub prawnych, które nie były wskazane w informacji o czynności zamawiającego. Pogląd przeciwny prowadziłby do obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 192 ust. 7 Pzp oraz do zachwiania równości stron kontradyktoryjnego postępowania odwoławczego. Odwołujący w toku rozprawy popiera zarzuty odwołania, przedkłada dowody na ich poparcie oraz powinien być przygotowany na odparcie twierdzeń przeciwnych zamawiającego i przystępujących po jego stronie wyłącznie w odniesieniu do zarzutów odwołania, nie zaś do obrony swojej oferty w całości.

Izba pominęła zatem wskazany przez przystępującego Nextbike fakt uzyskania przez Gminę Miasto Rzeszów nakazu zapłaty przeciwko odwołującemu oraz nie dopuściła dowodu z pisma powołanego przez przystępującego na okoliczność nienależytego wykonania zamówienia przez odwołującego. Zamawiający nie wykluczył odwołującego z powodu nienależytego wykonania zamówienia, zatem podnoszenie tej okoliczności przez przystępującego nie mieści się w kognicji Izby w tym postępowaniu odwoławczym.

Izba dokonała ustaleń stanowiących podstawę faktyczną orzeczenia na podstawie powołanych oświadczeń, pism i dokumentów, w tym oferty odwołującego oraz SIWZ. Izba uwzględniła akta postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1648/13.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że zasadniczo nie ma sporu co do tego, że stworzona i eksploatowana przez odwołującego w sensie materialnym, merytorycznym odpowiada przedmiotowi zamówienia. Nie jest bowiem kwestionowane przez zamawiającego, że czynności odwołującego polegały na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, ani że wartość opracowanego i wdrożonego systemu wynosiła 400.000 zł, ani też, że opracowanie i wdrożenie systemu nastąpiło należyście.

Konstatacja taka jest zasadna wobec tego, że fakty te zostały wskazane w referencjach pochodzących od Gminy Miasta Rzeszów, które nie były podważane przez zamawiającego.

Istotą sporu jest zasadniczo kwestia, czy umowa łącząca odwołującego z Gminą Miastem Rzeszów, której elementem przedmiotowo istotnym jest dzierżawa nieruchomości, może stanowić podstawę dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający kwestię tę ocenił negatywnie dla odwołującego, a z oceną tą nie sposób się zgodzić. Sposób wykładni warunku udziału w postępowaniu, którego zdaje się dokonywać zamawiający następuje bowiem w oderwaniu od brzmienia postanowienia specyfikacji.

Dostrzec trzeba przede wszystkim, że w pkt 3.2. SIWZ zamawiający nie wymagał, a by wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonanie umowy, której przedmiotem jest wyłącznie usługa polegająca na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów. Zamawiający oczekiwał natomiast wykonania usługi polegającej na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów.

Pojęcie usługi jest zdefiniowane w ustawie. Zgodnie z art. 2 pkt 10 Pzp pod pojęciem usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Tym samym dla oceny spełnienia wymagania zamawiającego istotny jest materialny aspekt świadczenia potencjalnego wykonawcy. Kwestią wtórną pozostają natomiast szczegółowe rozwiązania relacji umownych łączące strony. Sam rodzaj stosunku zobowiązaniowego na podstawie, którego działa system rowerowy nie może mieć przesadzającego znaczenia dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Istotny jest natomiast podobieństwo rodzajowe wykonanego świadczenia oraz jakości jego wykonania, gdyż to właśnie przesądza o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia.

Usługa polegająca na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów może być wykonana na podstawie umowy łączącej danego zamawiającego z wykonawcą, mającą za przedmiot wyłącznie tę usługę albo na podstawie kilku umów łączących te same strony, które łącznie obejmują usługę opracowania i wdrożenia systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów. Brak jest podstaw prawnych oraz argumentów natury celowościowej, by odmówić wykonawcom prawa do powołania się również na należyte wykonanie usługi opracowania i wdrożenia systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, jeśli była ona jednym z elementów zobowiązania łączącego strony.

Odwołującego łączy z Gminą Miasta Rzeszów stosunek umowny o złożonym charakterze. Przedmiotem umowy nie jest jedynie dzierżawa nieruchomości. Istotny jest wyrażony *expressis verbis* w umowie cel tej dzierżawy – prowadzenie systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, który odwołujący wdrożył i eksploatował na podstawie umowy wiążącej go poprzednio z Gminą Miasta Rzeszów. Nie można też pominąć, że umowa z 16 kwietnia 2013 r. reguluje funkcjonowanie systemu Automatycznych Bezobsługowych Wypożyczalni Rowerów Miejskich w Rzeszowie (BAWRM) wdrożonego przez odwołującego, określa zasady pośredniego finansowania zamówienia przez gminę, wskazuje miejsce jego realizacji oraz ma powszechny, publiczny charakter.

Wymagania dotyczące obsługi systemu w Rzeszowie są tożsame z opisem przedmiotu zamówienia określonym przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ.

W obu przypadkach podstawowym celem usługi stanowiącej jest stworzenie publicznego systemu umożliwiającego wynajem rowerów na rzecz osób fizycznych. Zamawiający – jako jednostka samorządu terytorialnego – nie jest najemcą rowerów, lecz podmiotem, który dany system zamówił.

Przedmiotem badanego postępowania nie jest najem rowerów, ale stworzenie oferty publicznej umożliwiającej powszechne korzystanie z rowerów pomiędzy poszczególnymi stacjami. Tak scharakteryzowaną usługę wykonał odwołujący na rzecz miasta Rzeszów. Wbrew twierdzeniom zawartym w informacji o wykluczeniu

odwołującego z postępowania, nie jest prawdą, że odwołujący wykazuje szereg umów dotyczących wypożyczenia roweru na rzecz osób fizycznych.

Izba dostrzegła, że zamawiający, ani przystępujący po jego stronie nie kwestionowali wartości systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów wdrożonego i eksploatowanego przez odwołującego. Izba zważyła jednak, że miernikiem wartości usługi nie musi być wyłącznie kwota wynagrodzenia umownego wypłaconego wykonawcy przez zamawiającego. Przy projektach skomplikowanych, gdzie świadczenie zleceniodawcy nie polega wprost na zapłacie wynagrodzenia, a zleceniobiorca otrzymuje inną korzyść o charakterze majątkowym, wartość świadczenia wykonawcy może być wyrażona wartością nakładów poniesionych przez zleceniobiorcę lub uzyskiwanych przez niego pożytków, jak miało to miejsce w przypadku odwołującego.

Nie można też tracić z oczu, że umowy mające za przedmiot wyłącznie wdrożenie i eksploatację systemu rowerów miejskich są finansowane zasadniczo ze środków publicznych, wypłacanych wykonawcy jako wynagrodzenie.

Izba wyraża pogląd, że odwołujący, który wykonał system z przeważającym udziałem nakładów własnych, nie może - bez obrazy art. 7 ust. 1 Pzp - być traktowany gorzej niż podmioty, które wykonały usługę finansowaną w całości z środków publicznych.

Do poglądu przeciwnego nie prowadzi również odwołanie się do definicji usługi zawartej w art. 57 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zgodnie z definicją zawartą w tym przepisie usługami w rozumieniu traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem, zatem odpłatność nie w każdym przypadku musi być *conditio sine qua non* usługi. Nadto o wynagrodzeniu wykonawcy można mówić nie tylko, gdy otrzymuje on wynagrodzenie w pieniądzu, ale też wtedy, gdy usługodawca w zamian za swoje świadczenie otrzymuje korzyść majątkową.

Oceny wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z 18 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1648/13) nie znajdują zastosowania w badanej sprawie, gdyż wyrok Izby wiąże strony wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym został wydany.

Nadto zgodnie z art. 191 ust.1 Pzp wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp po ocenie wiarygodności i mocy dowodów według własnego przekonania.

Umowa zawarta z Gminą Miasto Rzeszów 16 kwietnia 2013 r. nie była dowodem, na którym oparła się Izba wydając orzeczenie z 18 lipca 2013 r., dotyczące poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia. Dzisiejszy odwołujący nie był też uczestnikiem rozprawy, która poprzedziła wydanie tego orzeczenia.

Zatem nawet wobec braku zmiany brzmienia warunku udziału w postępowaniu, w nowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba dysponując szerszym materiałem dowodowym, innymi dokumentami dotyczącymi usługi wykazanej przez odwołującego, może dokonać własnej wykładni warunku udziału w postępowaniu oraz oceny jego spełniania przez wykonawcę.

Reasumując, zamawiający nie wskazał SIWZ cech stosunku prawnego stanowiącego podstawę świadczenia usług, na podstawie którego wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinni wykazać spełnienie wymogu wiedzy i doświadczenia. Stanowisko zamawiającego wyrażone w informacji o wykluczeniu stanowiło zawężającą wykładnię postanowienia pkt 3.2. SIWZ, doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o wymagania nie wyrażone w SIWZ, a w konsekwencji do ograniczenia konkurencji i dyskryminacji odwołującego. Zamawiający niezasadnie odmówił możliwości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu odwołującemu, który należycie wykonał świadczenie rodzajowo podobne do usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, gdyż istotą zamówienia w badanym postępowaniu jest – podobnie jak w usłudze wskazanej przez odwołującego - stworzenie i wdrożenie systemu, na podstawie którego mieszkańcy miasta i jego goście będą mogli korzystać z miejskiej komunikacji rowerowej.

Błędna ocena spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia dokonana z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w oderwaniu od istoty przedmiotu zamówienia doprowadziła nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z. art. 24 ust 4 Pzp. W konsekwencji powyższego zamawiający dokonał wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

Odwołanie wniesione przez Nextbike Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2742/13):

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z ceną drugą w kolejności, może ponieść szkodę.

Cena oferty odwołującego jest wyższa, niż kwota która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie powoduje to jednak braku ziszczenia przesłanki szkody, która zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp może mieć hipotetyczny charakter.

Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w utracie możliwości wybrania jego oferty i utracie ekspektatywy uzyskania zamówienia, zatem przyszłe, ewentualne unieważnienie postępowania, którego zamawiający zamierza dokonać w razie uwzględnienia odwołania, nie może skutkować odstąpieniem od badania zarzutów podniesionych przez odwołującego.

Uchybienia formalne w ofertach WiM System Warżala i MAC Sp. j. oraz SHARING UNION Sp. z o.o. zostały posiłkowo wskazywane w odwołaniu, poza granicami wyznaczonymi przez skarżoną czynność polegającą na zaniechaniu wykluczenia przystępującego (BikeU Sp. z o.o.). Wobec braku popierania ich na rozprawie przez odwołującego Izba nie uznała ich za zarzuty podlegający rozpoznaniu w kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym.

Izba dopuściła dowody z powołanych oświadczeń i dokumentów i po ich ocenie uznała, że odwołanie okazało się bezzasadne.

Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali należycie co najmniej 1 usługę o wartości min. 400 000 zł brutto, polegająca na opracowaniu i wdrożeniu co najmniej 1 systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów.

W odpowiedzi przystępujący wskazał dwie usługi:

- Easy Bike - zarządzanie i eksploatacja systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów wykonanej na rzecz inwestora – Zarządu miasta Karditsa (Grecja);
- C. Velo - zarządzanie i eksploatacja systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów wykonanej na rzecz inwestora Urzędu Transportu Publicznego Clermont-Ferrand (Francja).

Dla potwierdzenia należytego wykonania załączył wskazanych usług złożył referencje stanowiące odpowiednio, że:

- firma Brainbox jest operatorem systemu Easy bike w mieście Karditsa, który został wdrożony w marcu 2012 i jest nadal zarządzany przez firmę Brainbox technology do dnia obecnego;
- Velogic jest operatorem systemu C.Velo, system został wdrożony w czerwcu 2013 roku i nadal jest zarządzany i utrzymywany przez Velogik na okres 4 lat (2013 do 2016),

Izba uznała, że wymienione dokumenty – oświadczenie wiedzy przystępującego w postaci wykazu wykonanych usług oraz załączone referencje – potwierdzają, że przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Celem referencji jest poświadczenie należytego wykonania usługi. Stanowi o tym § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231, dalej jako „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”). Taki sam walor jak referencje mają inne dokumenty, które mogą być składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak protokoły odbioru, faktury itp. Dokumenty te co do zasady mają równą wartość dowodową, nieuzasadnione zatem jest oczekiwanie, że w treści referencji będzie wskazany precyzyjnie zakres usługi. Bezpodstawnie twierdzi też odwołujący, że złożone referencje dyskwalifikuje brak użycia sformułowania o należyтым wykonaniu usług. Żądanie takie jest nieuzasadnione na gruncie powołanego § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Z tego też względu ekspertyza językowa sporządzona przez Panią J..... P..... nie ma znaczenia w sprawie. Ponadto odnosi się ona do tłumaczenia tekstu referencji z języka angielskiego, a jak wynika z tłumaczeń złożonych przez strony i przystępującego sformułowania użyte w referencjach mogą być tłumaczone w różny sposób.

Niewątpliwie, z treści referencji nie wynika aby usługi, na które przystępujący się powołuje, zostały wykonane nienależycie (*vide*: § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów). Jeśli zatem odwołujący uważa, że usługi wskazane przez przystępującego nie obejmowały opracowania i wdrożenia systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów albo, że usługi nie zostały wykonane zgodnie z zobowiązaniem, winien twierdzenie to udowodnić, gdyż to na nim zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp spoczywał ciężar dowodu. Odwołujący tego nie uczynił.

Izba uznała zatem, że przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie złożył nieprawdziwych oświadczeń w tej mierze. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Wraz z ofertą przystępujący złożył zaświadczenie z urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie z ZUS o niefigurowaniu w Rejestrze Płatników składek KSI ZUS, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą przystępującego oraz aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą M..... J..... .

Wymienione dokumenty zostały opatrzone pieczęcią o treści „za zgodność z oryginałem” i opatrzone nieczytelnym podpisem. Podobny nieczytelny podpis widnieje pod formularzem oferty oraz innymi oświadczeniami podpisanymi przez Pana M..... J..... – Prezesa Zarządu przystępującego.

Izba zważyła, że wymienione dokumenty zostały złożone zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę – przystępującego działającego przez Prezesa Zarządu Pana M..... J.....

Brak czytelności podpisu Pana M..... J..... nie dyskwalifikuje dokonanego przez niego poświadczenia. Pan M..... J..... jest uprawniony do reprezentacji przystępującego zgodnie z odpisem z KRS. Przepisy nie wymagają dla skuteczności poświadczenia „za zgodność z oryginałem” złożenia przez wykonawcę czytelnego podpisu. Wystarcza możliwość stwierdzenia, że poświadczenie nastąpiło w imieniu wykonawcy. Porównanie podpisów na dokumentach złożonych w formie poświadczonych kopii z innymi podpisami złożonymi przez Pana M..... J..... nie budzi wątpliwości, co do tego, że pochodzą one od tej samej osoby.

Dokumenty złożone w formie kopii prawidłowo poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę potwierdzają, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W pkt 5.5. SIWZ zamawiający ustalił, że forma pisemna zastrzeżona jest dla złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw – również złożonych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający pismem z 22 października 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się do BikeU Sp. z o.o. o uzupełnienie oferty przez złożenie oryginałów dokumentów, które przystępujący złożył dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę:

1. oświadczenia SMTC potwierdzającego wykonanie przedmiotu kontraktu "C.Velo";
2. oświadczenia Zarządu miasta Karditsa potwierdzającego wykonanie przedmiotu kontraktu „Easy Bike”;
3. oświadczenie firmy Brainbox Technology dotyczące oddania do dyspozycji swoich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia;
4. oświadczenia firmy SARLVelogik jak powyżej;
5. oświadczenia firmy Smoove SAS z siedzibą w Montpellier zobowiązującej się do przekazania doświadczenia i wiedzy.

Przystępujący złożył wymagane oświadczenia wraz z pismem z 25 października 2013 r.

Za pomocą ekspertyzy sporządzonej przez biegłego sądowego Pana mgr J..... J..... Ł..... odwołujący wykazał, że oświadczenie Brainbox Technology dotyczące oddania do dyspozycji swoich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, nie zostało złożone w formie oryginału. Jednak nie prowadzi to do uznania, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu z powodu braku złożenia dokumentu w formie wymaganej w SIWZ.

Przystępujący wykazał dwie usługi i powołał się na zasoby trzech różnych podmiotów.

Skoro dla wykazania warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest wykonanie jednej usługi, to – mimo braku możliwości uznania usługi wykonanej przez Brainbox Technology – przystępujący spełnił wymaganie zamawiającego przez powołanie się na system C.Velo wykonany przez SARL Velogik.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez zamawiającego w kwocie 1.789.160,97 zł netto, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających wynosi 596.386,99 zł. Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 1.253.200,00 zł.

W postępowaniu złożono cztery oferty z cenami:

- WiM System Warząta i MAC Sp. j. – 1.088.444 zł;
- przystępujący - 1.249.000,00 zł;
- SHARING UNION Sp. z o.o. – 1.410.715 zł;
- odwołujący - 1.694.471,00 zł brutto.

Wskazując na rażąco niską cenę w ofercie przystępującego, odwołujący odnosił ją przede wszystkim do ceny własnej oferty i prezentowanej w uzasadnieniu odwołania oraz na rozprawie kalkulacji kosztów wykonania usługi. Tymczasem punktem odniesienia przy ocenie prawdopodobieństwa wskazania ceny rażąco niskiej powinien być przedmiot zamówienia, w tym jego wartość, z uwzględnieniem wymagań zamawiającego, co do wykonania zamówienia. Innym wypracowanym przez orzecznictwo kryterium badania ceny oferty jest jej odniesienie do średniej ceny ofert najbardziej zbliżonych cenowo.

Całkowicie gołostownie twierdził odwołujący, że wysokość ceny realizacji zamówienia zaproponowana przez odwołującego opiera się na nierzetelnej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia, jakie wykonawca ten jest zobowiązany ponieść. Brak jest podstaw do przyjęcia, że przystępujący złożył ofertę, w oderwaniu od informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, opisanych przez zamawiającego w SIWZ.

Pogląd o wadliwości opisu przedmiotu zamówienia podnoszony przez odwołującego na rozprawie nie został uwzględniony. Zarzuty wobec opisu przedmiotu zamówienia mogą być podnoszone stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp wyłącznie w terminie 10 dni od dnia opublikowania SIWZ. Skoro termin na kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia upłynął, Izba zobligowana była odnieść cenę oferty przystępującego do opisu wiążącego strony postępowania.

Izba stwierdziła, że odniesienie ceny oferty do przedmiotu zamówienia i jego wartości oraz do średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu nie uzasadnia wątpliwości co do ceny oferty przystępującego. Do poglądu przeciwnego nie skłaniają wyliczenia i dokumenty z innych postępowań złożonych przez odwołującego. Realia wykonania systemu roweru miejskiego w innych krajach, przy innym poziomie cen usług nie znajdują zastosowania do badania ceny w tym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie potwierdził się. Jedynie na marginesie wypada przypomnieć, że odrzucenie oferty na podstawie powołanego przepisu może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust.1 Pzp, zatem również z tego względu żądanie odrzucenia oferty przystępującego jest całkowicie chybione.

Odwołujący podnosił, że złożenie przez przystępującego oferty z ceną rażąco niską stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz w art. 11 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba zważyła, że podanie przez wykonawcę ceny rażąco niskiej może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, jednak w każdym przypadku jest to *sui generis* kwalifikowana postać tej ceny. W przypadku art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest to cena poniżej kosztów, na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 5 cena kwalifikowana przez zamiar, z jakim wykonawca ją ustala. W przypadku obu przywołanych przepisów oraz również w razie zarzucenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art. 3 ust. 1 oraz w art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest stwierdzenie przez Izbę, że wykonawca złożył ofertę z ceną rażąco niską.

Skoro odwołujący wywodzi zarzut zaniechania odrzucenia oferty wyłącznie z faktu zawarcia w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny, to brak potwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, powoduje, że nie można przypisać zachowaniu wykonawcy znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Zawarty w odwołaniu pogląd o manipulowaniu ceną oferty przez przystępującego nie został uzasadniony, ani udowodniony.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W pkt 2 protokołu postępowania zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego

wykonanego przez Panią I..... T..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FREE CONSULTING I..... T..... we Wrocławiu. Program funkcjonalno-użytkowy był uwzględniony przez zamawiającego do ustalenia wartości przedmiotu zamówienia.

Na podstawie analizy dokumentów wskazanych jako dowody przez odwołującego, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że dzięki kontaktom między Panem B..... K..... a Prezesem przystępującego, przystępujący uzyskał przewagę konkurencyjną. Więcej, z korespondencji mailowej załączonej do złożonego przez odwołującego „Raportu z przeprowadzonych czynności” sporządzonego przez P..... W..... prowadzącego działalność pod firmą Informatyka Śledcza P..... W..... w Piasecznie wynika, że w okresie przygotowania przez zamawiającego pierwszego postępowania to Prezes Zarządu odwołującego był informowany przez Pana K..... o rozmiarze przedmiotu zamówienia i przewidywanym terminie otwarcia ofert.

W takiej sytuacji bez znaczenia pozostają twierdzenia odwołującego o osobistych relacjach między Panem B..... K..... a Panią I..... T.....

Dla porządku jedynie warto stwierdzić, że również w tej mierze twierdzenia odwołującego pozostały bez dowodu. Z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego wynika natomiast, że Pan B..... K..... jest współnikiem i członkiem Rady Nadzorczej SHARING UNION Sp. z o.o., natomiast Pani I..... T..... jest członkiem Rady Nadzorczej tej spółki.

Jak Izba ustaliła wyżej, SHARING UNION Sp. z o.o. złożyła ofertę z ceną trzecią w kolejności, przewyższającą możliwości finansowe zamawiającego. Trudno zatem dać wiarę twierdzeniom, że kontakty z Panem B..... K..... budowały przewagę nad konkurentami.

Zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 1.800 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....