

Sygn. akt: KIO 1275/14

Postanowienie
z dnia 8 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu w dniu 8 lipca 2014 r., w Warszawie, na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2014 r. przez wykonawcę: **Nextbike Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16 lok. 17, 00-349 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Bielsko-Biała – Urząd Miejski w Bielsku Białej, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała**,

przy udziale wykonawcy: **BikeU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

- wobec cofnięcia w dniu 8 lipca 2014 r. odwołania, przed otwarciem rozprawy,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Nextbike Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16 lok. 17, 00-349 Warszawa**, kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego 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 **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Bielsko-Biała – Urząd Miejski w Bielsku Białej – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zorganizowanie, uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja Systemu Bezobsługowych Wypożyczalni Rowerowych w Bielsku Białej” o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (znak postępowania: PM 271.1.2014).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 005-005056 z dnia 8 stycznia 2014 r.

W dniu 20 czerwca 2014 r., Odwołujący – Nextbike Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16 lok. 17, 00-349 Warszawa – wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez BikeU Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że:
 - a. oferta ta zawiera rażąco niską cenę;
 - b. złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
 - c. wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania;
2. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
 1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BikeU, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BikeU, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
 3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia BikeU, pomimo że nie wykazało ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;
 4. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania BikeU do złożenie wyjaśnień

- dotyczących treści złożonych oświadczeń i dokumentów;
5. art. 26 ust. 2b Pzp poprzez uznanie za prawidłowe zobowiązania do udostępnienia zdolności finansowych, pomimo że nie wynika z nich, że BikeU będzie realnie nimi dysponował;
 6. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert BikeU i w konsekwencji:
 - a. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia BikeU i odrzucenia jego oferty, względnie
 - b. nakazanie Zamawiającemu wezwania BikeU do wyjaśnienia dokumentów.

Uzasadniając stawiane – w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oraz popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji – w odwołaniu zarzuty przywołano tożsame argumenty, jak w sprawie rozpoznanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 591/14. Przedmiotowe zarzuty zostały jednocześnie poszerzone o argumentację opartą na wiedzy powziętej przez Odwołującego po zapoznaniu się z odtajnionymi wyjaśnieniami wykonawcy BikeU Sp. z o.o. dotyczącymi zaoferowanej ceny. W tym zakresie Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca BikeU nie udowodnił w żaden konkretny i przekonujący sposób, ani nie przedstawił żadnych konkretnych danych, rozwiązań, projektów, warunków, itp. na uzasadnienie swoich twierdzeń. Wskazano przy tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Powyższe zarzuty i twierdzenia nakierowane zostały na wykazanie naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, jako samodzielnej podstawy odwołania, co zostało potwierdzone w trakcie posiedzenia.

Zawiadomienie o wniesionym odwołaniu zostało przez Zamawiającego przekazane wykonawcy BikeU Sp. z o.o. drogą elektroniczną w dniu 23 czerwca 2014 r. oraz listem poleconym w dniu 24 czerwca 2014 r.

W dniu 26 czerwca 2014 r. (data wpływu do KIO) wykonawca BikeU Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 7 lipca 2014 r. (data pisma oraz wpływu do KIO) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 8 lipca 2014 r., strony nie zgłosiły opozycji, co do przystąpienia zgłoszonego przez BikeU Sp. z o.o. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę BikeU Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika.

Pełnomocnik przystępującego złożył na posiedzeniu wniosek o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu podniósł, że kwestie te zostały przesądzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 591/14. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, Przystępujący podniósł natomiast, iż zarzut ten jest zarzutem spóźnionym. Zamawiający poparł wniosek o odrzucenia odwołania w powyższym zakresie.

Odwołujący złożył na posiedzeniu oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego oraz umocowaną do składania wszelkich oświadczeń przed Krajową Izbą Odwoławczą w niniejszym postępowaniu.

W związku ze skutecznym cofnięciem odwołania na etapie posiedzenia, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp oraz art. 192 ust. 1 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Należy wskazać, że w związku z cofnięciem odwołania, a nie jego poszczególnych zarzutów, Izba związana oświadczeniem o cofnięciu obowiązana była do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania, stosownie do brzmienia art. 187 ust. 8 Pzp. Na marginesie, w związku z zakomunikowanym stronom na posiedzeniu stanowiskiem o braku podstaw do kierowania na rozprawę zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, czynu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, należy wskazać, że ich popieranie z jednoczesnym wycofaniem pozostałej części zarzutów, musiałoby skutkować odrzuceniem odwołania. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zostały rozpoznane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 591/14. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji, obecnie wniesione odwołanie oparte zostało na tożsamej argumentacji, powtarzającej w przeważającej części brzmienie odwołania rozpoznanego w sprawie o sygn. akt KIO 591/14. Skoro Odwołujący postawił już wówczas przedmiotowe zarzuty, zostały one rozpoznane w oparciu o analizę całości dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co znajduje potwierdzenie w treści uzasadnienia wydanego w tej sprawie wyroku, a więc

także przy uwzględnieniu treści wyjaśnień wykonawcy BikeU Sp. z o.o. Izba analizując okoliczności wynikające z tych dokumentów nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji, co zostało szczegółowo przedstawione w treści uzasadnienia wydanego wyroku. Należy zauważyć następnie, że w poprzednim odwołaniu Odwołujący powołał już także art. 90 ust. 3 (w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp), co także podważałoby możliwość jego ponownego rozpoznawania. Zarzut ten, podnoszony jako samodzielny i nakierowany na wykazanie zaniechania Zamawiającego pozostawałby przy tym w sprzeczności z przesądzoną już kwestią dotyczącą rażąco niskiej ceny, a w dodatku byłby zarzutem spóźnionym. W odniesieniu do powyższych zarzutów Odwołujący, co podnosił w trakcie posiedzenia Przystępujący, mógł kwestionować rozstrzygnięcie Izby w trybie skargi (art. 198a ust. 1 Pzp). Nie można przy tym podzielić stanowiska Odwołującego, że został on pozbawiony możliwości skutecznego kwestionowania rozstrzygnięcia Izby z uwagi na okoliczność odtajnienia dokumentów po upływie terminu do wniesienia skargi. Należy wskazać, że zgodnie z art. 198a ust. 2 Pzp, w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o apelacji. Zgodnie z art. 382 Kpc, sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Odwołujący dysponował więc prawem poddania kontroli instancyjnej oceny Izby, co do powyższych zarzutów, która to kontrola objęłaby także wyjaśnienia wykonawcy BikeU Sp. z o.o., będące częścią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeanalizowanej przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 591/14. Ponadto, należy wskazać, że zgodnie z art. 381 Kpc, sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Jak wskazuje się w doktrynie powyższe przepisy stanowią o przyjęciu przez polskiego ustawodawcę apelacji pełnej, która zakłada dopuszczalność powoływania przed sądem drugiej instancji nowych faktów i dowodów. Pominięcie „nowości” możliwe jest jedynie, gdy strona mogła je powołać przed sądem pierwszej instancji (Mariusz P. Wójcik, Komentarz aktualizowany do art. 381 Kodeksu postępowania cywilnego, stan prawny 2014.04.01; Lex/el). Do czasu rozpoznania wniesionej skargi Odwołujący, na skutek nakazania przez Izbę odtajnienia wyjaśnień, z pewnością powziąłby wiedzę o ich treści a okoliczności, które starał się wykazać w kolejnym odwołaniu, mógłby skutecznie podnosić przed sądem. Nie zaistniałaby przy tym przesłanka negatywna z art. 198f ust. 4 Pzp, gdyż powyższe zarzuty, w tym art. 90 ust. 3 Pzp powołane zostały w podstawie poprzedniego odwołania. Ponadto, jeżeli w ocenie Odwołującego skarga nie mogła być złożona w terminie na skutek późniejszego odtajnienia dokumentu wyjaśnień to warto także przytoczyć brzmienia art. 198e ust. 2 Pzp, zgodnie z którym jeżeli strona nie dokonała w terminie

czynności procesowej nie ze swej winy, sąd na jej wniosek przywraca termin. Odwołujący mógł więc rozważyć skorzystanie także z tej możliwości. Powyższe rozważania pozostawały jednak bez wpływu na konieczność wydania – wobec cofnięcia odwołania – postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach Izba orzekła stosownie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 3544), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie, na podstawie przedłożonych faktur, kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu. Cofnięcie odwołania nastąpiło bowiem przed otwarciem rozprawy. W tym stanie rzeczy orzeczenie o kosztach dotyczyć mogło jedynie nakazania zwrotu Odwołującemu kwoty 90% uiszczonej tytułem wpisu, gdyż o tym stanowi powołany § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) w/w rozporządzenia. Wskazać należy, że prawodawca przewidział możliwość zasądzenia na rzecz zamawiającego kosztów, o którym mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia, w sytuacji gdy cofnięcie odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy (§ 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia). Tym samym prawodawca jednoznacznie określił, w jakiej sytuacji następuje zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania (w szczególności kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, wynagrodzeniem pełnomocnika). W niniejszej sprawie cofnięcie odwołania nastąpiło natomiast na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy. Z tego też względu Izba nie znalazła podstaw do zasądzenia na rzecz Zamawiającego zwrotu wnioskowanych kosztów.

Przewodniczący: