

Sygn. akt: KIO 2396/20

WYROK
z dnia 8 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Kuszel-Kowalczyk**

Członkowie: **Piotr Kozłowski**

Emil Kuriata

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **Marfina S.L. z siedzibą w Sabadell** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich**

przy udziale wykonawcy **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Marfina S.L. z siedzibą w Sabadell** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Marfina S.L. z siedzibą w Sabadell**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Marfina S.L. z siedzibą w Sabadell** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich**, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny sprzętem używanym lub odnowionym” (nr ZDM/UM/DZP/70/PN/61/20). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 155-379669. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21 września 2020 r. wykonawca Marfina S.L. z siedzibą w Sabadell (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności polegającej na modyfikacji w dniu 10 września 2020 roku opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z żądaniami uwzględnionego przez zamawiającego odwołania z 24 sierpnia 2020 roku (sygn. akt KIO 2059/20), a dodatkowo naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez spowodowanie, że konkurencyjną ofertę w Postępowaniu jest w stanie złożyć wyłącznie podmiot dysponujący już w chwili obecnej używanymi rowerami 3. generacji w liczbie wymaganej przez zamawiającego, a jedynym takim wykonawcą działającym na rynku pozostaje dotychczasowy operator systemu Warszawski Rower Publiczny - Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie „Nextbike”) lub podmioty z nim bezpośrednio powiązane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania lub dokonania zmiany w specyfikacji Postępowania polegającej na dopuszczeniu zaoferowania przez wykonawców wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów, podczas gdy odwołujący sformułował wprost takie żądania w odwołaniu rozpatrywanym pod sygnaturą akt KIO 2059/20, zaś Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty tego odwołania, przystępujący po jego stronie Nextbike nie wniósł sprzeciwu wobec tej czynności, a Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 14 września 2020 roku umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie, a wobec tego Zamawiający zobowiązany jest spełnić żądania sformułowane w odwołaniu rozpatrywanym pod sygnaturą akt KIO 2059/20,

2. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jedynie pozorne dopuszczenie zaoferowania w Postępowaniu nowych rowerów 3. lub 4. generacji, podczas gdy wyznaczony czas dostawy rowerów (1 marca 2021 roku) wykracza poza termin produkcji nowych rowerów (ok. 7.5 miesiąca), a zatem w praktyce możliwe jest wyłącznie zaoferowanie w Postępowaniu używanych rowerów 3. lub 4. generacji, zaś tylko Nextbike dysponuje obecnie rowerami używanymi w liczbie wymaganej przez Zamawiającego, a więc pozostaje on jedynym podmiotem mogącym złożyć konkurencyjną ofertę w Postępowaniu,
3. art. 91 ust. 1 ustawa Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawa Pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert, na podstawie których oferta wykonawcy, który zaoferuje w Postępowaniu nowe rowery 4. generacji otrzyma jedynie 16 punktów więcej niż oferta wykonawcy, który zaoferuje w Postępowaniu używane rowery 3. generacji, podczas gdy ze względu na kryterium „Cena” o wadze 60 punktów, liczba ta nie pozwala na złożenie w Postępowaniu konkurencyjnej oferty zakładającej dostawę nowych rowerów 4. generacji, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że Nextbike nie poniesie kosztów nabycia używanych rowerów 3. generacji, a więc pozostaje on jedynym podmiotem mogącym złożyć konkurencyjną ofertę w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz akt postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 2059/20, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia Postępowania, a więc uwzględnienie żądania sformułowanego w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu w sprawie KIO 2059/20;
ewentualnie:
4. nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji Postępowania poprzez dopuszczenie zaoferowania w Postępowaniu wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów, a więc uwzględnienie żądania sformułowanego w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu w sprawie KIO 2059/20;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący wskazał, że w celu kontynuacji funkcjonowania systemu, zamawiający 11 marca 2020 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego pn. Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny oraz uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja wypożyczalni rowerów Warszawska Wypożyczalnia Rowerów, nr referencyjny ZDM/UM/DZP/30/PN/26/20 („Dotychczasowe Postępowanie”). Wykonawca wybrany w Dotychczasowym Postępowaniu ma być operatorem systemu WRP w latach 2021-2027, a więc bezpośrednio po wygaśnięciu obecnej umowy z Nextbike. W wyznaczonym w Dotychczasowym Postępowaniu terminie składania ofert (15 czerwca 2020 roku), jedyną ofertę złożył Odwołujący. W szczególności, do udziału w Dotychczasowym Postępowaniu nie przystąpił Nextbike, wobec którego postanowieniem z dnia 2 czerwca 2020 roku otwarto przyspieszone postępowanie układowe. Oferta odwołującego złożona w Dotychczasowym Postępowaniu jest w dalszym ciągu wiążąca i zabezpieczona wadium, zaś odwołujący pozostaje gotowy do realizacji zamówienia na jej podstawie. W dniu 11 sierpnia 2020 roku zamawiający poinformował na swojej stronie internetowej, że decyzję dotyczącą ewentualnego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w Dotychczasowym Postępowaniu podejmie dopiero jesienią 2020 roku. Jednocześnie, zamawiający wskazał, że zamierza ogłosić drugi, równoległy do Dotychczasowego Postępowania przetarg, w którym planuje wybrać operatora zastępczego.

W dniu 12 sierpnia 2020 roku zamawiający wszczął przedmiotowe Postępowanie, dotyczące obsługi systemu Warszawski Rower Publiczny w roku 2021, z możliwością skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji na rok 2022.

W odróżnieniu od Dotychczasowego Postępowania, w którym zamawiający wymagał m.in. zapewnienia wyłącznie fabrycznie nowych rowerów tzw. 4. generacji (tj. rowerów posiadających wbudowane zabezpieczenie, którego zamknięcie powinno skutkować automatycznym zwrotem roweru), w Postępowaniu przewidziane zostało dostarczenie przez wykonawców rowerów używanych lub odnowionych 3. generacji (tj. rowerów, których zwrot jest możliwy wyłącznie w obrębie stacji, przy pomocy elektrozamka lub obejm). Jednocześnie, zamawiający w ramach dokumentacji Postępowania przygotował dwa alternatywne opisy przedmiotu zamówienia: *OPZ dla oferty podstawowej* (zakładający zapewnienie przez wykonawcę używanych lub odnowionych rowerów 3. generacji) oraz *OPZ dla oferty wariantowej* (przewidujący dostawę przez wykonawcę używanych lub odnowionych rowerów 4. generacji). Zamawiający planował oceniać zarówno oferty podstawowe, jak i wariantowe według jednolitych kryteriów oceny ofert, bez zastosowania jakiegokolwiek przelicznika. W dniu 24 sierpnia 2020 roku odwołujący zakwestionował powyższe zapisy SIWZ Postępowania w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (rozpatrywanego pod sygnaturą KIO 2059/20 - dalej jako „Odwołanie nr 1”), formułując następujące żądania: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania, ewentualnie nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji Postępowania poprzez dopuszczenie zaofiarowania w

Postępowaniu wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów.

W dniu 10 sierpnia 2020 roku zamawiający zamieścił na stronie internetowej zmodyfikowaną dokumentację Postępowania (m. in. zmiany do SIWZ, zmodyfikowany wzór umowy, zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia).

Odwołujący podniósł, że w dniu 11 września 2020 roku zamawiający poinformował go o uwzględnieniu w całości Odwołania nr 1 w zakresie wszystkich zarzutów odwołującego, tj. zarzuty 1) - 3) odwołania, poprzez przygotowanie i dokonanie zgodne z przepisami ustawy Pzp modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz ze odpowiednim w świetle ustawy Pzp wydłużeniem terminu składania ofert) w przedmiotowym postępowaniu w zakresie:

- 1) rezygnacji z „dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia i nakazania wykonawcom złożenia oferty wyłącznie na jeden z nich. pod rygorem odrzucania wszystkich złożonych ofert” (zarzut nr 1) m.in. poprzez rezygnację z dopuszczenia składania przez wykonawców ofert wariantowych;
- 2) rezygnacji z „dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia oraz przewidzenia identycznych kryteriów oceny ofert dla wszystkich ofert składanych w przedmiotowym postępowaniu” (zarzut nr 2), m.in. poprzez modyfikacje wskazane w pkt 1) oraz przewidzenie dodatkowego kryterium oceny ofert: „zastosowania do realizacji zamówienia rowerów czwartej generacji”;
- 3) sformułowania, zgodnie z przepisami art. 29 oraz 7 ustawy Pzp, opisu przedmiotu zamówienia dla oferty w sposób precyzyjny oraz umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, w szczególności „w zakresie sformułowania warunków granicznych, które ma spełniać sprzęt używany (w odniesieniu do jego stanu technicznego i wizualnego)” (zarzut nr 3) oraz dopuszczenia możliwości zaoferowania nowych rowerów.

W dniu 14 września 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie wszczęte odwołaniem nr 1, stwierdzając, że *„wystarczające [w tym celu] jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmuje w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki postępowania odwoławczego”*.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe odwołanie dotyczy zapisów zmodyfikowanej specyfikacji Postępowania, którą zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 10 września 2020 roku, a które to zapisy, po pierwsze nie odpowiadają żądaniom postawionym przez odwołującego w Odwołaniu nr 1 (uwzględnionym przez zamawiającego w całości), a po drugie - w dalszym ciągu nie zapewniają konkurencyjności Postępowania.

Uzasadniając zarzut nr 1 odwołania odwołujący w pierwszej kolejności zaznaczył, że sytuacja uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości została wyczerpująco

uregulowana w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem, w takim przypadku „Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. W ocenie odwołującego, w przypadku spełnienia się dwóch warunków określonych we wskazanym przepisie (tj. po pierwsze, uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, oraz po drugie - braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego po jego stronie), niejako automatycznie powinny nastąpić dwie konsekwencje (tj. po pierwsze, umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę, a po drugie - wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu).

W niniejszej sprawie zaś, pomimo spełnienia się obu powyżej określonych warunków (tj. uwzględnienia odwołania przez zamawiającego oraz braku sprzeciwu ze strony Nextbike), na chwilę obecną doszło do zaistnienia tylko jednej z wymienionych konsekwencji. O ile bowiem Izba w istocie umorzyła postępowanie odwoławcze wszczęte wniesieniem Odwołania nr 1, to zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. Zamawiający ani nie unieważnił Postępowania (żądanie z pkt 1.3 Odwołania nr 1), ani też nie dopuścił realizacji zamówienia wyłącznie poprzez zaoferowanie nowych rowerów, a nie używanych oraz odnowionych (żądanie ewentualne z pkt 1.4 Odwołania nr 1).

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w sposób oczywisty nie wypełnił obowiązku nałożonego na niego art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nie spełnił żądań Odwołania nr 1, mimo jego uwzględnienia w całości. Odwołujący nie wie z czego wynikło zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie - przecież od samego początku był on świadomy jakie żądania zostały sformułowane w Odwołaniu nr 1. Jeżeli więc zamawiający uznawał je za bezzasadne, to nie powinien był podejmować decyzji o uwzględnieniu Odwołania nr 1 w całości.

Odwołujący na potwierdzenie wskazanego powyżej rozumienia art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 4 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2270/11.

Podsumowując uzasadnienie tego zarzutu odwołujący stwierdził, że w momencie, w którym zamawiający zdecydował się uwzględnić w całości zarzuty Odwołania nr 1 to niejako został pozbawiony uprawnienia do dalszego analizowania akceptowalności sformułowanych w nim żądań. Zamawiający powinien więc albo wykazać, dlaczego nie spełnił żądań Odwołania nr 1 (wskazując na niemożliwość ich realizacji lub też ich niezgodność z prawem), albo też - unieważnić Postępowanie lub zmodyfikować jego specyfikację w sposób wskazany w Odwołaniu nr 1.

Uzasadniając kolejne zarzuty odwołujący stwierdził, że sposób w jaki zamawiający zmodyfikował specyfikację Postępowania nie tylko nie odpowiada żądaniom Odwołania nr 1, ale też w ogóle nie rozwiązuje podniesionej w tym odwołaniu kwestii, tj. nie zapewnia uczciwej

konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Choć bowiem zamawiający formalnie zlikwidował w Postępowaniu możliwość składania ofert wariantowych, to w praktyce w dalszym ciągu wykonawcy mogą zaoferować zupełnie różne świadczenia. Wykonawcy mogą bowiem zapewnić zamawiającemu rowery tzw. 3. generacji (tj. rowery, których zwrot jest możliwy wyłącznie w obrębie stacji, przy pomocy elektrozamka lub obejm) lub rowery tzw. 4 generacji (posiadające wbudowane zabezpieczenie, którego zamknięcie powinno skutkować automatycznym zwrotem roweru). Ponadto zdaniem odwołującego, rozbieżności pomiędzy ofertami mogą być nawet większe niż w przypadku pierwotnego OPZ. Możliwe jest bowiem zaoferowanie przez wykonawców w Postępowaniu następujących rowerów: używane rowery 3. generacji, nowe rowery 3. generacji, używane rowery 4. generacji, nowe rowery 4. generacji.

Odwołujący zastrzegł, że w chwili obecnej, czas dostawy nowych rowerów 4. generacji w liczbie wymaganej przez Zamawiającego to ok. 7.5 miesiąca. Tymczasem, pomiędzy terminem składania ofert w Postępowaniu (19 października 2020), a uruchomieniem systemu Warszawski Rower Publiczny (1 marca 2021 roku) pozostało zaledwie niecałe 4.5 miesiąca. Nawet więc zakładając, że zawarcie umowy w Postępowaniu nastąpiłoby w tym samym dniu co otwarcie ofert (co jest oczywiście niemożliwe), to i tak żaden z wykonawców nie byłby w stanie dostarczyć nowych rowerów na czas.

W efekcie, w istocie jedyną realną opcją realizacji zamówienia, zdaniem Odwołującego, w dalszym ciągu pozostaje zaoferowanie zamawiającemu używanych rowerów - 3. lub 4. generacji. To zaś powoduje, że pomimo formalnej zmiany specyfikacji Postępowania, konkurencja w nim pozostaje wyłącznie iluzoryczna.

W ślad za Odwołaniem nr 1 odwołujący wskazał, że zamawiana w Postępowaniu liczba rowerów niemalże odpowiada wolumenowi sprzętu Nextbike, który obecnie jest użytkowany w ramach systemu Warszawski Rower Publiczny. Przyznał to sam zamawiający w informacji poprzedzającej wszczęcie Postępowania, w której wskazał, że „przetarg obejmuje dotychczasową liczbę stacji (331) i rowerów (4870) standardowych”. Ograniczenie tej liczby o ok. 10% (obecnie, po zmianach SIWZ, Zamawiający wymaga 300 stacji oraz 4400 rowerów) nie zmienia przy tym zdecydowanego uprzywilejowania Nextbike.

Odwołujący wskazał ponadto, że przede wszystkim jednak, Nextbike nie tylko dysponuje obecnie używanymi rowerami w liczbie wymaganej przez zamawiającego, lecz jest jedynym wykonawcą na rynku, który posiada taką przewagę konkurencyjną. Innymi słowy, aby wziąć udział w Postępowaniu, Nextbike może w istocie ograniczyć się do zaoferowania zamawiającemu użytkowanego przez niego dotychczas sprzętu - wszyscy inni wykonawcy musieliby zaś spróbować pozyskać go z rynku, co ze względu na specyfikę branżową jest praktycznie niemożliwe.

Odwołujący stwierdził, że nawet jednak, gdyby okazało się, że jakikolwiek wykonawca jest w

stanie zdobyć używany sprzęt w ilościach wymaganych przez Zamawiającego, to i tak musiałby ponieść przede wszystkim koszt jego nabycia (w przeciwieństwie do Nextbike), a następnie jego dostosowania do wymagań opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Odwołujący wskazał, że koszty te w żaden sposób nie są rekompensowane przez nowo wprowadzone przez Zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert, które kształtują się następująco:

Zadeklarowanie zastosowania do realizacji zamówienia rowerów czwartej generacji: brak zastosowania rowerów czwartej generacji – 0 pkt, zastosowanie rowerów czwartej generacji – 8 pkt.

Zadeklarowanie zastosowania do realizacji zamówienia rowerów nowych: brak zastosowania rowerów nowych – 0 pkt, zastosowanie rowerów nowych – 8 pkt.

Z powyższego, o ocenie odwołującego, wynika bowiem, że wykonawca, który zaoferuje w Postępowaniu nowe rowery 4. generacji (czyli takie jak te wymagane przez zamawiającego i zaoferowane przez odwołującego w Dotychczasowym Postępowaniu) może liczyć na 16 dodatkowych punktów w stosunku do wykonawcy oferującego dostawę używanych rowerów 3. generacji (czyli rowerów pozostających obecnie własnością Nextbike i użytkowanych w ramach systemu Warszawski Rower Publiczny). Kryterium ceny w dalszym ciągu przypisano zaś wartość aż 60 punktów. Powyższe oznacza, że przyjmując uśrednioną cenę nabycia nowego roweru 4. generacji jako 1000 euro, w Postępowaniu nie jest możliwe złożenie konkurencyjnej oferty wobec Nextbike, który w ogóle nie ponosi kosztów nabycia używanych rowerów 3. generacji. Już na starcie bowiem, wykonawca chcący zaoferować nowe rowery 4. generacji musi ponieść dodatkowe koszty w kwocie 4 400 000 euro (tj. nabycie 4400 rowerów w cenie 1000 euro za rower), tj. 19 580 000 złotych.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że - jak wskazuje sam zamawiający - niniejsze Postępowanie ma jedynie przejściowy, pomostowy charakter. Przyjmując więc, że zaoferowane w Postępowaniu rowery będą użytkowane wyłącznie przez jeden sezon, oferta wykonawcy, który nabędzie nowe rowery 4. generacji już na starcie otrzyma o 25 punktów mniej niż oferta Nextbike. Na potwierdzenie odwołujący przedstawił własne wyliczenia. Ponadto odwołujący stwierdził, że nawet gdyby zamawiający skorzystał z prawa opcji polegającego na przedłużeniu użytkowania rowerów o kolejny sezon, co umożliwiłoby amortyzację kosztu zakupu rowerów w okresie dwóch lat, w dalszym ciągu wykonawca oferujący nowe rowery 4. generacji traciłby do Nextbike aż 15 punktów – na potwierdzenie czego odwołujący przedstawia wyliczenia własne. Wreszcie odwołujący przyjmując założenie, że możliwe byłoby amortyzowanie nabytych na potrzeby Postępowania rowerów w standardowym, pięcioletnim okresie (co jest w praktyce niemożliwe, wymagałoby bowiem natychmiastowego zaoferowania ich w innym postępowaniu - już jako dwuletnich rowerów używanych), stwierdza, że w dalszym ciągu oferta Nextbike pozostawałaby uprzywilejowana

– co potwierdza wyliczeniami własnymi.

Na marginesie, odwołujący zauważył, że powyższe kalkulacje dotyczą jedynie porównania kryteriów oceny ofert „Cena” oraz „Zaoferowanie nowych rowerów” i „Zaoferowanie rowerów 4. generacji” dla rowerów standardowych. Tymczasem, jak już zostało wskazane w Odwołaniu nr 1, również pozostałe kryteria oceny ofert w Postępowaniu premiuje Nextbike. Zamawiający dodatkowo punktuje bowiem chociażby dostarczenie i włączenie do systemu Warszawski Rower Publiczny rowerów dziecięcych oraz rowerów ze wspomaganie elektrycznym. Maksymalną liczbę punktów w tych kryteriach może zdobyć zaś taki wykonawca, który dostarczy zamawiającemu wskazane rowery w liczbie obecnie dostarczanej w ramach systemu WRP przez Nextbike (tj. odpowiednio 60 rowerów dziecięcych i 6 stacji, oraz 100 rowerów elektrycznych i 10 stacji). Inni wykonawcy musieliby zaś - ponownie - ponieść koszty nabycia takich rowerów, z czego Nextbike pozostaje zwolniony. Podsumowując, w ocenie odwołującego, mimo dokonanych przez zamawiającego zmian specyfikacji Postępowania, w dalszym ciągu jedynym wykonawcą mogącym złożyć w nim konkurencyjną ofertę pozostaje dotychczasowy operator systemu Warszawski Rower Publiczny, tj. Nextbike. To on bowiem pozostaje właścicielem wszelkiego sprzętu, który jest już obecnie użytkowany w obrębie tego systemu, jednocześnie spełniającego wymagania sformułowane w Postępowaniu przez zamawiającego. Ewentualni konkurenci Nextbike, zdaniem odwołującego musieliby zaś ponieść dodatkowe, milionowe koszty, w żaden sposób nierekompensowane im przez ustalone w Postępowaniu kryteria oceny ofert.

W efekcie, w pełni aktualne pozostają nie tylko żądania zawarte w Odwołaniu nr 1, ale także sformułowana w nim konkluzja. W ocenie odwołującego, w dalszym ciągu bowiem rzeczywistą intencją zamawiającego przyświecającą prowadzeniu Postępowania jest przedłużenie funkcjonowania obecnego systemu Warszawski Rower Publiczny - przy czym obecny sprzęt ma być obsługiwany w dalszym ciągu przez obecnego operatora, tj. Nextbike. W ocenie odwołującego, takie działanie nie powinno zaś mieć miejsca w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie konkurencyjnym - a tym bardziej nie w sytuacji, w którym zamawiający w dalszym ciągu prowadzi inne postępowanie w tym zakresie (tj. Dotychczasowe Postępowanie).

Jednocześnie, odwołujący wskazał, że choć powyższa analiza została przeprowadzona przez odwołującego jedynie w odniesieniu do rowerów, to identyczny problem dotyczy również pozostałych elementów systemu Warszawski Rower Publiczny - tj. w szczególności stacji, oprogramowania dotyczącego aplikacji mobilnej, itd. Ponownie, zdaniem odwołującego, to Nextbike znajduje się na uprzywilejowanej pozycji w ich zapewnieniu.

Odwołujący podkreślił również fakt, iż przygotowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie obejmuje dwóch równorzędnych sposobów wykonania tego samego zamówienia, a w istocie dwa odrębne zamówienia. W ramach postępowania wykonawca może

zaoferować albo rowery używane albo rowery nowe, pomiędzy którymi występują istotne różnice, które w efekcie prowadzą do nieporównywalności ofert.

W istocie więc, w ocenie odwołującego, zamawiający objął niniejszym Postępowaniem dwa różne zamówienia, z których zrealizowane może zostać tylko jedno. Takie działanie należy zaś uznać za sprzeczne z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Zamawiającego zostało przedstawione w odpowiedzi na odwołanie datowanej na dzień 6 października 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując okoliczności stanowiące podstawę takiego wniosku i szczegółowo uzasadniając swoje stanowisko oraz przywołując stosowne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający podniósł, że sformułowanie przez odwołującego odwołania z dnia 24 sierpnia 2020 r. (w umorzonyj przez Izbę sprawie odwoławczej - KIO 2059/20) w taki sposób, że:

- (a) żądania nie wynikały z zarzutów odwołania,
- (b) uwzględnienie wszystkich zarzutów nie pociągało za sobą konieczności uwzględnienia któregokolwiek z 2 żądań;
- (c) uwzględnienie żądań odwołania prowadziło do niezgodności z przepisami ustawy Pzp (brak podstaw do unieważnienia postępowania) lub sprzeczności z uzasadnionym potrzebami zamawiającego i jego możliwościami finansowymi, które mogą zostać zapewnione przez dopuszczenie do realizacji systemu najmu rowerów publicznych przy pomocy sprzętu używanego lub odnowionego, jak również kierowanie się przez zamawiającego jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że nieuwzględnienie przez zamawiającego żądań z uwzględnionego odwołania (których uwzględnienie prowadziło do czynności niezgodnych z ustawą Pzp) nie może prowadzić do negatywnych konsekwencji w postępowaniu, a jedynie może stanowić podstawę do wniesienia odwołania, w którym odwołujący może kwestionować modyfikacje dokonane w tym postępowaniu przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał, na istnienie rzeczywistej możliwości konkurencyjnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie nie tylko przez dotychczasowego wykonawcę - Nextbike Polska SA w restrukturyzacji, ale również innych potencjalnych wykonawców (wskazanych w treści uzasadnienia odpowiedzi) dysponujących rowerami używanymi lub odnowionymi pozyskanymi w związku z likwidacją systemów rowerów publicznych w Polsce i Europie, wcześniej prowadzonych przez tych wykonawców, jak również możliwości zaoferowania rowerów nowych w terminach i w liczbach wymaganych w świetle dokumentacji tego postępowania na dzień 1 marca 2021 r., w szczególności przez odwołującego, który do dnia 29 września 2020 r. (tj. unieważnienia poprzedniego postępowania na system najmu rowerów publicznych w oparciu o sprzęt nowy) był związany ofertą zapewnienia jeszcze większej niż

wymagana w tym postępowaniu liczby nowych rowerów od dnia 1 marca 2021 roku;

Zdaniem zamawiającego nastąpiło rzeczywiste otwarcie przedmiotowego postępowania na konkurencję w zakresie dopuszczenia możliwości zaoferowania w nim rowerów nowych oraz przewidzenia dodatkowych kryteriów poza cenowych dot. zaoferowania rowerów nowych i rowerów 4. generacji o łącznej wadze 16%, a tym samym umożliwieniu ubiegania się o przedmiotowe zamówienie również przez odwołującego, przy jednoczesnym określeniu opisu przedmiotu zamówienia i ww. kryteriów i ich wag w sposób zgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego oraz jego aktualnymi (w zw. z COVID-19 i cięciami w budżecie M. st. Warszawy) możliwościami finansowymi, które wymuszają konieczność redukcji wydatków, a tym samym oparcia systemu najmu rowerów publicznych o sprzęt używany lub odnowiony.

Zamawiający wniósł o zasądzenie od odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w zakresie kosztów pełnomocnika, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie, dokumentacji przedmiotowego postępowania, postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2059/20 oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłosił wykonawca Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp ponieważ, odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W tym zakresie przystępujący przedstawił argumentację popierającą jego stanowisko. Z ostrożności, przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem przystępującego, analiza treści SIWZ wskazuje, że zamawiający sporządził SIWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert w Postępowaniu w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą Pzp, w tym nienaruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż zgłoszone przez odwołującego zarzuty są zarzutami spóźnionymi i dotyczą czynności które zamawiający

wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp). W okolicznościach niniejszej sprawy, stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Podstawę wniesienia odwołania stanowiło zamieszczenie przez zamawiającego zmodyfikowanej dokumentacji Postępowania na stronie internetowej w dniu 10 września 2020 r. Jednocześnie postanowieniem z dnia 14 września 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt. KIO 2059/20 wszczęte w wyniku wniesienia odwołania wobec pierwotnych zapisów specyfikacji Postępowania, zaznaczając, że wystarczające do tego było oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania przez Zamawiającego. W ocenie Izby zarzuty odwołania odnoszą się do nowej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określonej w odmienny sposób niż w SIWZ pierwotnej. Tym samym, odwołujący należycie ustalił termin na wniesienie odwołania. Ponadto, co nie jest sporne pomiędzy odwołującym, a zamawiającym, zamawiający nie wykonał żądań odwołującego zgłoszonych w odwołaniu o sygn. KIO 2059/20, pomimo uwzględnienia odwołania w całości, tak więc nie ziszcila się również przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, jak już wskazano powyżej, że w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie.

Izba uznała, iż odwołujący, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2059/20, dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz załącznikami, oraz dokumentów składanych przez Strony w trakcie rozprawy, a także jako załączniki do pism. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 października 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest „Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny sprzętem używanym lub odnowionym.”. Termin realizacji zamówienia określono w następujący sposób: od dnia zawarcia umowy (płatności rozpoczną się od 2021 roku), zakończenie: 20.12.2021. Zamawiający zastrzegł możliwość skorzystania z prawa opcji polegającego na wydłużeniu usługi zarządzania i utrzymania Systemu WRP, dla wszystkich Rowerów dostępnych w systemie WRP do 30 listopada 2022 roku. Wydłużenie usługi, o którym mowa w zdaniu powyżej dotyczyć będzie okresu od 1 marca 2022 do 30 listopada 2022 roku.

Odwołujący w dniu 24 sierpnia 2020 r. wniósł pierwsze odwołanie (oznaczone sygn. akt KIO 2059/20) dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt. 7 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w Postępowaniu dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia i nakazanie wykonawcom złożenia oferty wyłącznie na jeden z nich, pod rygorem odrzucenia wszystkich złożonych ofert, a przez to opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i sprzeczny z zasadami składania ofert wariantowych, podczas gdy istotą dopuszczenia składania przez wykonawców ofert wariantowych jest możliwość przedstawienia przez nich własnej koncepcji realizacji zamówienia, a nie wyłącznie wybór między wariantami zaproponowanymi uprzednio przez Zamawiającego, zaś rozwiązanie przyjęte obecnie przez Zamawiającego sprowadza się w istocie do prowadzenia jednego Postępowania dla dwóch odrębnych zamówień, co jest niedopuszczalne oraz podczas gdy Zamawiający prowadzi już postępowanie dotyczące przedmiotu zamówienia (zdefiniowane poniżej jako „Dotychczasowe Postępowanie”), w którym termin składania ofert upłynął 15 czerwca 2020 r.,
2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w Postępowaniu dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia, a jednocześnie przewidzenie identycznych kryteriów oceny ofert dla wszystkich ofert składanych w Postępowaniu, bez zastosowania jakiegokolwiek przelicznika, podczas gdy ze względu na fakt, że oba opisy przedmiotu zamówienia różnią się zakresem świadczenia oczekiwanego od wykonawców (oferta podstawowa obejmuje dostawę rowerów 3. generacji, zaś

oferta w Postępowaniu dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia, a jednocześnie przewidzenie identycznych kryteriów oceny ofert dla wszystkich ofert składanych w Postępowaniu, bez zastosowania jakiegokolwiek przelicznika, podczas gdy ze względu na fakt, że oba opisy przedmiotu zamówienia różnią się zakresem świadczenia oczekiwanego od wykonawców (oferta podstawowa obejmuje dostawę rowerów 3. generacji, zaś oferta wariantowa -4. generacji), takie rozwiązanie nie zapewnia porównywalności złożonych ofert, a jednocześnie dyskryminuje wykonawców mających zamiar złożyć ofertę określoną przez Zamawiającego jako wariantowa, bowiem realizacja zamówienia w tym zakresie wiąże się z wyższymi kosztami po stronie wykonawców,

3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia dla oferty podstawowej w sposób nieprecyzyjny, a jednocześnie uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, bowiem Zamawiający dopuścił realizację zamówienia przy użyciu sprzętu używanego, bez sformułowania jakichkolwiek warunków granicznych, które ma on spełniać (w odniesieniu do jego stanu technicznego oraz wizualnego), co powoduje, że jedynym podmiotem mogącym złożyć ofertę w Postępowaniu (w zakresie oferty podstawowej i wariantowej) pozostaje Nextbike, bowiem Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu w ilościach odpowiadających dokładnie tym, których operatorem pozostaje obecnie Nextbike w ramach systemu Warszawski Rower Publiczny.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o: merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania, ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji Postępowania poprzez dopuszczenie zaoferowania w Postępowaniu wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W dniu 11 września 2020 r. zamawiający uwzględnił w całości odwołanie 1 tj. odwołania oznaczone sygn. akt KIO 2059/20.

W dniu 14 września 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2059/20.

W dniu 10 września 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ poprzez rezygnację z możliwości złożenia ofert wariantowych, korektę kryteriów oceny ofert,

skorygowanie formularza oferty, wzoru umowy, OPZ, formularza cenowego oraz zmianę terminu składania i otwarcia ofert.

Zgodnie z par. 3 ust. 1 b wzoru umowy „System WRP ma funkcjonować w systemie 24/7 dni w okresie od 1 marca do 30 listopada w 2021 roku. W przypadku niepodpisania przedmiotowej umowy do dnia 30 października 2020 roku, termin uruchomienia systemu WRP w pełnym zakresie w 2021 roku zostanie wydłużony proporcjonalnie o liczbę dni liczonych od dnia 30 października 2020 do daty faktycznego zawarcia umowy. W okresie od 1 marca 2021 do daty uruchomienia Systemu w pełnym zakresie, System WRP powinien, funkcjonować w ograniczonym zakresie. Wykonawca powinien wówczas uruchomić wszystkie niezbędne do funkcjonowania systemu elementy (m.in. System informatyczny, Aplikację mobilną, Stronę internetową oraz Centrum kontaktu) oraz co najmniej 25% ogólnej liczby rowerów oraz ogólnej liczby stacji. Stosunek uruchomionych rowerów do stacji powinien być ten sam z dopuszczalną tolerancją +/- 10%. Podczas funkcjonowania w ograniczonym zakresie wynagrodzenie Wykonawcy będzie obliczane na podstawie cen jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym, przemnożonych przez liczbę faktycznie uruchomionych elementów WRP. Liczba faktycznie uruchomionych elementów będzie ustalana 1 dnia każdego okresu rozliczeniowego. Zamawiający oczekuje, a Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności do uruchomienia systemu WRP w pełnym zakresie do dnia 1 marca 2021, zgodnie z harmonogramem opisanym w §5 Umowy”.

Zamawiający w dniu 11 marca 2020 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny oraz uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja wypożyczalni rowerów Warszawska Wypożyczalnia Rowerów*, nr referencyjny ZDM/UM/DZP/30/PN/26/20 (tzw. „Dotychczasowe Postępowanie”). Wykonawca wybrany w Dotychczasowym Postępowaniu miał być operatorem systemu WRP w latach 2021-2027, bezpośrednio po wygaśnięciu obecnej umowy z Nextbike. W wyznaczonym w Dotychczasowym Postępowaniu terminie składania ofert (15 czerwca 2020r.) jedyną ofertę złożył odwołujący.

W dniu 29 września 2020 r. zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnił Dotychczasowe Postępowanie, gdyż „oferta z najniższą ceną złożona w przedmiotowym postępowaniu przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie posiada dodatkowych środków na zwiększenie ww. kwoty.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba oddaliła odwołanie w całości.

Stosownie do art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w postępowaniu. Izba wielokrotnie w swoim orzecznictwie stwierdzała, że zamawiający uwzględniając odwołanie zobowiązany jest do realizacji jego postulatów. Jednakże brak takiej realizacji (brak wykonania żądań odwołania oznaczonego sygn. akt KIO 2059/20, który nie jest sporny pomiędzy stornami) nie wpływa na rozstrzygnięcie kolejnego odwołania. Izba stwierdziła, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości, ażeby Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności zgodnie z wnioskami odwołania jedynie na podstawie tego, że uprzednio zamawiający uwzględnił odwołanie. Art. 192 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje możliwość nakazania wykonania bądź powtórzenia czynności zamawiającego w sytuacji uwzględnienia odwołania - a zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp dla uwzględnienia odwołania konieczne jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zatem, nawet w przypadku niewykonania przez zamawiającego obowiązku z art. 186 ust. 3 Pzp musi wykazać w postępowaniu przed Izbą naruszenie przepisów ustawy uzasadniające nakazanie dokonania czynności zmierzających do usunięcia naruszenia ustawy. Izba rozstrzygając odwołanie nie może oprzeć się jedynie na okolicznościach uwzględnienia przez zamawiającego uprzednio wniesionego odwołania, bowiem owo odwołanie nie zostało przez Izbę merytorycznie zbadane, a jego zasadność nie została oceniona. Skutkiem uwzględnienia odwołania lecz nie uczynienia zadość woli odwołującego jest przedłużenie postępowania, możliwość złożenia kolejnego odwołania z czego odwołujący skorzystał oraz konieczność merytorycznego zbadania odwołania przez Izbę i rozstrzygnięcie o zasadności zarzutów w nim podniesionych bądź nie (podobnie wyrok KIO z dnia 12 września 2018 r., sygn. akt KIO 1729/18).

Izba uznała, że również pozostałe zarzuty odwołania dot. naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp tj. dyspozycji zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w związku z art. 7 ustawy Pzp stanowiącym, iż 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. Ponadto odwołujący zarzucił naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp „zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” w zw. z przywołanym powyżej art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zasadniczo odwołujący argumentował, że zmieniony opis przedmiotu zamówienia oraz zastosowane kryteria oceny ofert promują dotychczasowego wykonawcę Nextbike Polska S.A. jednocześnie uniemożliwiając mu złożenie konkurencyjnej oferty. Izba zwraca uwagę, że to na odwołującym spoczywał ciężar dowiedzenia, że sposób opisu przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być wykazane, realne i rzeczywiste. Jak wielokrotnie Izba podkreślała w swoich orzeczeniach, zasadniczo w każdym przypadku tworzenia opisu przedmiotu zamówienia jakiś wykonawca może zostać pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienia lecz nie przesądza to o niekonkurencyjności dokonanego opisu. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Należy bowiem dostrzec, że Zamawiający opisując warunki zamówienia, w pierwszej kolejności staje przed zadaniem takiego ich ukształtowania, aby spełniały jego uzasadnione potrzeby oraz cel, który musi się wykazać szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (tak m.in. w wyroku z dn. 16 lutego 2018 r. o sygn. akt KIO 155/18).

Izba zważyła, iż celem prowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia na stosunkowo krótki okres tj. jeden rok z opcją przedłużenia do dwóch lat i konieczność jego udzielenia wynika z unieważnienia tzw. dotychczasowego postępowania ze względu na fakt, iż oferta z najniższą ceną przewyższyła kwotę którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie posiada dodatkowych środków na zwiększenie ww. kwoty. Izba uwzględniła także argumentację zamawiającego który podkreślał, że jego podstawowym zamierzeniem konsekwentnie wyrażanym od początku niniejszego postępowania było udzielenie zamówienia na system najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny sprzętem używanym lub odnowionym. Powyższe znajduje uzasadnienie w obiektywnej potrzebie Zamawiającego oraz jego aktualnych możliwościach finansowych - Zamawiający nie dysponuje wystarczającymi środkami finansowymi w związku z aktualną sytuacją gospodarczą będącą następstwem COVID-19 na realizację powyższego zamówienia w oparciu o nowe rowery. Zamawiający wykazał konieczność znacznego ograniczenia wydatków ze względu na znaczne zmniejszenie wpływów do budżetu miasta (pisma: Dyrektora biura Polityki Mobilności i Transportu z dn. 3 kwietnia 2020 r. oraz Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 1 kwietnia 2020 r. (znak sprawy: ZK-WVIII.5520.28.20202.ANO (632.TMR.ZK-WVIII).

Odwołujący dąży do nałożenia na zamawiającego zobowiązania realizacji zamówienia

wyłącznie przy użyciu rowerów nowych, a nie używanych i odnowionych lub unieważnienia postępowania, co jest wprost sprzeczne z wyżej wskazanymi celem i potrzebami zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że dopuszczenie przez zamawiającego możliwości zaoferowania rowerów nowych 3 lub 4 generacji prowadzi do zaoferowania zupełnie różnych świadczeń. Izba uznała, że każdy wykonawca wyłoniony w wyniku niniejszego postępowania zobowiązany będzie do uruchomienia, zarządzania i kompleksowej eksploatacji samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny, niezależnie od tego czy zaoferuje realizację zamówienia przy użyciu sprzętu nowego, używanego czy też odnowionego. Natomiast rozwiązania lepsze jakościowo – są promowane poprzez odpowiednie sformułowanie kryteriów oceny ofert.

Nie sposób zgodzić się również z argumentacją Odwołującego, że dopuszczenie zaoferowania rowerów nowych 3 lub 4 generacji jest jedynie pozorne gdyż czas dostawy rowerów tj. 1 marca 2021 r. wykracza poza termin produkcji rowerów nowych wynoszący ok. 7,5 miesiąca, a zatem w praktyce możliwe jest zaoferowanie wyłącznie rowerów używanych, zaś tylko Nextbike dysponuje obecnie rowerami używanymi w liczbie wymaganej przez Zamawiającego. Twierdzenie to nie zostało udowodnione przez odwołującego. Za dowód nie można w szczególności uznać wyciągu z porozumienia zawartego w Barcelonie w dn. 5 czerwca 2020r. w którym wskazano, że „czas dostawy produktów wyniesie 7,5 miesiąca od momentu gdy [...] uiszczyć pierwszą płatność zgodnie z punktem 3.1 (c) (i), chyba że Strony umówią się inaczej”. Nie jest wiadome kto jest stroną przedmiotowego porozumienia, ani jakie są jego dalsze warunki. Z jego treści nie wynika nic poza tym, że Strony umówiły się na dostawę produktów w określonym terminie, który może zostać zmieniony jeśli Strony umówią się inaczej. Również oświadczenia przedstawione przez Odwołującego (oba z dn. 10 września 2020r., jedno złożone przez przedstawiciela firmy SMOOVE SAS z siedzibą w Oullins, a drugie przez przedstawiciela firmy Sitael S.p.A. z siedzibą w Mola di Bari, o treści tożsamej) nie dowodzą, że nie jest możliwe pozyskanie rowerów wyspecyfikowanych przez zamawiającego. Jak wskazał na rozprawie zamawiający nie jest wiadome w odpowiedzi na jakie zapytanie oświadczenia zostały wydane ani nie odnoszą się one do możliwości zaoferowania rowerów nowych. Ponadto wyrażają własne opinie co do możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Jednocześnie Izba zauważa, że bezspornym pomiędzy stronami był fakt realizacji w 2012 r. dostaw 1000 nowych rowerów w terminie 4 miesięcy. Ponadto w przypadku nie zawarcia umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania do dnia 30 października 2020 roku, termin uruchomienia systemu WRP w pełnym zakresie w 2021 roku zostanie wydłużony proporcjonalnie o liczbę dni liczonych od dnia 30 października 2020 do daty faktycznego zawarcia umowy. W okresie od 1 marca 2021 do daty uruchomienia Systemu w pełnym zakresie, System WRP powinien, funkcjonować w ograniczonym zakresie. Wykonawca powinien wówczas uruchomić wszystkie niezbędne do funkcjonowania systemu elementy

(m.in. System informatyczny, Aplikację mobilną, Stronę internetową oraz Centrum kontaktu) oraz co najmniej 25% ogólnej liczby rowerów oraz ogólnej liczby stacji (par. 3 ust. 1 Wzoru umowy), co powoduje ograniczenie liczby rowerów które muszą być pozyskane w terminie do 1 marca 2021 r. W ocenie Izby powyższe uprawdopodobnia możliwość realizacji zamówienia w oparciu o zaoferowanie nowych rowerów.

Fakt, że wykonawca Nextbike Polska S.A. jest dotychczasowym wykonawcą zamówienia i operatorem systemu Warszawskiego Roweru Publicznego niejako w sposób naturalny powoduje, że może on złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu i posiada określone przewagi konkurencyjne. Jednakże Izba przychyliła się do stanowiska przedstawionego przez zamawiającego, iż również ten wykonawca zmuszony będzie ponieść koszty przeglądu i przygotowania (modernizacji) używanych rowerów do realizacji zamówienia lub wręcz ich wymiany na nowe, ze względu na stopień ich zużycia po zamknięciu systemu. Tym samym, nie miarodajne są wyliczenia odwołującego w zakresie dysproporcji oceny ofert w oparciu o przyjęte przez zamawiającego kryteria, gdyż nie uwzględniają ww. kosztów. Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego wprowadził do kryteriów oceny ofert kryterium „zadeklarowanie zastosowania do realizacji zamówienia rowerów czwartej generacji” oraz „zadeklarowanie zastosowania do realizacji zamówienia rowerów nowych” o łącznej wartości 16 pkt. Izba zwraca uwagę, że odwołujący w polemice z wymaganiami zamawiającego wskazuje tylko że wagi ww. kryteriów są zbyt małe aby zrekompensowały zaoferowanie rowerów nowych 4 generacji w stosunku do rowerów używanych, jednakże nie przedstawia i nie argumentuje oczekiwanego poziomu wag dla tych kryteriów.

Podsumowując Izba stwierdza, że cecha zaoferowania rowerów nowych lub używanych nie jest immamentną cechą związaną z danym wykonawcą – każdy z wykonawców ma możliwość zaoferowania produktów przez siebie wybranych, a dokonany opis przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert prowadzi do zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. To od przeprowadzonych kalkulacji i przyjętego modelu biznesowego zależy czy i jaką ofertę wykonawca złoży. Tym samym, nie można mówić w niniejszym przypadku o naruszeniu przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów, a w szczególności o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wskazuje w odwołaniu sam odwołujący niniejsze postępowanie ma jedynie przejściowy, pomostowy charakter, tak więc wymaganie od Zamawiającego aby wbrew swoim uzasadnionym potrzebom dopuścił tylko i wyłącznie oferowanie nowych rowerów 4 generacji, jest wymaganiem nadmiernym i nieuzasadnionym.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania. O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izba na rzecz Zamawiającego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

.....
.....
.....