

Sygn. akt: KIO 211/15

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 17 lutego 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław- Urząd Miejski Wrocławia we Wrocławiu, pl. Nowy Targ 1-8**

przy udziale **wykonawcy Nextbike Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Przasnyska 6B** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 211/15 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę polegającą na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia z siedzibą we Wrocławiu, Pl. Nowy Targ 1-8 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 października 2014r. za numerem 2014/S 202-357589.

W dniu 22 stycznia 2014r. zamawiający poinformował faksem wykonawców o wyniku postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Nextbike Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Przasnyska 6B – dalej przystępującego oraz o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. dalej ustawy) wykonawcy BikeU sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53 – dalej odwołującego z uwagi na nieprzedłożenie odpowiedniego zaświadczenia potwierdzającego niekaralność w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 oraz art. 10 i 11 ustawy dla podmiotu trzeciego.

W dniu 2 lutego 2015r. (1 luty 2015r. – niedziela dzień ustawowo wolny od pracy) odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 stycznia 2015r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 2 lutego 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo że złożyła ona nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania;
2. naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechania uznania oferty przystępującego za odrzuconą;
3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta podlega odrzuceniu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty przystępującego,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego z postępowania, a tym samym uznanie jej oferty za odrzuconą;
3. nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert;
4. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów, w oczywisty sposób ma istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ w postępowaniu tylko oferta odwołującego jest ważna (odwołującemu przysługuje skarga do sądu w zakresie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 2821/14) i powinna podlegać ocenie zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna, w ocenie odwołującego, uwzględnić niniejsze odwołanie. Uchybienia dokonane przez zamawiającego mogą zostać naprawione przez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy, wskazanymi w niniejszym odwołaniu. Ponadto należy odwołujący zaznaczyć, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 grudnia 2011 r. (KIO 2702/11) przez „dane zamówienie”, do którego odnosi się art. 179 ust. 1 Ustawy, należy rozumieć nie przedmiot konkretnego postępowania, lecz dostawę/usługę/robotę budowlaną, którą zamawiający chce na podstawie umowy o zamówienie publiczne nabyć.

Odwołujący przywołał treść normy art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz wskazał na wymóg zamawiającego opisany w pkt VIII. 1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wskazujący na konieczność wykazania przez wykonawcę, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową lub łącznie środki finansowe i zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN (jeden milion pięćset tysięcy złotych). Podał, że zamawiający w pkt IX.A.5 wskazał jaki dokument będzie w jego ocenie stanowił dowód na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący wraz z ofertą złożył oświadczenie i dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w pkt VIII. 1.4 SIWZ, a jednocześnie przystępujący w dniu 19 grudnia 2014 r., w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o

nazwie Łódzki Rower Publiczny (ŁRP)" nr sprawy: ZDiT-DZ.3321.100.2014, prowadzonego przez Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu, złożył do sądu okręgowego w Łodzi skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2360/14 wraz z wnioskiem o zwolnienie z kosztów sądowych. Zdaniem odwołującego, to właśnie wniosek o zwolnienie z kosztów sądowych oraz przytoczone w nim argumenty dają podstawę do stwierdzenia, że w postępowaniu przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przystępujący we wniosku o zwolnienie z kosztów sądowych „W budżecie Skarżącego na rok 2014 nie przewidziano wolnych środków finansowych w wysokości 75.000 zł, które nie byłyby przeznaczone na działalność statutową, których uiszczenie nie pozostałoby bez wpływu na rozwój Skarżącego i dalsze świadczenie przez niego usług. Ponadto poniesienie przez Skarżącego tej opłaty, aktualnie, miałyby bardzo niekorzystny wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstwa Skarżącego”. W tej sytuacji, w ocenie odwołującego, złożone przez przystępującego oświadczenie zgodnie z art. 22 ustawy - wg zał. 3 pkt IX.A.I. siwz potwierdzające okoliczność znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia objętego postępowaniem jest informacją nieprawdziwą. Nie sposób, zdaniem odwołującego inaczej ocenić sytuacji, w której z jednej strony przystępujący wraz z oferta składa w postępowaniu oświadczenie, z którego wynika, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową lub łącznie środki finansowe i zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN, a z drugiej strony, prawie w tym samym czasie, oświadcza wprost, że wydatkowanie na opłatę od skargi 75 000.00 zł przerasta jego możliwości finansowe.

Mając na uwadze skalę oraz wartość zamówienia objętego postępowaniem w trakcie którego będzie zachodziła konieczność wydatkowania dużo większych środków finansowych celem jego należytego wykonania, odwołujący stwierdził, że sytuacja ekonomiczna i finansowa przystępującego nie pozwala na należyłą realizację przez niego zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, a jego działania należy ocenić jako intencjonalne i nastawione na uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem, mimo świadomości przystępującego, że nie posiada ona wystarczającej zdolności ekonomicznej i finansowej potrzebnej do realizacji zamówienia. Takie działanie miało, zdaniem odwołującego, ewidentny wpływ na wynik postępowania, bowiem przystępujący mimo złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, nie spełnia przedmiotowego warunku, bowiem przy wykazywaniu jego spełniania posłużył się informacją nieprawdziwą.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący powołał wyrok KIO z 10 czerwca 2014 r. sygn. KIO 1079/14, wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r. sygn. KIO 64/13, wyrok KIO z 29 października 2012 r. sygn. KIO 2262/12.

W dniu 3 lutego 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 5 lutego 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż nie podlegał wykluczeniu i złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która została wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 lutego 2015r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 5 lutego 2015r.

W dniu 16 lutego 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający poddał w wątpliwość czy odwołujący w ogóle posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, skoro zgodnie z wyrokiem Izby zamawiający wykluczył go z postępowania. Podniósł, że ta okoliczność może skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Jednocześnie odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów stwierdził, że nie miał wątpliwości co do prawdziwości podanych informacji odnośnie sytuacji finansowej przystępującego, gdyż złożył on informację z banku potwierdzającą zdolność kredytową wykonawcy wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem zamawiającego dokument ten ma charakter publiczno-prawny i został wystawiony przez profesjonalną instytucję i zamawiający nie ma podstaw do podważania tego dokumentu.

W dniu 16 lutego 2015r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane przez pełnomocnika, będącego jednocześnie członkiem zarządu działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 lutego 2015r. udzielonego przez dwóch pozostałych członków zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....