

**WYROK**

**z dnia 4 sierpnia 2020r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2020r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot**

przy udziale wykonawcy **MARFINA S. L., Sabadell, Passeig del Comerç, 100, B59372755 Barcelona** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w dialogu konkurencyjnym;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Gdańsku**.

**Przewodniczący : .....**

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie pn. „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu roweru metropolitalnego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 072-172095.

W dniu 12 czerwca 2020r. wykonawca - Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo braku zaistnienia podstawy wykluczenia;
- 2) art 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Nextbike z postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w dialogu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 1 czerwca 2020 r. Zamawiający przekazał mu informację o wynikach oceny spełniania warunku i otrzymanych ocenach oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. W opinii Odwołującego, Zamawiający w sposób niezasadny zastosował art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, bowiem podstawa wykluczenia, o której mowa w powyższym przepisie nie może mieć zastosowania do wykonawcy, który nie był stroną umowy o zamówienie publiczne.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności wskazał, że: „Wykonawca w sposób zawiniony (...) poważnie naruszył obowiązki zawodowe w procesie realizacji zamówienia”. Należy przyjąć, że pod pojęciem procesu udzielenia zamówienia Zamawiający rozumie nienależyte wykonanie zamówienia, o którym mowa w przedmiotowym przepisie. Przepis ten posługuje się pojęciem „zamówienia” zaś zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp „zamówienie publiczne to umowa odpłatna zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą”.

Według Odwołującego, stanowisko Zamawiającego, że pojęcie zamówienia zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp dotyczy również podwykonawstwa i nie można go odnosić wyłącznie do definicji wskazanej w art. 2 pkt 13 Pzp („ustawa Pzp definiuje jedynie zamówienie publiczne a w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 mowa jest o wykonaniu zamówienia w szerokim rozumieniu”) jest sprzeczne z przepisami Pzp. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 Pzp: „ustawę stosuję się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”. Zatem nie można rozumieć pojęcia „zamówienia” użytego w Pzp inaczej, niż jako zamówienie publiczne, a to z kolei, w myśl cytowanej definicji, to umowa zawarta z Zamawiającym. Umowa o podwykonawstwo nie jest umową o zamówienie publiczne. Zatem art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp dotyczy wykonywania zamówień publicznych - czyli umów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Umowa o zamówienie publiczne nie jest umową wielostronną pomiędzy zamawiającym, wykonawcą oraz pozostałymi podmiotami zaangażowanymi w realizację zamówienia. Podwykonawca jest związany stosunkiem zobowiązaniowym z wykonawcą, a nie zamawiającym i odpowiada on, zgodnie z zasadami prawa cywilnego, za należytą realizację umowy podwykonawczej, a nie zamówienia publicznego. Za wykonanie zamówienia publicznego odpowiada wykonawca tego zamówienia. Na marginesie warto zauważyć, że podwykonawca nie jest zobowiązany do weryfikacji zgodności postanowień umowy podwykonawczej z umową zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Podwykonawca realizuje umowę podwykonawczą na zasadach określonych w tej umowie i nie ma żadnego obowiązku ustawowego nałożonego na podwykonawcę, aby weryfikował on jej zgodność z umową o zamówienie publiczne, w związku z realizacją której owa umowa podwykonawcza została zawarta. Przykładowo - jeśli termin dostawy rowerów w umowie podwykonawczej określono by na dzień późniejszy, niż termin wskazany w umowie o zamówienie publiczne, podwykonawca nie odpowiadałby w stosunku do zamawiającego za opóźnienia w dostawie. Co więcej, podwykonawca może być uprawniony do wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia (np. z uwagi na opóźnienia w płatności od Wykonawcy za dotychczas wykonane prace) i w tej sytuacji również nie będzie on odpowiedzialny za opóźnienia w realizacji zamówienia. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że umowa podwykonawcza i umowa o zamówienia publiczne to dwa różne stosunki zobowiązaniowe. Odwołujący wskazał, że powiązania osobowe i kapitałowe wykonawcy i podwykonawcy, czy też zakres świadczenia podwykonawcy są prawnie irrelewantne dla art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Poleganie na zdolnościach technicznych i zawodowych nie ma wpływu na odpowiedzialność podwykonawcy względem Zamawiającego. Również udostępnienie potencjału ekonomiczno-finansowego nie wpływa bezpośrednio na odpowiedzialność podwykonawcy, bowiem podwykonawca odpowiada solidarnie z wykonawcą za zawinione nieudostępnienie potencjału (art. 22a ust. 5 ustawy Pzp), a nie rezultaty jego wykorzystania. Według Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący jako podwykonawca ponosi

odpowiedzialność za realizację umowy o zamówienie publiczne jest całkowicie nieuprawnione, bowiem nie wynika ona zarówno z przepisów prawa, jak również jakichkolwiek umów, czy też porozumień zawieranych przez Odwołującego.

Odwołujący zauważył, że wskazując na naruszenia kontraktu, Zamawiający odnosi się do zobowiązań NB Tricity sp. z o.o., a nie zobowiązań Odwołującego, np.: „IV związku z odstąpieniem od umowy NB Tricity spółka z o.o. powinna była zwrócić Zamawiającemu 1224 rowery oraz wszystkie inne elementy SRM, za które Zamawiający zapłacił wynagrodzenie w ramach Etapu I. W szczególności, NB Tricity spółka z o.o. powinna przekazać Zamawiającemu licencję umożliwiającą korzystanie i eksploatację SRM (§ 12 Umowy). Do dnia sporządzenia przedmiotowego zaproszenia, NB Tricity spółka z o.o. nie przekazała wszystkich rowerów (brakuje 31 szt.) oraz licencji na korzystanie z głównego systemu informatycznego Mevo - systemu bike sharingowego do zarządzania i sterowania wypożyczanymi rowerami.". Trudno nie odnieść wrażenia, że decyzja Zamawiającego jest egzemplifikacją niedopuszczalnej w polskim porządku prawnym odpowiedzialności zbiorowej.

Podsumowując, nie jest dopuszczalne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powodu naruszenia obowiązków zawodowych polegających na nienależytym wykonaniu zamówienia, w sytuacji w której nie był on stroną umowy o to zamówienie publiczne. Należy również podnieść, że przesłanki wykluczenia, że względu na swój charakter i daleko idącą sankcję powinny być interpretowane w sposób ścisły.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł brak wykazania przez Zamawiającego kumulatywnego wystąpienia wszystkich przesłanek wykluczenia, o których mowa w tym przepisie. Wskazał, że podstawa wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp znajdzie zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca w sposób (1) zawiniony, (2) poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co (3) podważa jego uczciwość. Wyżej wskazany przepis jako przykład naruszenia określa (4) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przesłanki, o których mowa powyżej muszą zostać spełnione kumulatywnie. Zamawiający winien zatem ustalić czy doszło do zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych - bowiem tylko zamierzone naruszenie (wina umyślna) albo naruszenie spowodowane rażącym niedbalstwem (kwalifikowana postać winy nieumyślnej) może stanowić podstawę wykluczenia. Ponadto uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do niej ustosunkować. Natomiast Zamawiający nie wskazał konkretnych przyczyn jakimi

kierował się wykluczając Odwołującego jak również nie udowodnił żadnej z przesłanek mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, a do części z nich w ogóle się nie odniósł.

Wskazał, że Zamawiający stwierdził ogólnikowo, że „jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, iż wykonawca w sposób zawiniony, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa poważnie naruszył obowiązki zawodowe w procesie realizacji przedmiotu zamówienia”. Natomiast w informacji o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 1 czerwca 2020 r. nie wykazał powyższych okoliczności, jak również odpowiednich środków dowodowych. Zamawiający usiłował jedynie udowodnić, że „literalne przeniesienie umowy o podwykonawstwo z zaledwie niewielkimi modyfikacjami, samo w sobie jest dowodem na to, że Nextbike Polska SA ponosi ciężar odpowiedzialności za realizację kontraktu”. Natomiast, okoliczności te są prawnie irrelewantne. Zamawiający w żaden w sposób nie wykazał, że uchybienie postanowieniom umowy wynika z działania lub zaniechania Odwołującego. Zamawiający niejako przyjął, że już sam fakt bycia stroną umowy podwykonawczej, czyli odpowiedzialnym za wykonanie tej umowy (nie umowy o zamówienie publiczne), daje możliwość wykluczenia na tej podstawie.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający pomimo iż uznał, że wina Odwołującego polegała na rażącym niedbalstwie, to jednak w żaden sposób nie wykazał, aby Odwołujący ponosił winę. W tym zakresie brakuje w ogóle argumentacji, a Zamawiający silnie w uzasadnieniu swojej decyzji akcentował odpowiedzialność Nextbike za realizację umowy podwykonawczej, co wskazuje, że Zamawiający myli pojęcie „winy” z pojęciem „odpowiedzialności”. Dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nie ma natomiast znaczenia okoliczność bycia odpowiedzialnym, lecz okoliczność ponoszenia winy. Można w konkretnej sytuacji być odpowiedzialnym za coś, a jednocześnie nie ponosić winy. Podkreślił też, że Zamawiający nie wskazał jakie konkretnie elementarne zasady prawidłowej realizacji umowy podwykonawczej nie zostały dochowane przez Odwołującego podczas realizacji umowy podwykonawczej. Zauważył, że Zamawiający w żaden sposób nie dokonał analizy czy działania Odwołującego wpisują się w definicję naruszenia obowiązków zawodowych, nie skonkretyzował przedmiotowych obowiązków, jak również nie ocenił czy przedmiotowe naruszenia mają wpływ na uczciwość Odwołującego, o czym mowa w dalszej części odwołania. Co więcej, uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest dowodem na to, że Odwołujący był bardzo zaangażowany w realizację umowy podwykonawczej.

Odwołujący podkreślił ponadto, że jedynym bezpośrednim zarzutem w stosunku do niego wynikającym z uzasadnienia dokonanej czynności był zarzut udzielenia wsparcia finansowego w zbyt niskim zakresie, co rzekomo spowodowało brak możliwości należytej realizacji umowy przez NB Tricity sp. z o.o. Jednakże w jego opinii Zamawiający nie wskazał i nie udowodnił jakiego konkretnie potencjału ekonomiczno-finansowego nie udostępnił

Odwołujący, jak również nie wykazał winy Odwołującego w rzekomym nieudostępnieniu potencjału („udzielenia wsparcia w zbyt niskim zakresie”) nie określił szkody jaką poniósł, jak również nie wykazał związku przyczynowego pomiędzy powyższymi okolicznościami.

Odwołujący podkreślił ponadto, że nie jest prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada prawa udzielania dalszych licencji na oprogramowanie. Odwołujący nie był zobowiązany do udzielania licencji Zamawiającemu, a z chwilą zawarcia umowy podwykonawczej udzielił licencji NB Tricity sp. z o.o. Wskazał, że Zamawiający nie jest uprawniony, aby po odstąpieniu od umowy domagać się przekazania licencji i kodu źródłowego. Zgodnie z §15 ust. 1 umowy licencja jest udzielana w ramach wynagrodzenia od dnia uruchomienia SRM. Zgodnie z definicją § 1 ust. 1 pkt 11 umowy SRM (System Roweru Metropolitalnego) to system wypożyczania rowerów obejmujący wszystkie elementy, które miały być dostarczone w ramach przedmiotu zamówienia. Zatem poprzez uruchomienie SRM należy rozumieć uruchomienie kompletnego systemu (a nie jego części, które nastąpić miało po zakończeniu Etapu II, które z uwagi na odstąpienie od umowy nie doszło do skutku. Powyższe rozumienie definicji uruchomienia SRM znajduje również swe potwierdzenie w odstąpieniu od umowy z dnia 28.10.2019 r., w którym Zamawiający wyraźnie odnosi się do „Etapu I SRM” i „Etapu II SRM” (odstąpienie dotyczy wyłącznie Etapu II SRM). Ponadto NB Tricity sp. z o.o. nie otrzymało całości wynagrodzenia za wykonane prace, w tym przekazanie licencji, zatem tym bardziej zdziwienie budzi fakt domagania się przez Zamawiającego jej przekazania. Dodatkowo należy wskazać, że w dniu 19.12.2019 r. NB Tricity sp. z o.o. zakwestionowała ważność i skuteczność udzielenia licencji i wszelkich roszczeń Zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Z ostrożności procesowej NB Tricity sp. z o.o. wypowiedziała również umowę licencyjną na podstawie przepisu art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na przedmiotowe pismo należy uznać, że przyjął argumentację NB Tricity sp. z o.o.

Końcowo Odwołujący stwierdził, że również działania Zamawiającego przyczyniły się do powstania opóźnień, jak również do poniesienia dodatkowych kosztów przez Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 lipca 2020r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu przedstawił okoliczności stanu faktycznego, które w jego ocenie miały istotny wpływ na podjętą przez niego czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Wskazał, że wykonawca NB Tricity spółka z o.o., który w sposób nienależyty wykonał zamówienie dotyczące Mevo 1.0., to spółka niskokapitałowa (5.000 złotych), w pełni zależna od Odwołującego (100% udziału w

kapitale zakładowym), powołana przez Odwołującego wyłącznie dla realizacji Mevo 1.0. Podczas przygotowań do Mevo 1.0 Zamawiający przeprowadził dialog techniczny, w którym brał udział wyłącznie Odwołujący (NB Tricity spółka z o.o. wtedy jeszcze nie istniała), pytania do SIWZ formułowane na etapie ogłoszenia zamówienia Mevo 1.0 zgłaszał Odwołujący (nie NB Tricity spółka z o.o.). O istnieniu NB Tricity spółka z o.o. Zamawiający dowiedział się podczas otwarcia ofert na Mevo 1.0. Odwołujący oświadczył wtedy, iż często powołuje spółki celowe dla realizacji poszczególnych projektów. Są to spółki w pełni zależne od Odwołującego, które potencjał, doświadczenie i moce wykonawcze czerpią w całości od spółki dominującej — Odwołującego. Członkami organów NB Tricity były osoby, które jednocześnie występowały jako członkowie organów/pracownicy Odwołującego w tamtym czasie. NB Tricity w treści oferty, wskazała, że w wykonaniu umowy korzystać będzie z zasobów Odwołującego. Przedstawiono oświadczenie Odwołującego, w którym to zobowiązał się, w okresie realizacji zamówienia publicznego, do:

- 1) udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej tj. doświadczenia zdobytego podczas realizacji zamówienia wykonanego dla Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie polegającego na zarządzaniu flotą 1.500 rowerów przez okres co najmniej roku;
- 2) udostępnienia zasobów ekonomicznych oraz finansowych poprzez:
  - a. powołanie się na uzyskanie średniego przychodu netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł w ostatnich 3 latach obrotowych;
  - b. aktywny udział w charakterze podwykonawcy w realizacji istotnej części zamówienia,
  - c. udzielenie jednej lub kilku pożyczek na korzystnych warunkach finansowych,
  - d. udzielenie poręczeń kredytowych lub gwarancyjnych,
  - e. wsparcia finansowego,
  - f. pozyskania z "korzystaniem swojej wiarygodności finansowej inwestorów mogących wnieść wkład finansowy do spółki,
  - g. objęcie nowych udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym,
  - h. ułatwienie Wykonawcy nawiązania współpracy z dostawcami, podwykonawcami i specjalistami pozostającymi w stosunkach gospodarnych z Nextbike Polska S.A.

NB Tricity w toku postępowania przetargowego przedłożyła Zamawiającemu dokument pod nazwą: „Założenia przyjęte do kalkulacji ceny ofert NB Tricity w postępowaniu”, będący przedstawieniem, w oparciu o tajemnicę przedsiębiorstwa, precyzyjnych wyliczeń planowanej inwestycji. Kluczowe jest to, że w przedmiotowym dokumencie NB Tricity wszelkie swoje wyliczenia ekonomiczne opierała na udostępnionych przez Odwołującego zdolnościach technicznych i zawodowych, a także polegając bezpośrednio na sytuacji finansowej Odwołującego. Zamawiający wskazał ponadto, że

umowa podwykonawcza, zawarta w dniu 18 czerwca 2018 r. między NB Tricity, a Odwołującym stanowi literalne przeniesienie umowy o wykonawstwo, z zaledwie niewielkimi modyfikacjami, co – zdaniem Zamawiającego - samo w sobie jest dowodem na to, że to Odwołujący ponosił ciężar odpowiedzialności za realizację umowy zawartej z Zamawiającym. Według przedmiotowej umowy Odwołujący zobowiązany był do realizacji przedmiotu zamówienia o wartości ok. 82 % umowy podstawowej (w JEDZ (str.12) złożonym wraz ofertą, NB Tricity sp. z o.o. wskazał, iż 90% zobowiązania zrealizuje przy pomocy podwykonawców). Zamawiający wskazał, że praktyka wykonania umowy dotyczącej Mevo 1.0 potwierdziła, iż wszelkie zobowiązania, niezbędne do wykonania umowy, takie jak zawarcie umowy na zakup rowerów od producenta, umowa kredytowa na finansowanie zakupu rowerów, czy umowy z firmami serwisującymi rowery zawierała nie NB Tricity, ale Odwołujący. Również wszelkie kontakty Zamawiającego, związane z realizacją umowy Mevo 1.0, od pewnego momentu, odbywały się wyłącznie z przedstawicielami Odwołującego. NB Tricity spółka z o.o. nie miała zresztą pracowników niezbędnych do wykonania umowy.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że to doświadczenie i zdolności Odwołującego umożliwiły NB Tricity złożyć ofertę spełniającą warunki SIWZ, a w praktyce to wyłącznie Odwołujący wykonywał umowę dotyczącą Mevo 1.0. Zabieg z powołaniem przez Odwołującego spółki celowej służył dwóm celom — po pierwsze, w przypadku niepowodzenia projektu, Odwołujący miał możliwość odciążenia się od odpowiedzialności za zobowiązania NB Tricity (co zresztą Odwołujący zrobił — władze spółki złożyły wniosek o ogłoszenie upadłości NB Tricity spółka z o.o., który został oddalony z uwagi na brak środków na postępowanie upadłościowe), po wtóre właśnie z uwagi na to, aby w przypadku nienależytego wykonania zamówienia, móc twierdzić, iż Odwołujący za to odpowiedzialności nie ponosi (co Odwołujący czyni, kierując odwołanie w postępowaniu).

Zamawiający podkreślił, że NB Tricity nie prowadzi już działalności gospodarczej, a tym samym nie składa ofert w ramach zamówień publicznych i nie może zostać wykluczona z postępowań. W związku z powyższym gdyby uznać, iż dyspozycja art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nie obejmuje Odwołującego, przepis ten, przy odpowiednim działaniu wykonawcy, w praktyce nigdy nie znajdowałby zastosowania. Odwołujący, korzystając ze spółek celowych, mógłby rażąco naruszać obowiązki umowne i dalej, z sukcesem, wygrywać kolejne postępowania.

Uwzględniając tak przytoczony stan faktyczny Zamawiający wskazał, że jedyną przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp jest poważne naruszenie obowiązków zawodowych, co zamawiający powinien wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Brak wykonania zamówienia jest szczególnym przykładem poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Według Zamawiającego takie rozumienie przepisu wynika nie tylko wprost z jego językowej wykładni, ale również z faktu,



iż pojawił się on w Pzp na skutek implementacji przepisów prawa europejskiego. W myśl art. 57 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/ UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, między innymi, wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. Dyrektywa, inaczej niż Pzp, nie wskazuje, iż szczególnym przykładem poważnego naruszenia obowiązków zawodowych jest nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Niezależnie od powyższego, faktem jest, iż to Odwołujący odpowiadał za faktyczne wykonanie zamówienia Mevo 1.0.

Zamawiający wskazał ponadto, że przypisuje Odwołującemu zarówno poważne naruszenie obowiązków zawodowych, jak i nie wykonanie oraz nienależyte wykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania/rażącego niedbalstwa. Objawiało się to w następujący sposób:

- 1) 4-miesięczna zwłoka w wykonaniu Etapu I Mevo 1.0.;
- 2) brak umiejętności zapewnienia należytego funkcjonowania Etapu I Mevo 1.0 — od momentu odbioru Etapu I do dnia odstąpienia od umowy, SRM ani jednego dnia nie funkcjonował w sposób prawidłowy; zarejestrowano setki naruszeń umowy w tym zakresie, naliczając ponad 14 milionów kar;
- 3) brak wykonania Etapu II Mevo 1.0.; Podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający dopiero po 7 miesiącach od upływu terminu na wykonanie Etapu II odstąpił od umowy, tym samym dając Wykonawcy de facto dodatkowy, znaczny czas na wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący czasu tego nie wykorzystał;
- 4) odstąpienie od umowy dotyczącej zamówienia na Mevo 1.0. przez Zamawiającego, wobec faktu, iż Wykonawca nie był w stanie wykonać zamówienia, zarówno w zakresie dostawy rowerów, jak i zarządzania SRM. Z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę Zamówienie wykonane zostało w bardzo niewielkim zakresie: z 4.088 rowerów dostarczono Zamawiającemu 1.177 rowery, a zamiast 6,5 roku zarządzania Systemem, Wykonawca zarządzał tym Systemem, w sposób skrajnie nieprawidłowy, przez 8 miesięcy;
- 5) nieodpowiedzialne złożenie oferty, której Wykonawca nie był w stanie zrealizować wielomiesięczna zwłoka w zakresie dostawy rowerów potwierdza, iż oferta była nieprzemysłana, a Wykonawca nie zapewnił sobie możliwości produkcyjnych;
- 6) brak zaspokojenia należnych Zamawiającemu kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia w zakresie Etapu I w łącznej kwocie 14.132.677,80 złotych;
- 7) brak zaspokojenia należnej Zamawiającemu kary umownej związanej z odstąpieniem od umowy w kwocie 4.027.290,60 złotych;

8) brak zaspokojenia roszczeń mieszkańców Pomorza — użytkowników SRM, którzy opłacili abonamenty (również roczne) i którym nie zwrócono niewykorzystanych środków;

9) brak zapewnienia Wykonawcy finansowania wykonania zamówienia, co zmusiło Wykonawcę do wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego, a następnie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości;

10) brak zwrotu wszystkich rowerów, za które Zamawiający zapłacił, mimo tego, iż Odwołujący miał taką możliwość i zależało to wyłącznie od jego dobrej woli; 11) brak przekazania Zamawiającemu oprogramowania umożliwiającego korzystanie z SRM i licencji do tego oprogramowania, mimo obowiązku wynikającego z umowy, co unieruchomiło SRM;

12) złożenie w ofercie oświadczenia, iż Odwołującemu przysługują prawa autorskie do oprogramowania, w tym w szczególności prawo do udzielenia Zamawiającemu licencji z prawem udzielania dalszych sublicencji, podczas gdy ani Wykonawca, ani Odwołujący takich praw nie miał.

Według Zamawiającego wszystkie powołane powyżej okoliczności świadczą o rażącym niedbalstwie, a czasem i celowym, zawinionym działaniu Odwołującego. Z całą pewnością działanie Odwołującego odbiegało znacznie od działań, jakie może przypisać profesjonalnemu podmiotowi. Zamiast, w pewnym momencie wykonania zamówienia, gdy Odwołujący wiedział, że nie jest w stanie wykonać zamówienie, dążyć do rozwiązania umowy i „ratować” środki mieszkańców, którzy wykupili abonament, Odwołujący brnął w dalsze wykonanie umowy, zapewniając Zamawiającego, że wszystko jest w porządku i że przechodzi przejściowe trudności. Dopiero udostępnienie dokumentów finansowych NB Tricity w ramach postępowania restrukturyzacyjnego i opublikowanie raportów giełdowych przez Odwołującego dało Zamawiającemu pogląd na rzeczywisty stan finansów Odwołującego.

W ocenie Zamawiającego, działanie Odwołującego przy zamówieniu dotyczącym Mevo 1.0. realnie podważa uczciwość Odwołującego, czyniąc go niewiarygodnym partnerem. Postępowanie dotyczy usługi, która będzie płatna i ogólnodostępna wśród mieszkańców Pomorza. W ogólnej świadomości społecznej wykonawcą Mevo 1.0 był Odwołujący. Firma Odwołującego kojarzona jest zatem z porażką projektu, ale przede wszystkim z tym, iż kilkadziesiąt tysięcy osób straciło swoje środki, a Odwołujący nie zrobił nic, aby środki te zwrócić. Nie sposób wyobrazić sobie zatem, aby mieszkańcy ponownie zaufali Odwołującemu i w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy znów powierzyli mu swoje środki na poczet abonamentów.

Ponadto zdaniem Zamawiającego, już sama treść odwołania realnie podważa uczciwość Odwołującego. Prawem Odwołującego jest podnoszenie różnych zarzutów, rzecz jednak w tym, iż w pewnych zakresach Odwołanie zawiera informacje nieprawdziwe. Dla

przykładu twierdzenie, że zamówienie zostało wykonane „prawie w całości”, wobec faktu, iż z 4088 rowerów dostarczono Zamawiającemu 1.177, a zamiast 6,5 roku zarządzania Systemem, Wykonawca zarządzał tym Systemem, w sposób skrajnie nieprawidłowy, przez 8 miesięcy, w ocenie Zamawiającego, przekracza granice uczciwości.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu MARFINA S. L., Sabadell, Passeig del Comerç, 100, B59372755 Barcelona zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba ustaliła:**

W dniu 1 czerwca 2020r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, wskazując, że: „jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, że Wykonawca w sposób zawiniony, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, poważnie naruszył obowiązki zawodowe w procesie realizacji przedmiotu zamówienia, któremu nadano nazwę: „Dostawa, uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja Systemu Roweru Metropolitalnego OMG-G-S”, co podważa jego uczciwość i nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Dla wyjaśnienia, KIO w w/w wyroku wskazała, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) – sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie, lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć. Poważne naruszenie obowiązków zawodowych jest wyrażeniem

niedookreślonym i wymaga indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego.

Z doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa generalnie wynika, że z nienależytym wykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wtedy, gdy świadczenie jest wprawdzie spełnione, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego.

Należy podkreślić, iż uPzp definiuje jedynie „zamówienie publiczne”, a w przywołanym powyżej przepisie (art. 24 ust. 5 pkt 2)) mowa jest o wykonaniu zamówienia w szerokim rozumieniu, czyli każdego kontraktu, także kontraktu podwykonawstwa. Umowa podwykonawcza zawarta w dniu 18.06.2018 roku między NB Tricity spółka z o.o. a Nextbike Polska S.A. stanowi literalne przeniesienie umowy o wykonawstwo z, zaledwie niewielkimi, modyfikacjami, co samo w sobie jest dowodem na to, że to Nextbike Polska S.A. ponosi ciężar odpowiedzialności za realizację kontraktu. Wg rzeczonoego kontraktu Nextbike Polska S.A. zobowiązana była do realizacji przedmiotu zamówienia o wartości ok. 82 % umowy podstawowej (w jdz (str.12) złożonym wraz ofertą, NB Tricity spółka z o.o. wskazał, iż 90% zobowiązania zrealizuje przy pomocy podwykonawców).

Zamawiający w kwietniu 2017 roku powołał zespół projektowy ds. budowy Systemu Roweru Metropolitalnego (dalej: „SRM”) w celu uruchomienia powszechnie dostępnych oraz masowo wypożyczanych przez użytkowników rowerów miejskich. W ramach prac zlecono szereg opinii i przygotowano szczegółową dokumentację techniczną, umożliwiającą przeprowadzenie przetargu, który został ogłoszony 19 marca 2018 roku. Przetarg zakładał między innymi budowę SRM składającego się z minimum 3866 rowerów, w tym co najmniej 10% z nich z napędem elektrycznym.

W rezultacie, przeprowadzono przetarg nieograniczony w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „uPzp”) na wyłonienie podmiotu, który dostarczy flotę 4.080 rowerów, wraz ze stacjami postoju oraz licencją na oprogramowanie do zarządzania. Dodatkowo podmiot wyłoniony w ramach postępowania miał operacyjnie zarządzać flotą zautomatyzowanego wynajmu rowerów miejskich przez okres 6,5 roku.

Spośród złożonych ofert, najkorzystniejszą okazała się oferta złożona przez Wykonawcę NB Tricity spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie – spółkę, której jedynym udziałowcem był Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, czyli największy operator systemów rowerów miejskich w Polsce.

Wykonawca NB Tricity spółka z o.o. w treści oferty wskazała, że na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu korzysta z zasobów Nextbike Polska S.A., który to będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim te zasoby udostępni.

## Sygn. akt KIO 1298/20

W dalszej kolejności przedstawiono wymagane oświadczenie Nextbike Polska S.A., w którym to zawarte jest zobowiązanie do:

1) udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej tj. doświadczenia zdobytego podczas realizacji zamówienia wykonanego dla Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, polegającego na zarządzaniu flotą 1.500 rowerów przez okres co najmniej roku;

2) udostępnienia zasobów ekonomicznych oraz finansowych poprzez:

a/ powołanie się na uzyskanie średniego przychodu netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł w ostatnich 3 latach obrotowych;

b/ aktywny udział w charakterze podwykonawcy w realizacji istotnej części zamówienia, c/ udzielenie jednej lub kilku pożyczek na korzystnych warunkach finansowych,

d/ udzielenie poręczeń kredytowych lub gwarancyjnych,

e/ wsparcie finansowe,

f/ pozyskanie z wykorzystaniem swojej wiarygodności finansowej inwestorów mogących wnieść wkład finansowy do spółki,

g/ objęcie nowych udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym, h/ ułatwienie Wykonawcy nawiązania współpracy z dostawcami, podwykonawcami.

Umowa podwykonawcza, zawarta w dniu 18.06.2018 roku między NB Tricity spółką z o.o., a Nextbike Polska S.A., stanowi literalne przeniesienie umowy o wykonawstwo z zaledwie niewielkimi modyfikacjami, co samo w sobie jest dowodem na to, że to Nextbike Polska S.A. ponosiło ciężar odpowiedzialności za realizację umowy zawartej ze Stowarzyszeniem. Według przedmiotowej umowy Nextbike Polska S.A. zobowiązana była do realizacji przedmiotu zamówienia o wartości ok. 82 % umowy podstawowej (w jedz (str.12) złożonym wraz ofertą, NB Tricity spółka z o.o. wskazała, iż 90% zobowiązania zrealizuje przy pomocy podwykonawców).

Dodatkowo, NB Tricity spółka z o.o. w toku postępowania przetargowego przedłożyła Zamawiającemu dokument pod nazwą: „Założenia przyjęte do kalkulacji ceny ofert NB Tricity spółka z o.o. w postępowaniu” będący przedstawieniem, w oparciu o tajemnicę przedsiębiorstwa, precyzyjnych wyliczeń planowanej inwestycji. Kluczowe jest to, że w przedmiotowym dokumencie NB Tricity spółka z o.o. wszelkie swoje wyliczenia ekonomiczne opierała na udostępnionych przez Nextbike Polska S.A. zdolnościach technicznych i zawodowych, a także polegając bezpośrednio na sytuacji finansowej i ekonomicznej Nextbike Polska S.A.

W rezultacie, 18 czerwca 2018 roku pomiędzy Zamawiającym a NB Tricity spółką z o.o.

zawarta została umowa, przedmiotem której była dostawa przez NB Tricity spółkę z o.o. ponad 4.080 rowerów elektrycznych na rzecz Zamawiającego, wraz ze stacjami postojowymi oraz zarządzanie przez okres 6,5 roku flotą rowerów za wynagrodzeniem. Obok powyższego, NB Tricity spółka z o.o. zobowiązała się do udzielenia Zamawiającemu nieograniczonej czasowo licencji wyłącznej na wszystkie elementy SRM, z prawem udzielania dalszych sublicencji.

Zgodnie z treścią umowy, przedmiot umowy zrealizowany miał być w dwóch etapach:

a/ Etap I – uruchomienie SRM w zakresie min. 30% rowerów na terenie 14 gmin w terminie 5 miesięcy od dnia zawarcia Umowy tj. do 18 listopada 2018 roku; b/ Etap II – uruchomienie całości SRM do 1 marca 2019 roku.

Co istotne, NB Tricity spółka z o.o. była spółką specjalnie powołaną przez Nextbike Polska S.A. dla realizacji tego konkretnego zamówienia. Była to spółka niskokapitałowa (kapitał zakładowy 5.000. złotych), bez doświadczenia, pracowników, środków na realizację umowy. Spółka, powiązana była kapitałowo i osobowo z największą spółką działającą w Polsce w zakresie systemów rowerowych - Nextbike Polska S.A. Osoby, jakie występowały w imieniu NB Tricity spółki z o.o. przy zawarciu i wykonaniu umowy, jednocześnie, jako członkowie Zarządu Nextbike S.A., reprezentowały Nextbike S.A.

Nextbike Polska S.A. i NB Tricity spółka z o.o. zobowiązały się wykonać przedmiot umowy, zgodnie z ustalonym harmonogramem, który nie był przez oba podmioty dotrzymany.

Zamawiający, za brak uruchomienia Etapu I w terminie oznaczonym w umowie głównej, miał prawo do naliczenia kary umownej, za każdy kolejny rozpoczęty miesiąc – 300.000,00 złotych, jednak nie więcej niż 900.000,00 złotych. Analiza protokołu z oceny gotowości wykonawcy do uruchomienia Systemu Roweru Metropolitalnego w dniach 7-11 stycznia 2019 roku wskazuje na stwierdzone rażące nieprawidłowości w działaniu oprogramowania do monitorowania Systemu Roweru Metropolitalnego, liczne usterki w przekazanych rowerach oraz błędy w funkcjonowaniu strony internetowej. Powyższe w rezultacie doprowadziło do negatywnego wyniku odbioru elementów systemu oraz negatywnego wyniku rozruchu testowego.

Etap I SRM nie działał w sposób zgodny z umową, co stanowiło podstawę do naliczenia dalszych kar umownych.

Pomimo upływu terminu do uruchomienia Etapu II SRM, NB Tricity spółka z o.o. Etapu II nie uruchomiła. Zamawiający wzywał NB Tricity spółkę z o.o. do należytego wykonania umowy i dostawy rowerów.

Co istotne, od momentu, kiedy zaczęło dochodzić do zwłoki w ramach Etapu II, na znacznej większości spotkań w imieniu obu firm występowała jedna osoba - członek Zarządu Nextbike Polska S.A. Udział w spotkaniach członków Zarządu NB Tricity spółki z o.o. był

sporadyczny. Członkowie Zarządu NB Tricity spółki z o.o. w zasadzie we wszelkich kwestiach dotyczących SRM odsyłali Zamawiającego do Nextbike Polska S.A.

Wskutek licznych naruszeń umowy Zamawiający wezwał NB Tricity spółkę z o.o. do zapłaty kwoty 14.132.677,80 zł, tytułem naliczonych kar umownych.

NB Tricity spółka z o.o. przedstawiła Zamawiającemu plan restrukturyzacyjny, z treści którego wynikało, iż oczekuje umorzenia 90% roszczeń Zamawiającego względem niego. Zamawiający przeprowadził Test prywatnego wierzyciela w celu sprawdzenia kondycji finansowej NB Tricity spółki z o.o. oraz Nextbike Polska SA, w wyniku którego Zamawiający nie zaakceptował przedstawionej konstrukcji restrukturyzacji.

Liczne naruszenia umowy oraz brak perspektyw co do prawidłowej realizacji Etapu II zmusiły Zamawiającego do odstąpienia od umowy z NB Tricity spółką z o.o.

W związku z odstąpieniem od umowy NB Tricity spółka z o.o. powinna była zwrócić Zamawiającemu 1224 rowery oraz wszystkie inne elementy SRM, za które Zamawiający zapłacił wynagrodzenie w ramach Etapu I. W szczególności, NB Tricity spółka z o.o. powinna przekazać Zamawiającemu licencję umożliwiającą korzystanie i eksploatację SRM (§ 12 Umowy). Do dnia sporządzenia przedmiotowego zaproszenia, NB Tricity spółka z o.o. nie przekazała wszystkich rowerów (brakuje 31 szt.) oraz licencji na korzystanie z głównego systemu informatycznego Mevo - systemu bike sharingowego do zarządzania i sterowania wypożyczanymi rowerami.

Ponadto, Zamawiający nie otrzymał pełnej kwoty kary umownej należnej w związku z odstąpieniem od umowy.

Konsekwencją odstąpienia od Umowy było unieruchomienie SRM. Z rowerów tych nie można korzystać. Do korzystania z rowerów niezbędne jest stosowne oprogramowanie (pozwalające na śledzeniu położenia pojazdów, naliczaniu opłat za korzystanie z nich, itp.). W toku rozmów z NB Tricity spółką z o.o. okazało się, iż nie dysponuje on takim oprogramowaniem, a licencję na korzystanie z oprogramowania, bez prawa do udzielania dalszych licencji posiada Nextbike Polska S.A. Tym samym, Zamawiający powziął wiedzę, iż przez najbliższe miesiące nie będzie w stanie uruchomić SRM i został zmuszony przeprowadzić kolejne postępowanie, mające na celu wyłonienie operatora SRM, który zapewni własne oprogramowanie – co stanowi znaczną szkodę na majątku Zamawiającego.

Po odstąpieniu od umowy przedstawiciele Nextbike Polska S.A. deklarowali, iż Nextbike Polska S.A. przekaze Zamawiającemu wszystkie elementy SRM.

Po przetransportowaniu rowerów do miejsc wskazanych przez Zamawiającego, Strony ustaliły, że rozpoczynają procedurę odbiorową. Nextbike Polska S.A. odwołała jednak spotkanie, wskazując na kolejną zmianę członków Zarządu.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Nextbike Polska S.A. do przekazania elementów SRM. W odpowiedzi na powyższe Spółka wskazała, iż nie przekaze 1224

rowerów, a jedynie 1177, jak również nie przekazał kompletnego oprogramowania umożliwiającego zarządzanie SRM.

Należy wyraźnie podkreślić, że NB Tricity spółka z o.o. nie przekazała kodu źródłowego do całego systemu IT służącego do obsługi i korzystania z Systemu Roweru Metropolitalnego. Z tego względu przekazane kody źródłowe zaledwie do aplikacji mobilnej „MEVO” nie mają żadnego znaczenia. Z uwagi na brak możliwości ich wykorzystania jako całość systemu zarządzającego pozostają one bezwartościowe – aktualizując obowiązek stworzenia aplikacji na nowo.

W związku z postępowaniem przetargowym, które doprowadziło do wyłonienia NB Tricity spółka z o.o., jako strony umowy, NB Tricity spółka z o.o. złożyła oświadczenie Nextbike Polska S.A. w zakresie udostępnienia, dla celów wykonania Umowy, zdolności zawodowej oraz zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

NB Tricity spółka z o.o., dla wykonania przedmiotu umowy faktycznie potrzebowała wsparcia w zakresie sytuacji finansowej oraz ekonomicznej, gdyż jako nowo powołana spółka celowa, o niskim kapitale zakładowym, nie byłaby w stanie samodzielnie wykonać Umowy.

Niestety wsparcie to udzielone zostało najwyraźniej w zbyt niskim zakresie. NB Tricity spółka z o.o., z uwagi na brak wystarczających środków nie była w stanie w sposób należyty wykonywać umowy. W konsekwencji, po stronie NB Tricity spółki z o.o. powstały znaczne zobowiązania majątkowe, wynikające przede wszystkim z kar umownych, na które to zobowiązania, Nextbike Polska S.A. nie przekazała środków. Co więcej, brak wsparcia finansowego doprowadził do wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego wobec NB Tricity spółki z o.o., w toku którego Spółka wniosła o umorzenie 90% zobowiązań.

Z powyższego oraz z faktu, iż NB Tricity spółka z o.o. nie była w stanie dostarczać elementów Systemu Roweru Metropolitalnego wynika ewidentnie, iż wsparcie ekonomiczne i finansowe, jakiego Nextbike Polska S.A. zobowiązała się udzielić NB Tricity spółce z o.o. było niewystarczające. Dość jaskrawym przykładem braku wystarczającego wsparcia finansowego ze strony Nextbike Polska S.A. jest brak zaspokojenia roszczeń podwykonawców pracujących przy Projekcie na zlecenie Nextbike Polska S.A. Zaległości wobec tych podmiotów, według stanu na dzień odstąpienia od umowy, sięgały miliona złotych. Nie sposób zatem twierdzić, iż Nextbike Polska S.A. w sposób wystarczający dla prawidłowej realizacji Umowy, udostępniła swoje zasoby w postaci potencjału finansowego lub ekonomicznego NB Tricity spółce z o.o., a to problemy finansowe właśnie doprowadziły do upadku Projektu.

W tym miejscu przypomnieć należy treść oświadczenia Nextbike Polska S.A. z dnia 04.05.2018 roku złożonego wraz z ofertą NB Tricity spółkę z o.o.:



„Ponadto Nextbike Polska S.A. w związku z udostępnieniem zdolności finansowej i ekonomicznej zobowiązuje się przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, aż do jego zakończenia do: aktywnego udziału w charakterze podwykonawcy w realizacji istotnej części zamówienia, udzielenia jednej lub kilku pożyczek na korzystnych warunkach finansowych, poręczeń kredytowych lub gwarancyjnych, wsparcia finansowego, pozyskanie z wykorzystaniem swojej wiarygodności finansowej inwestorów mogących wnieść wkład finansowy do spółki, objęcie nowych udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym, ułatwienie Wykonawcy nawiązania współpracy z dostawcami, podwykonawcami i specjalistami pozostającymi w stosunkach gospodarczych z Nextbike S.A.”

Dokładnie tego co wskazano powyżej zabrakło do tego, aby umowa mogła być wykonana przez NB Tricity spółkę z o.o. To problemy finansowe NB Tricity spółki z o.o., doprowadziły do wielomiesięcznych opóźnień, nienależytego funkcjonowania Systemu, a w konsekwencji do odstąpienia od umowy. Reasumując, to wskutek naruszenia przez Nextbike S.A. przyjętych na siebie obowiązków doszło do niewykonania zamówienia.

Zamawiający w ogłoszeniu nr 2020/S 072-172095 z dnia 10.04.2020 roku przewidział zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 5-8. Okoliczności faktyczne przywołane powyżej wyczerpują w pełni przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 2), na podstawie której Zamawiający wyklucza firmę Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem ta, w sposób zawiniony, poważnie naruszyła obowiązki zawodowe, co podważa jej uczciwość, w szczególności, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.”.

Izba ustaliła ponadto, że na podstawie zobowiązania Nextbike Polska S.A. z dnia 4 maja 2018r. spółka ta udostępniła w toku ubiegania się wykonawcy NB Tricity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego pn. „Świadczenie polegające na dostawie, uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu roweru metropolitalnego OMG-S”, zasoby obejmujące zakresem zdolność techniczną lub zawodową w postaci doświadczenia oraz udostępniła swój potencjał w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Izba ustaliła także, że w dniu 18 czerwca 2018r. Zamawiający - Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot zawarł z wykonawcą NB Tricity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie umowę nr OMGGG/UM/PN/01/2018 na zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie

polegające na dostawie, uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu roweru metropolitarneho OMG-S”.

Ponadto ustalono, że w tym samym dniu, tj. 18 czerwca 2018r. wykonawca NB Tricity sp. z o.o. oraz podwykonawca Nextbike Polska S.A. zawarły umowę podwykonawczą w ramach realizacji umowy dotyczącej ww. zamówienia publicznego.

**Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Stosownie do art. 2 pkt 13 Pzp przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja wykonawcy zawarta została w punkcie 1 ww. przepisu i zgodnie z nim wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie zaś z art. 3 ust. 1 Pzp ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że pojęcie „zamówienia” zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp dotyczy również podwykonawstwa i pojęcia tego nie można odnosić wyłącznie do definicji zamówienia publicznego wskazanej w art. 2 pkt 13 Pzp. W konsekwencji nie można rozumieć pojęcia „zamówienia” użytego w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp inaczej, niż jako zamówienie publiczne, a to z kolei, w myśl cytowanej definicji umowa zawarta pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Umowa o podwykonawstwo nie jest natomiast umową o zamówienie publiczne. Podwykonawca jest związany stosunkiem zobowiązaniowym z wykonawcą, a nie zamawiającym i odpowiada on, zgodnie z zasadami prawa cywilnego, za należyłą realizację umowy podwykonawczej, a nie zamówienia publicznego. Za wykonanie zamówienia publicznego odpowiada natomiast wykonawca tego zamówienia.

Zatem uwzględniając powyższe rozważania stwierdzić należy, że art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp dotyczy wykonywania zamówień publicznych - czyli umów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Jak natomiast ustaliła Izba, z przedłożonej przez Zamawiającego na rozprawie umowy z dnia 18 czerwca 2018 r. stroną umowy zawartą z Zamawiającym był wykonawca

NB Tricity sp. z o.o. Odwołujący był natomiast podwykonawcą NB Tricity - co wprost wynika z umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy tymi podmiotami w dniu 18 czerwca 2018r. Co istotne również to zauważyć należy, że Zamawiający wszelkie zarzuty uzasadniające czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania odnosił do zobowiązań NB Tricity sp. z o.o., a nie zobowiązań Odwołującego.

W konsekwencji więc mając na uwadze że przesłanki wykluczenia należy interpretować w sposób ścisły i niemożliwe jest ich rozszerzenia w stosunku do podmiotów nie wymienionych w tym przepisie Izba uznała, że Zamawiający w sposób niezasadny zastosował w stosunku do Odwołującego sankcję wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, bowiem przepis ten dotyczy wyłącznie wykonywania zamówień publicznych - czyli umów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Jak już natomiast wskazano wykonawcą w stosunku do którego mógłby zostać zastosowany powyższy przepis było NB Tricity nie zaś jego podwykonawca, tj. Nextbike Polska S.A. – Odwołujący w niniejszej sprawie.

Ponadto Izba uznała, za nieprawidłowe twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący jako podwykonawca ponosi odpowiedzialność za realizację umowy o zamówienie publiczne, bowiem nie wynika ona zarówno z przepisów prawa, jak również jakichkolwiek umów, czy też porozumień zawieranych przez Odwołującego. Również powiązania osobowe i kapitałowe wykonawcy i podwykonawcy, czy też zakres świadczenia podwykonawcy są prawnie irrelevantne dla art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Poleganie na zdolnościach technicznych i zawodowych nie ma wpływu na odpowiedzialność podwykonawcy względem Zamawiającego. Również udostępnienie potencjału ekonomiczno-finansowego nie wpływa bezpośrednio na odpowiedzialność podwykonawcy, bowiem podwykonawca odpowiada solidarnie z wykonawcą za zawinione nieudostępnienie potencjału (art. 22a ust. 5 ustawy Pzp), a nie rezultaty jego wykorzystania.

W konsekwencji uznania, że Zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował w stosunku do Odwołującego przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, bezprzedmiotowa stała się ocena czy w sprawie zaistniały przesłanki umożliwiające Zamawiającemu wykluczenie Odwołującego z postępowania jak również, czy Zamawiający wykazał w uzasadnieniu dokonanej czynności, w sposób dostateczny ich wystąpienie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

**Sygn. akt KIO 1298/20**

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).

**Przewodniczący:** .....