

Sygn. akt: KIO 32/22

POSTANOWIENIE
z dnia 21 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Rafał Malinowski
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 stycznia 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 stycznia 2022 r. przez Odwołującego **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji (ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot (ul. Długi Targ 39/40, 80-830 Gdańsk)**

przy udziale wykonawcy **City Bike Global S.A. (Av. Via Augusta 105, 08174 Barcelona, Sant Cugat del Vallés)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1) odrzuca odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji (ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji (ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot (ul. Długi Targ 39/40, 80-830 Gdańsk)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 772 zł 03 gr (siedemset siedemdziesiąt dwa złote trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów dojazdu

Zamawiającego **Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot (ul. Długi Targ 39/40, 80-830 Gdańsk)** na posiedzenie

- 2.2. zasądza od Odwołującego **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji (ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot (ul. Długi Targ 39/40, 80-830 Gdańsk)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 772 zł 03 gr (siedemset siedemdziesiąt dwa złote trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów dojazdu Zamawiającego na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot prowadzi postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu roweru metropolitalnego”.

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

Odwołujący Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy CBG jako wykonawcy niezaproszonego do złożenia oferty w sytuacji, gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu złożyła Marfina, zaś Wykonawca CBG nie udowodnił, że zaszła dopuszczalna zmiana podmiotowa, co w konsekwencji prowadziło do udzielenia zamówienia podmiotowi niewybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) art. 24 ust. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy CBG pomimo, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy CBG, mimo że Wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w postępowaniu;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy CBG z postępowania pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie był podmiotem zaproszonym do złożenia oferty;
- 5) art. 26 ust. 3 i 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wielokrotne wzywanie Wykonawcy CBG do wyjaśnienia tej samej okoliczności, tj. udowodnienia, że jest on podmiotem uprawnionym do złożenia oferty w wyniku dozwolonych zmian podmiotowych;
- 6) art. 60a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie dialogu z Wykonawcą Marfina także po dniu dokonania zmian, które w ocenie Wykonawcy CBG uprawniały go do

złożenia oferty zamiast Wykonawcy Marfina, choć nie była ona wówczas wykonawcą wybranym przez Zamawiającego (zarzut ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1) - 4) powyżej);

7) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, z uwagi na udział w dialogu konkurencyjnym podmiotu nieuprawnionego – Wykonawcy Marfina także po dniu dokonania zmian, które w ocenie Wykonawcy City Bike Global S.A. (dalej: CBG) uprawniały go do złożenia oferty zamiast Wykonawcy Marfina SL Passeig Comerç (dalej: Marfina) oraz ze względu na brak niezwłocznego przekazania Odwołującemu załączników do protokołu postępowania [zarzut ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1) - 4) powyżej];

8) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części załączników do protokołu, w tym dokumentów podmiotowych, przedmiotowych, dokumentów dotyczących zmiany podmiotowej Marfina - CBG;

9) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Wykonawcy CBG i wykluczenie go z postępowania.

Zgodnie z artykułem 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W toku Postępowania wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu złożyły trzy podmioty:

- 1) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: BikeU sp. z o.o. oraz Freebike s.r.o.;
- 2) Wykonawca Marfina;
- 3) Odwołujący.

Wskazane powyżej podmioty zostały następnie zaproszone przez Zamawiającego do udziału w dialogu. Następnie 11 maja 2021 r. Zamawiający skierował do ww. podmiotów, które uczestniczyły w dialogu (w tym do Odwołującego) zaproszenie do składania ofert.

W odpowiedzi na zaproszenie do złożenia oferty skierowane do uczestników dialogu konkurencyjnego, do Zamawiającego do dnia 26 lipca 2021 r. wpłynęły wyłącznie dwie oferty:

- a) oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: BikeU sp. z o.o. oraz Freebike s.r.o.;
- b) oferta Wykonawcy CBG.

Odwołujący, pomimo skierowanego do niego zaproszenia, nie złożył oferty w postępowaniu.

Okoliczność, że Odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu jest bezsporna.

Wobec tego faktu należy stwierdzić, że odwołanie wniesione przez Odwołującego na obecnym etapie (po dokonaniu przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert oraz po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) podlega odrzuceniu. Zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, ponieważ Odwołujący nie posiada statusu podmiotu, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, od którego uzależnione jest prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej określone w Dziale IX ustawy Prawo zamówień publicznych przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Prawo zamówień publicznych, pod pojęciem „wykonawcy” należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie posiada statusu żadnego z podmiotów wyszczególnionych w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec braku złożenia oferty w postępowaniu, Odwołujący definitywnie utracił status „wykonawcy”, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec niezłożenia oferty, świadomie i dobrowolnie zrezygnował z dalszego udziału w postępowaniu, a zatem utracił status wykonawcy - i wiążące się z nim prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący nie posiada również statusu tzw. „innego podmiotu” wskazanego w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pojęcie to obejmuje osoby inne niż wykonawcy, których np. uprawnienie do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało bezpodstawnie ograniczone przez zamawiającego. Ponownie należy podkreślić należy, że to Odwołujący świadomie i dobrowolnie zrezygnował z dalszego udziału w postępowaniu.

Z uwagi na brak statusu któregokolwiek z podmiotów, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy uznać, że odwołanie wniesione zostało przez podmiot nieuprawniony. W konsekwencji, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krąg podmiotów posiadających status wykonawcy ulega zawężeniu wraz z biegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po upływie terminu składania ofert przysługuje wyłącznie tym, którzy złożyli oferty. Można zatem utracić status wykonawcy. Okoliczność ta nie może być jednak wiązana z tym, że wykonawca staje się innym podmiotem (o którym mowa w art. 505 ustawy Prawo zamówień publicznych) i w dalszym ciągu posiada uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej.

Bez znaczenia pozostają wywody Odwołującego, iż brał udział w postępowaniu, bowiem uczestniczył w dialogu, jak również złożył odwołanie na etapie SWZ. Istotne jest, że Odwołujący nie złożył oferty. Nie składając oferty, Odwołujący zrezygnował z dalszego udziału w postępowaniu. Skoro tak, to Odwołujący nie jest w ogóle podmiotem związanym z postępowaniem, stał się podmiotem indyferentnym dla niniejszego postępowania, a w konsekwencji nie przysługują mu środki ochrony prawnej.

Przyjęcie odmiennego wniosku oznaczałoby oddzielenie statusu wykonawcy od możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej i unicestwienie sensu przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji nawet podmioty niebiorące udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogłyby kwestionować podejmowane przez zamawiających czynności, co prowadziłoby do całkowitego wypaczenia sensu instytucji środków ochrony prawnej.

Podkreślenia wymaga, że środki ochrony prawnej służą ochronie wykonawcy w danym postępowaniu, a wykonawca dąży do pozyskania danego zamówienia. Tymczasem Odwołujący jednoznacznie oświadczył tak w treści odwołania, jak i podczas posiedzenia z udziałem stron, że jego celem nie jest uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Wręcz oświadczył, że jest wyłącznie zainteresowany uzyskaniem zamówienia w innym

postępowaniu. Zatem sam Odwołujący przyznaje, że nie jest już wykonawcą, czy podmiotem związanym z niniejszym postępowaniem. Skoro tak, to nie przysługują mu (w tym postępowaniu) środki ochrony prawnej.

Dodać należy również, iż z uwagi na brak statusu któregokolwiek z podmiotów, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zachodzi podstawa do badania występowania interesu wykonawcy do wniesienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 oraz § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....