

POSTANOWENIE

z dnia 14 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Marek Koleśnikow

Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **14 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **24 sierpnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Marfina, S.L. z siedzibą w Sabadell (Hiszpania)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny sprzętem używanym lub odnowionym* (nr postępowania ZDM/UMDZP/70/PN/61/20)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

AGEOVELO sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – po stronie Odwołującego

B.Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie – po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: Marfina, S.L. z siedzibą w Sabadell (Hiszpania) kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny sprzętem używanym lub odnowionym* (nr postępowania ZDM/UMDZP/70/PN/61/20). Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 sierpnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_155 pod poz. 379669. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 sierpnia 2020 r. Marfina, S.L. z siedzibą w Sabadell (Hiszpania) {dalej również: „Marfina”, „Odwołujący”} wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} w zakresie opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 7 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 – przez sformułowanie 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 w sytuacji, gdy Zamawiający prowadzi już postępowanie dotyczące przedmiotu zamówienia (dalej „dotychczasowe postępowanie”), w którym termin składania ofert upłynął 15 czerwca 2020 r..
2. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez sformułowanie dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia, a jednocześnie przewidzenie identycznych kryteriów oceny ofert dla wszystkich składanych ofert, 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, gdyż realizacja zamówienia w tym zakresie wiąże się z wyższymi kosztami po stronie wykonawców.
3. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia dla oferty podstawowej w sposób nieprecyzyjny, a jednocześnie uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, gdyż 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, skoro Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu

w ilościach odpowiadających dokładnie tym, których operatorem pozostaje obecnie Nextbike w ramach systemu Warszawski Rower Publiczny.

Ponadto w uzasadnieniu pisma Odwołujący przedstawił dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia postępowania.

ewentualnie

2. Zmiany SIWZ polegającej na dopuszczeniu zaoferowaniu w postępowaniu wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie skutecznie przystąpili wykonawcy {dalej „Przystępujący”}:

- GEOVELO sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – po stronie Odwołującego,

- Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie {dalej: „Nextbike”} po stronie Zamawiającego.

11 września 2020 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył że uwzględni odwołanie w całości w zakresie wszystkich zarzutów oraz opisał, jakie zmiany wprowadzi do opisu przedmiotu zamówienia.

14 września 2020 r. na posiedzeniu, o którego terminie zarówno Strony, jak i Przystępujący zostali prawidłowo powiadomieni, stawiał się tylko Zamawiający i Odwołujący.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie częściowego uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania 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 odwołaniu.

W rozpatrywanym postępowaniu zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu.

Po pierwsze – Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Po drugie – Izba uznała, że skoro Przystępujący Nextbike został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, na którym miało zostać rozpatrzone odwołanie, miał możliwość reprezentowania swoich interesów na posiedzeniu, na które jednak się nie stawiał, ani nie złożył wniosku o zmianę terminu posiedzenia, co należy poczytać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań {t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.} niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przy czym § 3 rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należy uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników lub na rozprawę, co do zasady będzie ono rozpatrzone na tym wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu przystępujący ten może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słusznością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo, wyrażona w ustawie Prawo zamówień publicznych {w art. 189 ust. 1} zasada szybkości i efektywności tego postępowania – rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawne dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, znajduje zastosowanie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych przez Izbę m.in. w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15), 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15).

Po trzecie, Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające 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 umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący Nextbike po jego stronie nie zgłosił co do tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron

i uczestników postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).