

WYROK
z dnia 6 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **BikeU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu z Łodzi**,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BikeU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **BikeU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **BikeU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi** kwotę **2 952 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu z Łodzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny.” Odwołujący BikeU sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [wykonawca BikeU] wniósł odwołanie w piśmie z dnia 22 kwietnia 2014 r. od czynności Zamawiającego polegających na unieważnieniu w dniu 13 kwietnia 2015 r. wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej z dnia 2 kwietnia 2015 r., wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp za odrzuconą oraz od czynności unieważnienia tego postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania podczas, gdy spełnił (i spełnia) wszystkie warunki udziału w postępowaniu i brak było przesłanek do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy złożył on prawdziwe informacje, a zatem brak było przesłanek do dokonania takiej czynności;
3. art. 24 ust. 4 Pzp z uwagi na uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy decyzja o wykluczeniu wykonawcy została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów

- ustawy Pzp, w szczególności brak było podstaw do zastosowania dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 lub art. 24 ust. 2 pkt 4 powołanej ustawy;
4. art. 93 ust 1 pkt 1) Pzp z uwagi na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu;
 5. art. 93 ust 1 pkt 7) Pzp z uwagi na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy nie zaistniała niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
 6. art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
 7. art. 26 ust. 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której kwestia prawdziwości wykazu usług oraz udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci budziła wątpliwości Zamawiającego;
 8. art. 26 ust. 2b Pzp z uwagi na uznanie za nieprawidłowe zobowiązania do udostępnienia potencjału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia podczas gdy dołączone do

3

- oferty Odwołującego zobowiązanie było prawidłowe, ważne, wiążące i zgodne z przepisami Pzp oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
9. art. 22 ust. 1 Pzp z uwagi na uznanie, że Odwołujący nie może ubiegać się o zamówienie, gdyż nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca BikeU spełnił (i nadal spełnia) warunki udziału w postępowaniu;
 10. naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie rzetelnej oceny i badania oferty wykonawcy BikeU oraz nieskorzystanie w związku z wątpliwościami z uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty i załączonych dokumentów, pomimo posiadania ku temu możliwości i instrumentów prawnych;
 11. naruszenie art. 57 ust 4 pkt h) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dawniej art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 2004/18/WE) z uwagi na uznanie, że Odwołujący jest winny i celowo wprowadził w błąd zamawiającego, podczas gdy Odwołujący na żadnym etapie postępowania w sposób zamierzony (zawiniony) nie wprowadził w błąd Zamawiającego i nie przekazał mu celowo (w sposób zawiniony) nieprawdziwych informacji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania, a także unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Wniósł także, o przyznanie na rzecz Odwołującego kosztów według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący wskazał, że posiada interes, we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta (po odrzuceniu oferty wykonawcy - Nextbike Polska sp. z o.o. na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn.. akt: KIO 2360/14) i następnie wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, III Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. akt: III Ca 1904/14)) jest jedyną wiążącą ofertą w postępowaniu, a BikeU jako jedyny ubiega się o udzielenie zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez BikeU szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia oraz utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w przypadku wyboru jego oferty.

4

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podał, że w dniu 2 kwietnia 2015 r. Zamawiający dokonał oceny ofert i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty (za taką uznał ofertę BikeU). W konsekwencji dokonano wyboru Zamawiający zaprosił BikeU do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednakże w dniu 13 kwietnia 2015 r. po dokonaniu

czynności naruszających ustawę Pzp, podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego i, w konsekwencji o unieważnieniu postępowania. W ocenie BikeU działania i czynności podejmowane przez Zamawiającego rażąco naruszają w szczególności zasady uczciwej konkurencji i podejmowane były w celu uniemożliwienia Odwołującemu uzyskania zamówienia. W stanie faktycznym sprawy wskazał w szczególności na następujące czynności:

- 1) Odwołujący złożył ofertę zawierającą m.in. zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podmiot BrainBox Technology z siedzibą w Thessalonikach („Brambox”). Zobowiązanie zostało udzielone min. w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tj., tzw. referencji (zobowiązanie oraz referencje znajdują się aktach Postępowania, a także z ostrożności zostały załączone do odwołania). W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: BikeU oraz Nextbtke Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. („Nextbike”);
- 2) Zamawiający w dniu 9 października 2014 r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów, m.in. do złożenia zobowiązania do udostępnienia potencjału Brainbox ze względu na wątpliwość, co do faktu, czy Brainbox będzie brał udział w realizacji zamówienia (kopia wezwania w załączeniu);
- 3) Odwołujący w dniu 21 października 2014 r. w odpowiedzi na wezwanie, w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez zasoby oddane BikeU przez Brainbox na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i udowodnienia, że BikeU będzie dysponować niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia, złożył: a) zobowiązanie do udostępnienia zasobów Brainbox z dnia 22 września 2014 r. w formie oryginału, b) dokument wystawiony w Grecji potwierdzający, że nie otwarto likwidacji Brainbox ani nie ogłoszono jego upadłości w formie oryginału wraz z tłumaczeniem, oraz c) akt założycielski Brainbox wraz z tłumaczeniem w zakresie dotyczącym zarządu i sposobu reprezentacji; (kopia pisma przewodniego wraz ze zobowiązaniem w załączeniu);
- 4) Zamawiający w dniu 31 października 2014 r. dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty Nextbike. Oferta Odwołującego (jako spełniająca warunki formalne określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) została sklasyfikowana na drugim miejscu (jedynym kryterium oceny ofert była cena). Czynność wyboru została zaskarżona przez BikeU ze względu na rażąco niską cenę;
- 5) Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 26 listopada 2014 roku (sygn. akt: KIO 2360/14) w wyniku wniesionego przez Odwołującego odwołania uwzględniła odwołanie BikeU, a w

5

dniu 27 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Łodzi utrzymał w mocy ten wyrok nakazujący odrzucenie oferty Nextbike i wykluczenie Nextbike z postępowania;

6) Zamawiający w dniu:

- a) 2 kwietnia 2015 r. unieważnił czynność w zakresie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Nextbike i odrzucił tę ofertę oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy BikeU. Jednocześnie zaprosił BikeU do zawarcia umowy i wyznaczył termin podpisania na dzień 14 kwietnia 2015 r. Zgodnie z tym zawiadomieniem Zamawiający oświadczył m.in., że: BikeU spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega* wykluczeniu, a jego oferta złożona została zgodnie z wymogami SIWZ;
- b) 9 kwietnia 2015 r. wystosował do BikeU pismo, w którym poinformował BikeU o otrzymaniu w dniu 7 kwietnia 2014 r. od Brainbox wiadomości, w której Brainbox poinformował o rzekomym przerwaniu współpracy pomiędzy nim, a BikeU w dniu 15 września 2014 r. Jednocześnie wezwał BikeU do odpowiedzi na postawione w tym piśmie pytania, która w wyznaczonym terminie [13 kwietnia 2015 r.] została udzielona;
- c) 13 kwietnia 2015 r. (na dzień przed wyznaczonym terminem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) poinformował BikeU (faksem o godz. 15.31) o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 2 kwietnia 2015 r. nie podając podstawy prawnej tej decyzji;
- d) 16 kwietnia 2015 r. poinformował o wykluczeniu BikeU i unieważnieniu postępowania przedstawiając uzasadnienie decyzji.

Odwołujący stwierdził, że czynności podjęte przez Zamawiającego w sposób rażąco naruszają przepisy ustawy Pzp, a unieważnienie w dniu 13 kwietnia br. czynności wyboru jego oferty dokonanej w dniu 2 kwietnia br., a następnie wykluczenie i odrzucenie oferty BikeU oraz unieważnienie postępowania należy uznać za bezpodstawne i nieuzasadnione.

Odnosnie braku podstaw prawnych do wykluczenia Odwołującego z postępowania stwierdził, że Zamawiający doprowadził do bezpodstawnego wykluczenia z postępowania Odwołującego. Wykluczenie (oraz uznanie oferty za odrzuconą) zostało oparte na dwóch odrębnych podstawach prawnych - art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust, 2 pkt 4 Pzp – a żadna z nich nie została spełniona. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał w dniu 9 kwietnia 2015 r. do złożenia wyjaśnień, oraz nie dokonał rzetelnej analizy przedłożonych wyjaśnień i dokumentów załączonych do oferty i, w konsekwencji, dokonał czynności bez podstawy prawnej, a dodatkowo zastosował przepisy o wykluczeniu z postępowania przy braku zaistnienia wskazanych przesłanek.

6

Odnosnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp podał, że zgodnie z ustawą Pzp, oraz Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 2004/18/WE (obecnie i w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu art. 57 ust. 4 pkt h) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE), orzecnictwem i poglądami doktryny prawa zamówień publicznych, przesłankami wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp są: 1) złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji; 2) złożone nieprawdziwe informacje powinny być uznane za posiadające lub mogące posiadać wpływ na przebieg postępowania; 3) nieprawdziwe informacje powinny być złożone przez wykonawcę celowo (w sposób zawiniony). W przypadku zaistnienia wątpliwości, co do prawdziwości złożonych informacji Zamawiający ma obowiązek dogłębnie przeanalizować sprawę i rozstrzygnąć (nie pozostawiając wątpliwości), o fakcie spełnienia tych przesłanek. Zdaniem wykonawcy, stanowisko odnośnie złożenia przez BikeU nieprawdziwych informacji Zamawiający oparł na rzekomej niezgodności z prawdą oświadczenia załączonego do oferty w Formularzu 4 [Wykaz głównych usług], albowiem stwierdził, że odpowiedź BikeU zawierająca informację odnośnie ewentualnej zmiany podmiotu, który mógłby brać udział w wykonaniu zamówienia (pismo BikeU z dnia 13 kwietnia 2015 r.), jednoznacznie przesądza, że oświadczenie (wykaz usług) złożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert jest nieprawdziwe i wprowadziło go w błąd. Odwołujący podkreślił, że jego pismo było wyłącznie odpowiedzią wykonawcy na oczekiwania Zamawiającego, wyrażone w piśmie z dnia 9 kwietnia br. zawierające pytania, co do udziału podmiotu trzeciego i, co do ewentualnego wskazania potencjalnej możliwości wykorzystania innego podmiotu przy realizacji zamówienia, w związku z oświadczeniami Brainbox przesłanymi do Zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2015 r. podczas, gdy Odwołujący nigdy nie otrzymał od Brainbox żadnego pisemnego oświadczenia woli, w którym podmiot ów skutecznie (na gruncie Kodeksu Cywilnego) odwołałby (lub uchyliłby się) od skutków prawnych złożonego oświadczenia o udostępnieniu zasobów, które to oświadczenie zostało złożone dwukrotnie w dniu 11 września oraz 22 września 2014 r. Podkreślił, że dla skuteczności takiego odwołania oświadczenia woli konieczna byłaby zgoda BikeU, a BikeU takiej zgody nie udzielił i wbrew sugestiom Zamawiającego, BikeU nigdy nie przyznał, że to oświadczenie (ani wykaz usług) jest nieprawdziwe, a jedynie wskazał, że podczas realizacji zamówienia w związku z zaistnieniem okoliczności niezależnych od niego (co do których wiedzę powziął z pisma Zamawiającego z dnia 9 kwietnia br) dopuszcza możliwość wykorzystania innego podmiotu niż Brainbox w toku realizacji zamówienia. Na marginesie wskazał, że przepisy ustawy Pzp (ani Dyrektywy) nie zakazują w toku realizacji zamówienia zmiany podmiotów, które będą zaangażowane w jego realizację. W ocenie Odwołującego cały zarzut dotyczący

7

nieprawdziwości (rzekomej) złożonego oświadczenia (informacji) przez BikeU zdaje się opierać (to wynika wprost z argumentacji Zamawiającego z zawiadomienia z dnia 16 kwietnia 2015 r.) na uznaniu, iż BikeU nie będąc do tego umocowanym i uprawnionym, złożył w postępowaniu nieprawdziwe oświadczenie o udostępnieniu zasobów z dnia 22 września 2014 r. Konsekwencją takiego założenia jest, m.in. uznanie przez Zamawiającego, że wykaz usług dołączony do oferty Odwołującego zawiera nieprawdziwe informacje, aczkolwiek Zamawiający nie miał tego rodzaju wątpliwości na etapie pierwotnej oceny ofert w

październiku 2014 r., ani w dniu 2 kwietnia 2015 r. Zwrócił również uwagę, że Zamawiający z jednej strony kwestionuje prawdziwość oświadczenia o udostępnieniu zasobów (i w konsekwencji złożonego wykazu), które to oświadczenie zostało podpisane przez tą samą osobę, która potwierdzała umocowanie innej osoby do działania w imieniu Brainbox (pierwsza wiadomość do Zamawiającego została podpisana przez osobę nieumocowaną do reprezentacji Brainbox), a jednocześnie nie budzi już jego wątpliwości prawdziwość oświadczenia tej samej osoby, w którym potwierdza ona, że Brainbox zaprzestał współpracy w określonej i wskazanej przez niego dacie (pomimo, że w stanowisku przekazanym Zamawiającemu 13 kwietnia br. Odwołujący kwestionuje przedstawione przez Brainbox rzekome fakty). Odwołujący podniósł również, że w postępowaniu nie została spełniona żadna z wymienionych wyżej trzech przesłanek wykluczenia z postępowania oraz wskazał, że informacje zawarte we wszystkich dokumentach złożonych przez BikeU w postępowaniu były prawdziwe, a więc nie zaistniała podstawowa przesłanka do zastosowania normy zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp. Wykonawca stwierdził, że Zamawiający oparł decyzję o wykluczeniu BikeU na podstawie twierdzenia podmiotu trzeciego (Brainbox) o rzekomym zerwaniu współpracy w dniu 15 września 2014 r. Na podstawie tego oświadczenia Zamawiający uznał, iż dokument złożony w oryginale, tj. zobowiązanie Brainbox do udostępnienia zasobów z dnia 22 września 2014 r. jest nieprawdziwy, a zatem m.in. wykaz usług zawiera nieprawdziwe informacje. Odwołujący podniósł, że powyższe twierdzenie jest niezgodne z prawdą (o naruszeniach ustawy Pzp w tym zakresie w dalszej części uzasadnienia). Na poparcie stanowiska Odwołującego wskazał, że: 1) w dniu 15 września 2014 r. nie została przerwana (zakończona) współpraca pomiędzy BikeU i Brainbox, a przynajmniej BikeU nie zostało w żaden sposób o tym fakcie (w szczególności prawidłowo) poinformowane (BikeU nie otrzymało do dnia sporządzania odwołania żadnego oświadczenia woli podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji Brainbox w tym zakresie); 2) oświadczenie z dnia 22 września 2014 r. zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji Brainbox i dostarczone dobrowolnie do BikeU (fakt niekwestionowany, ani przez Zamawiającego, ani przez Brainbox); 3) współpraca z Brainbox, w ocenie Odwołującego, była kontynuowana, co najmniej do dnia otrzymania przez wykonawcę w dniu 9 kwietnia br. pisma Zamawiającego, czego bezspornie dowodzą m.in. następujące

8

dokumenty: a) oferta finansowa Brainbox przesłana do BikeU w dniu 15 września 2014 r.; b) e-mail od Brainbox z dnia 16 września 2014 r., w którym Brainbox oświadcza, że „trzyma kciuki” i życzy powodzenia w postępowaniu; c) zaświadczenie Brainbox o udostępnieniu zasobów z dnia 22 września 2014 r. Prawdziwość tego dokumentu nie była (i nie jest obecnie) kwestionowana na żadnym etapie postępowania, w tym na etapie oceny i wyboru ofert z dnia 2 kwietnia 2014 r.; d) pismo Brainbox z dnia 20 października 2014 r. zawierające oświadczenie dotyczące nazwy spółki; e) e-mail od Brainbox z dnia 29 listopada 2014 r., w którym Brainbox przedstawia projekt umowy dot. współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia oraz informacje techniczne o planowanym spotkaniu pomiędzy Brainbox i BikeU; f) dowody nadania dokumentów w spółce kurierskiej TNT w dniu 15 września 2014 r.; g) faktura wystawiona przez Brainbox w dniu 8 stycznia 2015 r. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, niewątpliwym jest, że współpraca pomiędzy BikeU i Brainbox trwała, co najmniej do dnia przesłania przez Brainbox pisma do Zamawiającego [7 kwietnia 2015 r.], a zatem nie sposób uznać, że informacje złożone przez BikeU w postępowaniu (w szczególności wykaz usług) były nieprawdziwe. Z całą zaś pewnością nie ma również możliwości uznania, że w dacie ich składania Odwołujący miał świadomość i chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, co oznacza, że po stronie Odwołującego brak jest elementu zawinienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że znacząca część dokumentów (wymaganych w postępowaniu i pozwalających na ocenę, że Brainbox z niewyjaśnionych powodów przesłał do Zamawiającego w dniu 7 kwietnia br. mailem nieprawdziwe oświadczenie) znajduje się w aktach postępowania. Dodatkowo wskazał, że BikeU w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 kwietnia 2015 r. udzieliło w tym zakresie wyczerpujących wyjaśnień i potwierdziło fakt trwającej współpracy pomiędzy tymi podmiotami. BikeU. Wykonawca stwierdził również, że nigdy nie zostało mu dostarczone żadne oficjalne oświadczenie, w którym Brainbox odwołałby swoje zobowiązanie z dnia 11 września 2014 lub 22 września 2014 r. Z ostrożności procesowej podniósł, że nawet gdyby ta współpraca została faktycznie przerwana, to i tak nie zmienia to faktu, że oświadczenia (zobowiązania do udostępnienia zasobów) były ważne i wiążące w dniu otwarcia ofert, a więc na dzień oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego zarówno oświadczenie o udostępnieniu zasobów, jak i wykaz usług złożone wraz z ofertą przez BikeU zawierały prawdziwe informacje. Dalej, z ostrożności procesowej BikeU podkreślił, że nawet gdyby (tylko hipotetycznie) okazało się, że zobowiązanie z dnia 22 września 2014 r. dostarczone przez Brainbox zostało odwołane przez ten podmiot (nie wcześniej jednak niż 7 kwietnia br.), to w świetle przedstawionych dowodów nie ulega wątpliwości, że BikeU, składając w ramach oferty zobowiązanie z dnia 22 września 2014 r. oraz wykaz usług działał w dobrej wierze, pozostając w bieżącym kontakcie z Brainbox. Nic nie wskazywało bowiem na to, że Brainbox miał się z tej współpracy na późniejszym etapie wycofać. Ewentualne

9

(wyłącznie hipotetyczne) działanie BikeU polegające na złożeniu nieprawdziwych (rzekomo - Odwołujący bowiem cały czas podtrzymuje twierdzenie, iż złożył prawdziwe oświadczenia i dokumenty) informacji nie było ani zamierzone, ani celowe. Odwołujący, odwołując się do orzecznictwa KIO podkreślił, że nawet uprawdopodobnienie złożenia nieprawdziwych informacji (choć analizując argumentację Zamawiającego nawet o uprawdopodobnieniu nie może być w tym wypadku mowy) jest niewystarczające do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp. Reasumując, stwierdził, że w niniejszej sprawie przedstawione dowody bezspornie wskazują, że BikeU podczas uzyskiwania i składania w ramach oferty zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Brainbox oraz wykazu usług m.in.: a) dochował wszelkiej należytej staranności, b) utrzymywał z Brainbox ścisłą współpracę, c) posiadał właściwe umocowanie, przekonanie i pewność co do prawdziwości otrzymywanych informacji i oświadczeń (wynika to także z dokumentów rejestrowych Brainbox, które potwierdzały osoby umocowane do reprezentacji tej spółki). Podkreślił także, że nawet przy przyjęciu (tylko w celu potencjalnej symulacji procesowej), że zobowiązanie z dnia 22 września 2014 r. otrzymane od Brainbox było nieprawdziwe (tj. zostało odwołane o czym Odwołujący nie wiedział), to i tak BikeU posiadał usprawiedliwione przekonanie [spotkania z członkami władz Brainbox i prowadzona korespondencja] o prawdziwości zobowiązania oraz o podjęciu przez oba podmioty wzajemnych zobowiązań, które miały na celu wspólną realizację przedsięwzięcia w Łodzi. Podkreślił również, że (...) nigdy nie potwierdził, że zrezygnował z realizacji zamówienia z udziałem Brainbox, a jedynie z ostrożności wskazał Zamawiającemu (co potwierdza jego profesjonalizm) w odpowiedzi na pismo z 9 kwietnia br. (wystosowane bez jakiegokolwiek podstawy prawnej), w którym Zamawiający wręcz sugerował takie rozwiązanie (vide pyt. Nr 7 w piśmie z dnia 9 kwietnia br.), iż jest w stanie zrealizować zamówienie z udziałem innego podmiotu, który ma doświadczenie co najmniej tożsame z Brainbox. Odnośnie obowiązku dokładnego zbadania rzekomego złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu, Odwołujący podniósł, że (...) zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający przed wykluczeniem wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp powinien wnikliwie i dokładnie zbadać czy informacje złożone przez danego wykonawcę są faktycznie nieprawdziwe. Zamawiający zgodnie bowiem z ustawą Pzp, winien uzyskać ponad wszelką wątpliwość pewność, że dany wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje. W tym wypadku Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tych wątpliwości, co doprowadziło do naruszenia przepisów tej ustawy. Wykonawca podkreślił, że w ramach wyjaśnień Zamawiający powinien był skorzystać z przysługujących mu mechanizmów uzyskiwania od wykonawców informacji lub wyjaśnień, tj. dokonać (w ramach ponownego badania i ponownej oceny ofert) stosownych wezwań na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aż do ostatecznego wyjaśnienia rzekomej nieprawdziwości informacji złożonych przez

10

BikeU. Jego zdaniem, Zamawiający może dokonywać wezwań w tym zakresie wielokrotnie. Dalej podał, że (...) W przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający wystosował w dniu 9 kwietnia 2015 r. do BikeU jedynie jedno pismo zawierające krótkie pytania, w których prosił o ustosunkowanie się do twierdzeń Brainbox, które to pisma zostały udostępnione Odwołującemu, jako załączniki. Zdaniem wykonawcy, powyższe pismo zawierające pytania nie może być uznane za wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, albowiem w chwili sporządzania i przekazywania tego pisma wiążąca i aktualna była dokonana czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 2 kwietnia 2015 r., a więc pismo Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2015 r., miało jedynie walor informacyjny i zostało

wysłane z pominięciem i naruszeniem procedur przewidzianych w Pzp. Odpowiedź BikeU (do której nie był zobowiązany) była zatem jedynie świadectwem wyjścia naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego w celu podtrzymania dobrej współpracy przed planowanym na 14 kwietnia 2015 r. podpisaniem umowy. Odwołujący wskazał, że odebrał i traktował pismo z dnia 9 kwietnia br. jako potwierdzenie zamiaru Zamawiającego zawarcia umowy z Odwołującym i oczekiwanie (sugestię) Zamawiającego wyjaśnienia, że Odwołujący jest przygotowany do realizacji zamówienia w wypadku, gdyby Brainbox odmówił udziału w realizacji projektu. Odwołujący wyłącznie z tego powodu, nie będąc zobowiązanym do udzielenie odpowiedzi na pytania Zamawiającego, (...) złożył pisemne wyjaśnienia w dniu 13 kwietnia br. (na marginesie budzi zdziwienie, iż już po ok. 3 godzinach od złożenia pisma na biurze podawczym Zamawiającego, otrzymał decyzję bez jakiegokolwiek uzasadnienia (prawnego lub faktycznego) o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 2 kwietnia br. ~ może to sugerować pozorną chęć wyjaśnienia przez Zamawiającego wątpliwości lub wręcz zamiar wprowadzenia Odwołującego w błąd co do rzeczywistej intencji Zamawiającego". Reasumując stwierdził, że Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownego badania ofert oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczając Odwołującego (w dniu 16 kwietnia 2015 r.) nie wezwawszy wykonawcy BikeU zgodnie z prawem i przepisami Pzp, ani razu do złożenia wyjaśnień w sprawie informacji uzyskanej w dniu 7 kwietnia 2015 r. od Brainbox, tj. informacji, dotyczącej spełniania warunków udziału w postępowaniu (odpowiedź z dnia 13 kwietnia nie stanowiła ustosunkowania się do zgodnego z prawem wezwania Zamawiającego bowiem takiego wezwania nie było). Zdaniem wykonawcy, (...) Nawet jeśli by przyjąć korzystną dla Zamawiającego optykę i założyć (niezgodnie z ustawą), że Zamawiający mógł wezwać BikeU do wyjaśnień na tym etapie, tj. po wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej, to i tak (w świetle udzielonej przez BikeU odpowiedzi z dnia 13 kwietnia 2015 r.) nie sposób uznać, że Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, które mogłyby zostać pominięte przez Zamawiającego. Kwestia rzekomej nieprawdziwości złożonych informacji (w przypadku, gdy Zamawiający nie uznał nieformalnych wyjaśnień Odwołującego

11

za wystarczające) nie została zatem wyjaśniona przez Zamawiającego. Zamawiający powinien zatem w dalszym ciągu mieć wątpliwości, co do istnienia podstaw wykluczenia BikeU z postępowania (szczególnie biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający posiadał przynajmniej dwa pisma od Brainbox podpisane po rzekomym zakończeniu współpracy, czyli po dacie 15 września 2015 r.: a) zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 22 września 2015 r. oraz b) pismo z dnia 20 października 2015 r. w sprawie nazwy spółki Brainbox. W związku z powyższym wykonawca, wobec nie skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do żądania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 Pzp, a także nie korzystając z uprawnienia na podstawie przepisu art. 87 ust 1 Pzp, takie działanie uznał również za naruszające zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Odnośnie nieprawdziwości oświadczenia załączonego przez BikeU do oferty w formularzu nr 4 - wskazując także na orzecznictwo KIO - Odwołujący stwierdził, że (...) Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, iż formularz złożony przez BikeU - wykaz głównych usług - zawiera nieprawdziwe informacje, tj. usługę, która nie będzie wykorzystana jako spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Co więcej, na tej podstawie Zamawiający wyprowadził absurdalny wniosek, że Odwołujący działał w sposób zamierzony w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Powyższe twierdzenia w żaden sposób nie mogą się obronić (co zostało wyżej wykazane i udowodnione). BikeU przedstawił prawdziwe informacje i oświadczenie, które podlegają ocenie na dzień składania ofert (czyli w terminie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu), a fakt późniejszych zmian nie wpływa na ważność i prawdziwość oświadczenia złożonego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień 26 września 2014 r. Zwrócił uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji z dnia 16 kwietnia br., nie wskazuje (być może celowo) na jaką datę dokonywał oceny ofert ani też, kiedy rzekomo (w jakiej dacie) został wprowadzony w błąd przez Odwołującego. Taki brak w treści uzasadnienia kluczowej decyzji dla tego postępowania po raz kolejny potwierdza, albo „niechlujność w działaniu Zamawiającego, albo jego złą wolę i zamiar pozbawienia Odwołującego możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Ustawie". Podkreślił, że jego zdaniem, nie ulega wątpliwości, w związku z prawdziwością informacji i oświadczeń złożonych przez BikeU, a otrzymanych od Brainbox, że wykaz usług załączony do oferty

Odwołującego zawierał informacje prawdziwe i rzetelne na dzień składania i otwarcia ofert (tj. dzień, na który miała być dokonana ocena spełniania warunków udziału w Postępowaniu). Reasumując i wskazując na fakt, że informacje złożone przez BikeU były prawdziwe, podkreślił, że wykonawca BikeU działał w dobrej wierze i tym samym spełnił wymagany warunek. Odnośnie tej przesłanki wykluczenia BikeU z postępowania [art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp], podał również, że (...) Zamawiający dokonując tej czynności naruszył także m.in. przepisy art. 26 ust. 4 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp, które nakazują rzetelne badanie i ocenę

12

ofert oraz wzywanie do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy dokumenty złożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu budzą wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający zaniechał tych czynności, a zatem nie wyjaśniając przedmiotowej kwestii, naruszył Ustawę i bezpodstawnie wykluczył BikeU z Postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą (odrzucił ofertę), a w konsekwencji bezprawnie doprowadził do unieważnienia Postępowania". Wskazał także, że Zamawiający posiadając oryginał oświadczenia - zobowiązania o udostępnieniu zasobów Brainbox, a także inne dokumenty podpisane przez ten podmiot, otrzymawszy wiadomość - e-mail od Brainbox w dniu 7 kwietnia 2015 r. - uznał samodzielnie, że (a) twierdzenia Brainbox są prawdziwe, (b) zobowiązanie o udostępnieniu zasobów z dnia 22 września 2014 r. jest sfałszowane (choć w treści uzasadnienia takiego zarzutu wprost brak), a (c) odpowiedzi zawarte w piśmie z dnia 13 kwietnia 2015 r. są nieprawdziwe (nie sposób bowiem inaczej interpretować faktu odmowy uznania wiarygodności oświadczeniu BikeU, który w odpowiedzi na pytanie nr 8 napisał, że oświadczenie z dnia 22 września 2014 r. zostało mu przekazane dobrowolnie). Powyższe, jego zdaniem, jednoznacznie potwierdza charakter działań Zamawiającego, które noszą wszystkie znamiona kwalifikujące te czyny jako naruszające zasady uczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4) Pzp podał, że (...) Drugą przesłanką wykluczenia BikeU z Postępowania jest rzekomy brak spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający oparł powyższe twierdzenie na treści odpowiedzi Odwołującego z dnia 13 kwietnia 2015 r., w którym BikeU wskazał, że w związku ze zmianą relacji biznesowych (taki wniosek BikeU wyciągnęło w związku z zaskakującym oświadczeniem Brainbox z dnia 7 kwietnia 2015 r.) w trakcie wykonywania zamówienia ma możliwość korzystania ze wsparcia innego podmiotu. Przed uzasadnieniem faktu, iż Odwołujący spełnił (i spełnia) warunki udziału w niniejszym Postępowaniu Odwołujący podnosi, iż „spełnianie warunków” jest zdarzeniem weryfikowanym na konkretną datę (dzień składania ofert). Nie jest to stan ciągły, który ma trwać przez cały czas postępowania o udzielenie zamówienia oraz czas faktycznej realizacji zamówienia. Powyższe wynika wprost z brzmienia art. 22 ust 1 Pzp w zw. z 26 ust. 2a Pzp w zw. z art. 44 Pzp". Odwołujący BikeU podniósł, że zmiana podmiotu udostępniającego zasoby na etapie „po” wyborze najkorzystniejszej (tu: po wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 kwietnia 2015 r.) w żaden sposób nie wpływa na prawdziwość oświadczeń Odwołującego złożonych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na dzień składania ofert tj. na dzień 26 września 2014 r., BikeU wykazał bowiem spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co Zamawiający potwierdził dwukrotnie (raz przy pierwszej ocenie ofert - w dniu 31 października

13

2014 r., a drugi raz podczas czynności ponownej oceny ofert i spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu 2 kwietnia 2015 r.). Przy żadnej z tych czynności Zamawiający nie kwestionował faktu, że BikeU spełnił warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca stwierdził także, że (...) Faktem jest, że relacje pomiędzy Brainbox i BikeU uległy rozluźnieniu, jednak: a) Odwołujący nigdy nie poinformował Zamawiającego, iż Brainbox nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, b) w żaden sposób nie powinno to (ewentualne rozluźnienie) wpływać na złożone i prawnie wiążące oświadczenia (zobowiązania) Brainbox sporządzone samodzielnie i dobrowolnie, dostarczone do Odwołującego i złożone przez niego jako załączniki do oferty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W związku ze zmianą relacji biznesowych pomiędzy BikeU a Brainbox, o której BikeU powziął informację z zaskakującego oświadczenia przesłanego przez Brainbox

do Zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2015 r., BikeU podjął działania, które miały zabezpieczyć możliwość realizacji zamówienia z wykorzystaniem innego podmiotu (fakt niezwłocznego podjęcia przez BikeU kroków w celu uspokojenia Zamawiającego świadczy tylko i wyłącznie o profesjonalizmie Odwołującego, który w momencie otrzymania niespodziewanej informacji o wycofaniu się Brainbox ze wsparcia podczas realizacji zamówienia, natychmiast znalazł inny podmiot, który mógłby zastąpić Brainbox; działania te zostały podjęte na skutek sugestii zawartych w piśmie Zamawiającego z dnia 9 kwietnia br.), z którym - w wypadku braku możliwości współdziałania z Brainbox - byłby w stanie wykonać zamówienie będące przedmiotem Postępowania". Na marginesie BikeU podniósł, że sugerowana możliwość wcześniejszego (21 października 2014 r.) uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dla nowego podmiotu trzeciego, który udostępnił BikeU swoją wiedzę i doświadczenie jest niedorzeczna. W dniu 21 października 2014 r. Odwołujący uzupełnił na wezwanie Zamawiającego (wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, wystawione i podpisane przez Brainbox. Na podstawie tychże dokumentów oraz w świetle dowodów wymienionych powyżej nie ulega wątpliwości, że relacje pomiędzy Brainbox a BikeU były w tym czasie przynajmniej dobre i nic nie zapowiadało zmiany w kontaktach. Brainbox dobrowolnie i świadomie udostępnił swoje zasoby na potrzeby wykazania przez BikeU spełniania warunków udziału w postępowaniu, a fakt ów Zamawiający potwierdził wybierając ofertę Odwołującego. Zdarzenie związane z późniejszą ewentualną zmianą podmiotu trzeciego nie może mieć wpływu na fakt, iż na dzień składania ofert BikeU spełnił warunki udziału w postępowaniu, a sugerowanie przez Zamawiającego, że wówczas BikeU mógł już uzupełnić ofertę o dokumenty, dotyczące innego podmiotu *de facto* sprowadza się, albo do nakłaniania Odwołującego do dokonania (niedopuszczalnej) modyfikacji oferty, albo „żądania umiejętności antycypacji działań (zachowań) Brainbox". Odwołujący podkreślił, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana

14

musi być na dzień składania ofert, co potwierdza jego zdaniem orzecznictwo KIO i BikeU spełnił warunki udziału w Postępowaniu w na dzień składania ofert. Reasumując BikeU stwierdził, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, gdyż na dzień składania ofert dysponował odpowiednim potencjałem wymaganym w specyfikacji, a późniejsza potencjalna zmiana w tym zakresie nie ma żadnego wpływu na ważność oferty. Nie zaistniały zatem przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp, a zatem czynność podjęta na tej podstawie została dokonana z naruszeniem ustawy Pzp.

Odnosnie braku podstaw unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie, unieważnienie postępowania na podstawie którejkolwiek z tych przesłanek jest nieuzasadnione w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym i zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W pierwszej kolejności stwierdził, że (...) W świetle dotychczas przedstawionej argumentacji w zakresie bezpodstawnego unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia BikeU podkreślić należy, iż zarówno unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i czynność wykluczenia Odwołującego powinny zostać unieważnione. W konsekwencji jego oferta nie może zostać uznana za odrzuconą i powinna być traktowana jako najkorzystniejsza (ew. ponownie oceniona i uznana za najkorzystniejszą). W takiej sytuacji, gdy istnieje oferta niepodlegająca odrzuceniu. Zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia Postępowania na ww. podstawie prawnej ze względu na nieziszczenie się przesłanek określonych w przepisach Ustawy". Odnosnie drugiej przesłanki wskazał, że Zamawiający jako alternatywną podstawę unieważnienia postępowania podał art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp, jednocześnie sugerując, że termin wskazany w umowie, jako termin uruchomienia systemu (jednego z etapów umowy) jest nieosiągalny (niemożliwy do dotrzymania), a więc umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą byłaby umową o świadczenie niemożliwe, a zatem obarczona niedającą się usunąć wadą. Zdaniem Odwołującego, wskazana (...) podstawa prawna nie znajduje zastosowania w tej sprawie. Co prawda we wzorze umowy (która miałaby realizowana przez okres do końca sezonu 2017) o realizację zamówienia publicznego znajduje się data dzienna (1 maja 2015 r.) związana z uruchomieniem systemu, jednakże należy ten dzień uznać za termin „orientacyjny", gdyż wszystkie inne elementy umowy opisują szereg czynności do

jakich jest zobowiązany wykonawca w terminach liczonych w dniach i tygodniach od dnia podpisania umowy. Zatem twierdzenie jakoby umowa miała być obarczona niedającą się usunąć wadą w postaci niemożności świadczenia jest nieuzasadnione. Powyższe stanowisko znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 29 listopada 2013 r. (sygn. akt: ICSK 124/13) przesądził, iż art. 387 Kodeksu cywilnego reguluje

15

skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności dochowania przez strony zastrzeżonego w umowie terminu spełnienia świadczenia. Zdaniem Sądu Najwyższego nie stanowi obiektywnej niemożności świadczenia niemożność dochowania terminu określonego w umowie nie świadczy automatycznie o tym, że świadczenie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne". W odniesieniu do przedmiotowego stanu faktycznego i prawnego należy, zdaniem Odwoływającego, wskazać, że fakt upłynięcia (bliskiego terminu upłynięcia) daty uruchomienia systemu nie przesądza w żadnym wypadku o braku możliwości świadczenia dostarczenia i uruchomienia systemu oraz świadczenia usługi zarządzania systemem (w ustalonym okresie) zgodnie z ofertą i umową. Wszak oprócz tej daty wszystkie pozostałe terminy w umowie są liczone względnie. Zatem najwłaściwszym rozwiązaniem w przedmiotowym stanie faktycznym nie jest unieważnianie całego Postępowania, a np. zawarcie umowy, a następnie aneksu porządkującego i ustalającego racjonalny i możliwy (zgodny z pozostałymi postanowieniami umownymi) termin wykonania jednego z etapów Umowy - uruchomienia systemu rowerowego". Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca podał, że „Przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia z uwagi na upływ pierwotnego terminu określonego w ogłoszeniu o zamówieniu nie spowoduje, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy będzie inny niż tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie i tym samym niemożliwy do wykonania. Upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne, która powoduje niemożność podpisania ważnej umowy niepodlegającej unieważnieniu. Jeżeli nie upłynął termin końcowy realizacji zamówienia i jest on realny do dotrzymania, możliwe jest dokonanie wyboru w prowadzonym postępowaniu i podpisanie umowy oraz wykonanie robót w terminie określonym przez zamawiającego." Podał również, że „Upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne w rozumieniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data rozpoczęcia wykonywania świadczenia już upłynął. W szczególności przepisem takim nie jest art. 140 Pzp." Reasumując stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym, w którym 1 maja 2015 r. należy uznać za rozpoczęcie wykonywania usługi przez wykonawcę (lub ewentualnie początek jednego z etapów - jednak nie jest to zdarzenie końcowe w ramach świadczenia umowy), nie zachodzi przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7) pozwalająca na unieważnienie postępowania (niemożność zawarcia umowy). Podkreślił, że takie stanowisko jest utrwalone w odniesieniu do upływu terminu rozpoczęcia świadczenia usługi w orzecznictwie oraz stwierdził, że (...). Bezsprzeczne jest, że umowa dotycząca realizacji zamówienia w przedmiotowym Postępowaniu dotyczy świadczenia usług o charakterze ciągłym, a zatem nie zaszła żadna przesłanka do zastosowania przez

16

Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp i unieważnienia postępowania. Na marginesie Odwoływający wskazał, że (...) gdyby hipotetycznie uznać (z czym się nie zgadza), iż mamy do czynienia z następczą niemożnością spełnienia świadczenia to wskazać należy, iż stan ten został wywołany wyłącznie działaniem Zamawiającego (Zamawiający nie był zobligowany do oczekiwania na decyzję Sądu Okręgowego w Łodzi w przedmiocie skargi na wyrok KIO z dnia 26 listopada 2014 r.; mógł podpisać umowę z Odwoływającym po wydaniu orzeczenia przez KIO (szczególnie, iż sam nie wniósł środka odwoławczego od tego orzeczenia). Oznacza to, iż obecnie podanie przez Zamawiającego, jako alternatywnej podstawy unieważnienia Postępowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy ma albo charakter pozorny, albo było z góry zamierzone. W obu wypadkach istnieje dla Zamawiającego ryzyko wystąpienia przez podmioty biorące udział w Postępowaniu (w tym Odwoływającego) z roszczeniami odszkodowawczymi. Odwoływający bowiem był przygotowany do rozpoczęcia realizacji umowy i uruchomienia systemu ŁRP w dniu 1 maja 2015 r. i wyłącznie zaniechania

Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, że nie tylko system ten nie został uruchomiony, ale jeszcze BikeU został wykluczony z postępowania (bezpodstawnie) i może ponieść szkody majątkowe nawet w wypadku uwzględnienia odwołania i podpisania obecnie umowy z Zamawiającym (oczywiście szkoda ta będzie niewspółmiernie niższa niż w wypadku wykluczenia Odwołującego z Postępowania)".

Odnosnie zarzut bezpodstawnego unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty (Odwołującego) za najkorzystniejszą podał, że Zamawiający przesyłając decyzję w dniu 13 kwietnia 2015 r. do Odwołującego nie wskazał w niej ani uzasadnienia prawnego, ani też uzasadnienia faktycznego, w wyniku czego utrudnił Odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej (nie sposób odwoływać się od decyzji Zamawiającego nie znając podstaw jej podjęcia). Ponadto decyzja ta została podjęta bez podstawy prawnej i faktycznej, w szczególności Zamawiający (co sam przyznaje) bazował (nie uznał ich za wiarygodne) na wyjaśnieniach Odwołującego, które zostały złożone na skutek bezprawnego żądania Zamawiającego (wezwania z dnia 9 kwietnia br.), mimo, że w dacie wystosowania tego pisma Zamawiający - z uwagi na decyzję z dnia 2 kwietnia 2015 roku - nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści dokumentów (oferta została już bowiem wybrana, a Zamawiający przed wysłaniem żądania nie unieważnił swojej wcześniejszej decyzji o dokonaniu wyboru). Podniósł również, że po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czym uniemożliwił mu przedstawienie swojego stanowiska i naruszył ciążyący na nim obowiązek rzetelnego wyjaśnienia (ponad wszelką wątpliwość) czy złożone dokumenty spełniają przesłanki do

17

uznania, że są nieprawdziwe i zostały świadomie (w sposób zawiniony) złożone przez Odwołującego.

W rekapitulacji stanowiska przedstawionego w odwołaniu Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający podjął szereg bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji doprowadziły do uniemożliwienia ubiegania się wykonawcy o realizację zamówienia, a mianowicie: w dniu 13 kwietnia 2015 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 2 kwietnia 2015 r., a w dniu 16 kwietnia 2015 r., wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę, a w dniu 16 kwietnia 2015 r. unieważnił postępowanie. Każda z tych czynności jego zdaniem podjęta została bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego), z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający posiadał oryginały dokumentów oraz oświadczenia jasno i bezspornie wskazujące na to, że BikeU spełniał warunki udziału w postępowaniu oraz, potwierdzające prawdziwość złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów i pomimo to naruszając normy obowiązujące w ramach procedury wybierania wykonawcy i udzielania zamówienia zgodnie z przepisami Pzp - unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Następnie Zamawiający autorytarnie stwierdził (na podstawie wiadomości e-mail przesłanej przez podmiot trzeci, bez zwracania się o udzielenie wyjaśnień do BikeU), że BikeU złożył w postępowaniu nieprawdziwą informację tj. wykaz usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający również, posiadając możliwość uzyskania od BikeU wyjaśnień w przedmiotowym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, zaniechał badania i analizowania ewentualnych wątpliwości, i zdecydował się na wykluczenie BikeU z postępowania, które zostało dokonane mimo braku zaistnienia ku temu przesłanek. Zamawiający ponadto wykluczył BikeU z postępowania również na podstawie rzekomego nie spełnienia przez BikeU warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji tych czynności unieważnił postępowanie na podstawie dwóch alternatywnych przesłanek. W świetle faktu, że oferta BikeU nie powinna zostać odrzucona, a BikeU wykluczony, jedna z nich (wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 1) automatycznie powinna zostać uznana za zastosowaną przez Zamawiającego z naruszeniem prawa. Co do drugiej przesłanki i argumentacji Zamawiającego, [rzekoma wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie umowy] Odwołujący stwierdził, że argumentacja jest nieuzasadniona, albowiem (...) W umowie (w jej wzorze) nie znajduje się postanowienie, które by uzasadniało wyciągnięcie takich wniosków, a twierdzenie jakoby upływ jednego wskazanego w umowie (na trzyletnie świadczenie usług) terminu dotyczącego jednego z etapów wykonania zamówienia, miałby powodować

niemożliwość całego świadczenia, nie broni się w świetle przepisów prawa, w szczególności przepisów Kodeksu cywilnego". Resumując stwierdził, że (...) Czynności podejmowane przez Zamawiającego, tj. m.in. zaniechanie wykorzystania uprawnienia do wezwania BikeU

18

do złożenia wyjaśnień lub niezbadanie sprawy rzekomych nieprawdziwych informacji, prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych".

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości podnosząc w szczególności, co następuje:

Odwołujący w dniu 21.10.2014 r. w rezultacie wezwań uzupełnił ofertę o kolejne zobowiązanie Brainbox Technology datowane na dzień 22.09.2014 r., w którego treści wskazano, że ten podmiot będzie uczestniczył w realizacji zadania wynikającego z zobowiązania. Jednakże po wyborze oferty tego wykonawcy, Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2015 r. otrzymał od Brainbox Technology informacje, z których wynikało, że zakończył on współpracę z Odwołującym z dniem 14.09.2014 r. i od dnia 15.09.2014 r. jego przedstawiciele nie podpisywali żadnego zobowiązania na rzecz BikeU Sp. z o.o. Wskazał także, że Odwołujący w dniu 13.04. 2015 r. - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - wyjaśnił, że nie potwierdza, aby Brainbox Technology miało brać udział w wykonaniu zamówienia oraz wskazał przy tym, iż „w związku ze zmianą w relacjach biznesowych pomiędzy tymi podmiotami w wykonaniu usługi udział będzie brał inny podmiot”, którym ma być Hourbike Limited. Reasumując, Zamawiający stwierdził, że w powyższym stanie faktycznym Odwołujący nie spełnił warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazanego w pkt 6.1.2 Tomu I SIWZ. Wynika to bezpośrednio ze stanowiska Brainbox Technology, który rzekomo miał udzielić Odwołującemu swoich zasobów, albowiem jego zdaniem brak jest powodów, dla których podmiot trzeci, który mógłby być zainteresowany uzyskaniem zamówienia przez Odwołującego miałby aktualnie poświadczać nieprawdę kwestionując fakt współpracy. Podkreślił, że pomimo wezwania z dnia 09. 04. 2015 r. wykonawca nie przedstawił dokumentów świadczących o współpracy z Brainbox po dniu 14.09.2014 r., na które Odwołujący aktualnie powołuje się w odwołaniu.

Zamawiający kwestionuje także trafność poglądu Odwołującego, zgodnie z którym „Zdarzenie związane z późniejszą ewentualną zmianą podmiotu trzeciego nie może mieć żadnego wpływu na fakt, że na dzień składania ofert BikeU spełnił warunki udziału w postępowaniu" (str 19 odwołania). W tym przypadku podkreślił, że w okresie do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, poza przypadkami enumeratywnie wskazanymi w ustawie Pzp - w art. 87 i w pewnych sytuacjach w art. 26 ust 3 - oferta wykonawcy może podlegać zmianom. Wykonawca na podstawie art. 85 ust 1 i art. 87 ust 1 ustawy Pzp związany jest ofertą, co oznacza niemożność dokonywania modyfikacji jej treści. Zdaniem Zamawiającego – w zakresie wykazania się wiedzą i doświadczeniem - Odwołujący

19

składając w dniu 21.10.2014 r. kolejne zobowiązanie Brainbox Technology - datowane na 22.09.2014r. - wyczerpał limit przewidziany na uzupełnianie dokumentów. Dlatego też nie było możliwe wzywanie do uzupełnienia i złożenie dokumentacji dotyczącej Hourbike Limited i zweryfikowania, czy podmiot ten spełnia warunek wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1.2 Tomu I SIWZ. Podkreślił, że nie jest obojętną dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zmiana w zakresie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, która zaszła pomiędzy dniem składania ofert, a dokonywaniem wyboru, czy też podpisania umowy o udzielenie zamówienia. Stąd też Zamawiający uprawniony był do zastosowania w stosunku do Odwołującego art. 24 ust 2 pkt 4 i art. 24 ust 4 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego sytuacja, w której Odwołujący podaje w ofercie, iż korzystać będzie z doświadczenia Brainbox Technology, który to podmiot zaprzestał współpracy z nim w dniu 14.09.2014 r., a więc jeszcze przed upływem terminem składania ofert, daje podstawę do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przy czym nie sposób dać wiary, iż Odwołujący dowiedział się o zerwaniu swojej współpracy z Brainbox Technology dopiero z pisma Zamawiającego z 09.04.2015 r. Jednocześnie sytuacja, w której w ofercie wskazuje się

potencjał innego podmiotu (Brainbox Technology) niż ten, z którego w rzeczywistości zamierza się korzystać Hourbike Limited, posiada wszelkie cechy nieprawdziwej informacji. Zamawiający stwierdził także, że nieprawidłowym jest stanowisko Odwołującego, iż „pismo Zamawiającego z 09.04.2015 r. nie może być uznane za wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 Pzp. Podkreślił, że w chwili sporządzenia i przekazywania ww. pisma wiążąca i aktualna była dokonana czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 2 kwietnia 2015 r., a więc pismo Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2015 r. miało jedynie walor informacyjny i zostało wysłane z pominięciem i naruszeniem procedur przewidzianych w Pzp (...)” (str 14 odwołania). Jego zdaniem [w powołaniu na orzecznictwo], przepisy ustawy Pzp nie zabraniają wzywania do wyjaśnień na żadnym etapie postępowania. W szczególności takich granic czasowych nie określa przytoczony przez Odwołującego przepis art. 26 ust 4 tej ustawy. Również pragmatyzm postępowania przeciwstawia się takiemu sztucznemu działaniu, jakie postuluje Odwołujący zgodnie z którym Zamawiający miałby unieważnić czynność wyboru po to, by móc wezwać wykonawcę do wyjaśnień, co prowadziłoby do niepotrzebnego mnożenia czynności postępowania, a ponadto Odwołującemu - jeżeli kwestionował prawidłowość wezwania do wyjaśnień z 09. 04. 2015 r. - przysługiwała możliwość wniesienia odwołania od tej czynności, z której nie skorzystał, a zatem nie może skutecznie podnosić jej ewentualnej wadliwości na obecnym etapie postępowania. W konkluzji stwierdził, że w sytuacji, w której z postępowania wykluczeni zostali wszyscy wykonawcy, a ich oferty odrzucone, Zamawiający nie miał innej możliwości niż unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1) ustawy Pzp.

20

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający podkreślił, że przedmiot umowy składa się z trzech wyraźnie wyodrębnionych świadczeń: uruchomienia, zarządzania i eksploatacji systemu o nazwie Rower Miejski. Z oczywistych przyczyn realizacja dwóch ostatnich uzależniona jest od uruchomienia systemu, na co wykonawca ma czas do 30. 04. 2015 r. Biorąc pod uwagę skalę zadania (ilość stacji i rowerów) oraz konieczność wykonania formalnych czynności poprzedzających techniczną instalację systemu, np. dostarczenie Zamawiającemu projektów rowerów, stacji rowerowych wraz z terminalami oraz strony internetowej oraz aplikacji urządzeń mobilnych - w terminie 30 dni od daty podpisania umowy (§ 2 pkt b wzoru umowy), niemożliwym jest zrealizowanie umowy w przewidzianym terminie. Termin 30.04.2015 r. nie ma charakteru „orientacyjnego”. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, iż - na wypadek opóźnienia wykonawcy - wzór umowy przewiduje kary umowne (§ 19 ust 1 pkt 14 wzoru umowy) oraz daje Zamawiającemu prawo odstąpienia od niej (§ 20 ust 1 pkt e) wzoru umowy). Na marginesie zauważył, że przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej powstało na gruncie odmiennych, niż przedmiotowy, stanów faktycznych, w którym Izba odnosiła się nie do opóźnienia w spełnieniu świadczenia, a do opóźnienia w terminie rozpoczęcia realizacji zamówienia oraz wskazując na art. 140 ust. 1 ustawy Pzp stwierdziła, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy ma być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Oznacza to, że umowa, zawarta przez Zamawiającego z wybranym przez siebie wykonawcą nie może wskazywać innego terminu wykonania zamówienia niż określony przez wykonawców w ofercie. Zawarcie takiej umowy byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe co zgodnie z art. 387 k.c. powoduje, że umowa taka jest nieważna.

Izba rozpoznając niniejszą sprawę ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu wykonawca BikeU sp. z o.o. z Warszawy podniósł zarzut naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust.4 tej ustawy z uwagi na niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, albowiem złożył on prawdziwe informacje oraz spełnił (i spełnia) warunki udziału w postępowaniu, a zatem brak było przesłanek do wykluczenia wykonawcy i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą. Wykonawca podniósł także zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu oraz

21

zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 tej ustawy z uwagi na niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, w sytuacji gdy nie zaistniała niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W odwołaniu wskazano również na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zdaniem wykonawcy BikeU to postępowanie było prowadzone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz na naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której kwestia prawdziwości wykazu usług oraz udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci budziła wątpliwości Zamawiającego i art. 26 ust. 2b Pzp z uwagi na uznanie za nieprawidłowe zobowiązanie do udostępnienia potencjału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia podczas gdy dołączone do oferty Odwołującego zobowiązanie było prawidłowe, ważne, wiążące i zgodne z przepisami Pzp oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazał ponadto na naruszenie art. 22 ust. 1 Pzp z uwagi na uznanie, że Odwołujący nie może ubiegać się o zamówienie, gdyż nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca BikeU spełnił (i nadal spełnia) warunki udziału w postępowaniu oraz na naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie rzetelnej oceny i badania oferty wykonawcy BikeU i nieskorzystanie w związku z wątpliwościami z uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty i załączonych dokumentów, pomimo posiadania ku temu możliwości i instrumentów prawnych. Podniesiono także zarzut naruszenia art. 57 ust 4 pkt h) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dawniej art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 2004/18/WE) z uwagi na uznanie, że Odwołujący jest winny i celowo wprowadził w błąd zamawiającego, podczas gdy wykonawca na żadnym etapie postępowania w sposób zamierzony (zawiniony) nie wprowadził w błąd Zamawiającego i nie przekazał mu celowo (w sposób zawiniony) nieprawdziwych informacji.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że nie podlega uwzględnieniu, zasadniczy zarzut dotyczący unieważnienia postępowania o udzielenie tego zamówienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z tego względu, że z okoliczności sprawy wynika, że zarzut ten jest niezasadny. Zgodnie ze wskazanym art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. W tym postępowaniu, którego przedmiotem jest „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu

22

oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny (ŁRP)” już w Ogłoszeniu o zamówieniu w sekcja VI.3) Zamawiający podał, że wykonawca zobowiązany jest uruchomić system ŁRP do dnia 30 kwietnia 2015 r. W opisie tego przedmiotu zamówienia – tak jak podano w Ogłoszeniu oraz w specyfikacji i jej załącznikach, w tym w formularzu aktu umowy – wskazano, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca: (1) wykonana oraz uzgodni projekt: rowerów, stacji rowerowych wraz z terminalami i stojakami, strony internetowej, aplikacji na urządzenia mobilne (tablety, smartfony, terminal ŁRP); (2) wykona projekt dokumentów określających prawa i obowiązki klientów ŁRP, w szczególności regulaminu oraz zasad korzystania z ŁRP; (3) dostarczy flotę rowerów, niezbędną infrastrukturę do ich wypożyczania (stację, terminale) oraz dokonana ich montażu; (4) wdroży projekt polegający na rozruchu testowym systemu ŁRP; (5) przeszkoli wyznaczonych pracowników Zamawiającego w zakresie użytkowania ŁRP oraz kontroli i pozyskiwania danych z systemu informatycznego ŁRP; (6) udostępni niezbędne oprogramowania oraz hasła dostępu do kontroli działania systemu; oraz (7) uruchomi i rozpocznie eksploatację ŁRP. W formularzu aktu umowy [§ 2] wskazano, że wykonanie wymaganych czynności poprzedzających uruchomienie systemu i jego eksploatację, a mianowicie: dostarczenie Zamawiającemu projektów wymienionych dokumentów, w tym regulaminu korzystania z ŁRP nastąpi w terminie 10 dni od daty podpisania umowy, a projektów rowerów, stacji rowerów wraz z terminalami oraz strony internetowej, oraz aplikacji urządzeń mobilnych – w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy. Z kolei zakup rowerów i

uruchomienie ŁPR miało nastąpić w terminie do dnia 30 kwietnia 2015 r. W paragrafie 19 ust.1 pkt 14 formularza umowy zastrzeżono ponadto prawo naliczenia kar za brak uruchomienia ŁPR, począwszy od 1 maja 2015 r., a w jego § 20 ust.1 lit e) - prawo do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym, gdy wykonawca nie uruchomi ŁPR do dnia 30 kwietnia 2015 r. Izba stwierdza także, że specyfikacja, w tym jej załączniki nie przewidywały możliwości zmiany terminu uruchomienia systemu po dniu 30 kwietnia 2015 r.

W ocenie Izby tak opisanego terminu „30 kwietnia 2015 r.„ nie można kwalifikować, jako terminu orientacyjnego, a tylko wyłącznie jako termin nieprzekraczalny. Tym samym termin 30 kwietnia 2015 r., wobec wskazanych postanowień Ogłoszenia i formularza umowy należy uznać w tym postępowaniu za przedmiotowo istotny składnik ze względu na zasadniczy jego charakter dla tego postępowania i w konsekwencji składnik przedmiotowo istotny [essentialia negotii] umowy zawartej po przeprowadzeniu tego postępowania. Zatem tak jak słusznie zauważył Zamawiający, w oparciu o stan faktyczny sprawy, nie było możliwe zawarcie ważnej umowy, w której świadczenie wykonawcy wynikające z umowy byłoby tożsame z jego zobowiązaniem zawartym z ofercie, zgodnie z którym wykonawca BikeU zobowiązał się uruchomić system Łódzkiego Roweru Publicznego do dnia 30 kwietnia 2015 r.

23

Z okoliczności tej sprawy, bezspornie zdaniem Izby wynika, że przyczyn technicznych i organizacyjnych wykonawca BikeU nie miał możliwości [tym bardziej nie miał w dniu 6 maja br] spełnienia zobowiązania wynikającego z oferty, a mianowicie uruchomienia systemu ŁPR do dnia 30 kwietnia 2015 r. co przyznał w toku rozprawy, wskazując nawet na termin 10. tygodni niezbędny dla wykonania prac poprzedzających uruchomienie systemu. Sugerowane przez Odwołującego rozwiązanie, zawarcia umowy, a następnie aneksu porządkującego oraz ustalającego racjonalny i możliwy (zgodny z pozostałymi postanowieniami umownymi) termin wykonania jednego z etapów Umowy - uruchomienia systemu rowerowego” prowadziłyby w konsekwencji, do niedopuszczalnego obejścia przepisów prawa, i naruszenia zarówno zakazu, o którym mowa chociażby w art. 144 ust.1 ustawy Pzp, w myśl którego nie jest możliwe dokonywanie (...) istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”. Jak wskazano w tym postępowaniu specyfikacja nie przewidywała zmiany terminu [30 kwietnia 2015 r.] uruchomienia systemu ŁPR. Dokonanie zatem zmiany spornego terminu powodowałoby w konsekwencji do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwagi na zasadniczy charakter tego warunku.

Rozpoznając z kolei drugą z przesłanek unieważnienia postępowania, a mianowicie z art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp oraz podnoszone w odwołaniu zarzuty związane z podstawami wykluczenia wykonawcy BikeU z tego postępowania, Izba przede wszystkim stwierdza, że w niniejszej sprawie należy mieć na względzie dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp. W myśl tej dyrektywy Izba uwzględni odwołanie, tylko wówczas, gdy stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tej sprawie, wobec ustalonych przez Izbę uzasadnionych podstaw unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, odwołanie ze wskazanych względów formalnych także w zakresie zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia wykonawcy BikeU, oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp – bez względu na ocenę ich zasadności - w tej części podlega oddaleniu w związku z koniecznym zastosowaniem art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Mając jednakże na uwadze stan faktyczny sprawy i wskazane na wstępie zarzuty, a dotyczące podstaw wykluczenia wykonawcy BikeU z tego postępowania o udzielenie zamówienia Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp oraz z art. 191 ust. 2 tej ustawy. W myśl pierwszego z przepisów strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne, a

24

w myśl drugiego - wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku

postępowania. W tym postępowaniu złożono dwie oferty. Pierwszą z nich złożył wykonawca Nextbike, która to oferta w konsekwencji decyzją z dnia 2 kwietnia 2015 r. została odrzucona, a drugą wykonawca BikeU, która to oferta decyzją z dnia 2 kwietnia 2015 r. została uznana za najkorzystniejszą. Ostatecznie wykonawca BikeU został wykluczony z postępowania, a jego oferta została uznana za odrzuconą. W decyzji z dnia 16 kwietnia 2015 r. wskazano na art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp podnosząc, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz stwierdzając, że tym samym wykonawca BikeU nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 6.1.2 Tomu I specyfikacji. W odniesieniu do przesłanki związanej ze złożeniem nieprawdziwych informacji Zamawiający podał, że wykonawca BikeU w odpowiedzi z dnia 13 kwietnia 2015 r. na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2015 r. oświadczył, że nie będzie korzystał z potencjału podmiotu wskazanego w ofercie Brainbox Technology z Grecji, który był wystawcą zobowiązań z dnia 11 i 22 września 2014 r. o udostępnieniu na rzecz na rzecz wykonawcy BikeU potencjału dla potwierdzenia warunku z punktu 6.1.2 Tomu I specyfikacji. W tej odpowiedzi wykonawca BikeU – w nawiązaniu do stanowiska i żądań Zamawiającego – wymienił inny podmiot, wskazując na Hourbike Limited z Wlk. Brytanii. Zamawiający stwierdził, że w tym stanie faktycznym wykonawca BikeU podał nieprawdziwe informacje w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia, a więc w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Tak jak podał, o powyższym przesądza oświadczenie z pisma z dnia 13 kwietnia 2015 r. [jego pkt 5] oraz korespondencja z dnia 7 i 8 kwietnia 2015 r. uzyskana od Brainbox – podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz wykonawcy BikeU. W ocenie Izby, wyjaśnienia Brainbox Technology z dnia 4 maja 2015 r. i załączników do tego pisma [korespondencja z dnia 5 grudnia 2014 r.] przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego wskazują, że nie można uznać zobowiązania z datą wystawienia z dnia 22 września 2014 r. przedłożonego w wyniku uzupełnienia dokumentu na wezwanie, celem wykazania warunku z punktu 6.1.2 Tomu I specyfikacji za dowód potwierdzający realne udostępnienie przez Brainbox Technology zasobów, na które powołuje się BikeU w ofercie. Tym bardziej za taki dowód, z uwagi na jego treść, nie można uznać zobowiązania z dnia 11 września 2014 r. załączonego do oferty, którego dotyczył uzupełniony dokument z datą wystawienia 22.09.2015 r. Wbrew treści tych dokumentów i ich oznaczeń, z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że mogą być one kwalifikowane tylko jako rekomendacja [promesa] deklaracji współpracy przy realizacji tego zamówienia, a przy jednoczesnym braku ustalenia faktycznych zasad takiego współdziałania nie mogą być kwalifikowane jako de facto zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust.2b ustawy Pzp. W myśl powołanego przepisu

25

zobowiązanie ma udowadniać dysponowanie zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Powyższe ustalenie, potwierdza także korespondencja mailowa z datą 29 listopada 2014 r., w którym to dokumencie mowa jest o dwóch umowach. Pierwsza z nich miała stanowić „ostateczną wersję umowy wraz z załącznikami”, której wykonawca nie przedłożył na rozprawie i nawet nie przybliżył, czego ten projekt dotyczył, a druga „proponowanej umowy na projekt w Łodzi”. Z kolei załączona do pisma z 4 maja 2015 r. korespondencja z 5 grudnia 2014 r. w której Brainbox żąda powiadomienia o tym, że ta firma (...) nie życzy sobie utrzymywać żadnego rodzaju relacji biznesowych ze spółką BikeU,” potwierdza także brak porozumienia między firmami, co do Projektu ŁPR, a także potwierdza zakończenie współpracy z BikeU. Wbrew twierdzeniom Odwołującego takie powiadomienie miało być skierowane nie tylko do miast/gmin, dla których BikeU realizuje projekty z wykorzystaniem referencji Brainbox, ale również do wszystkich miast/gmin, którym BikeU złożyło oferty z wykorzystaniem referencji tego podmiotu. Przedłożona z kolei przez wykonawcę BikeU faktura z datą 8.01.2015 r., wbrew intencjonalnym opisom w języku polskim na jej angielskiej wersji językowej oraz intencjonalnej w toku rozprawy interpretacji usługi której dotyczyła, może niewątpliwie dotyczyć tylko opłaty za usługi związane z udziałem w przetargach na obsługę systemu rowerów publicznych, ale tylko w odniesieniu do Bielska Białej, Bydgoszczy oraz Krakowa. Niewykluczone, że te opłaty mogą być także skutkiem rekompensat odszkodowawczych w związku z kosztami poniesionymi przez Brainbox przy przygotowaniu ofert w wymienionych w fakturze przetargach, w realizacji których Brainbox wbrew oczekiwaniom nie uczestniczyła. W konkluzji Izba stwierdza, że zgodnie z dyrektywą z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp mając na uwadze wszystkie okoliczności tej sprawy w dacie

orzekania, podane w zobowiązaniu z dnia 22.09.2015 r. informacje związane z realnym uczestniczeniu podmiotu Brainbox Technology z Grecji w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Wykonanie usługi, polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny nie dowodzą, że są one zgodne z rzeczywistymi faktami, a zatem należało uznać je za nieprawdziwe w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz mające wpływ na wynik tego postępowania i w konsekwencji stanowiło to uzasadnioną podstawę do wykluczenia wykonawcy BikeU z postępowania w oparciu o wskazany przepis. Tym samym powyższe okoliczności niewątpliwie stanowią o braku potwierdzenia przez wykonawcę BikeU spełnienia warunku udziału w postępowaniu z punktu 6.1.3 Tomu I specyfikacji.

Izba zwraca uwagę, że zarówno z orzecznictwa jak i doktryny wynika, że za nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać takie informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Izba stwierdza również, że na gruncie ustawy Pzp z literalnego brzmienia przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp nie wynika, że ta

26

przesłanka wykluczenia zachodzi tylko wówczas, gdy złożenie informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym [nieprawdziwych] było skutkiem intencjonalnego działania wykonawcy, wynikającego wyłącznie z umyślności tego działania. Izba stwierdza, że także przepis art. 45 ust.2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE [po jej nowelizacji: art. 57 ust.4 lit h)], nie odnosi wykluczenia wykonawcy, winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, do jego umyślnego zachowania, wynikającego z bezpośredniego zamiaru przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mającego świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Tak jak podaje dyrektywa podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie zawinionego poważnego, a więc mającego lub mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, wprowadzenia w błąd, a nie celowego wprowadzenia w błąd przez wykonawcę. Zatem może to dotyczyć – zgodnie z doktryną normatywnej koncepcji winy – sytuacji, kiedy sprawca nie chciał popełnić czynu zabronionego, ale mając podstawy przewidywać możliwość jego popełnienia akceptował mogący nastąpić stan rzeczy [zamiar ewentualny]. Dyrektywa powyższa nie wyłącza także zachowania, którego zawinienie jest skutkiem niedbalstwa lub nienależytej staranności, które to działanie kwalifikowane jako nieumyślne charakteryzuje, co prawda brak zamiaru popełnienia czynu niedozwolonego [zabronionego], jednakże sprawca popełnia taki czyn na skutek niezachowania ostrości wymaganej w danych okolicznościach, mimo, że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał [lekkomyślność] albo mógł przewidzieć [niedbalstwo]. Okolicznością w zw. z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, wyłączającą takie zawinienie – umyślne, a także nieumyślne – związane ze złożeniem dokumentu zawierającego informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym mogłaby być zdaniem Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 26 ust.3 ustawy Pzp tylko obiektywna okoliczność, będąca skutkiem usprawiedliwionego okolicznościami sprawy błędu, wyłączającego nieumyślność działania. Izba dodatkowo wskazuje, że na gruncie ustawy Pzp o zamiarze bezpośrednim – kwalifikowanej postaci zawinienia – można mówić w przypadku czynu, o którym mowa w art. 32 ust.2 ustawy Pzp - popełnianego przez Zamawiającego - zgodnie którym Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Podlega zatem odpowiedzialności, w tym na gruncie przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ten Zamawiający, który podzielił zamówienie świadomie na części z zamiarem uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy należy uznać, że wykonawca BikeU, składając zobowiązanie o udostępnieniu potencjału przez podmiot Brainbox wraz z ofertą z datą 11.09.2015 r. oraz zobowiązanie z datą 22.09.2015 r. w wyniku uzupełnienia dokumentu, miał świadomość braku porozumienia z tym podmiotem, co do zasad

27

współpracy przy realizacji tego zamówienia i w konsekwencji – wobec obowiązku chociażby akceptowalnej przez BikeU wypłaty rekompensat w związku z innymi przetargami – akceptował stan rzeczy w tym postępowaniu skutkiem którego mogło nie nastąpić realne

udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego, na który powołał się w Wykazie usług. To w konkluzji prowadzi do wniosku, że faktycznie nie było zgodne z rzeczywistością powoływanie się na zasoby innego podmiotu, co skutkowało uzasadnioną podstawą wykluczenia wykonawcy BikeU z tego postępowania w oparciu o art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca BikeU nie potwierdził, w tym stanie faktycznym, warunku udziału w postępowaniu wymaganym pkt 6.1.2 specyfikacji i podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba na marginesie stwierdza, że w tym stanie faktycznym wbrew sugestii Zamawiającego wynikającej z pytań z zawartych w piśmie z dnia 9 kwietnia 2015 r. oraz wobec treści wezwania z dnia 9.10.2014 r. i udzielonej odpowiedzi uzupełnionej nowym z dnia 22.09.2014 r. dokumentem oznaczonym w związku z treścią art. 26 ust.2b ustawy Pzp, jako zobowiązanie Brainbox Technology, nie byłoby możliwe na tym etapie postępowania ponowne wezwanie do udowodnienia spełniania wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia i posłużenie się przez wykonawcę BikeU w miejsce podmiotu Brainbox Technology z Grecji innym podmiotem trzecim. Izba zwraca także uwagę, że zarzut skierowany do kwestionowanego wezwania z dnia 9 kwietnia 2015 r. został złożony po terminie, który w związku z art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp upływał w dniu 20 kwietnia 2015 r. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają wzywania wykonawcy do wyjaśnień na żadnym etapie postępowania, natomiast zamówienie w myśl art. 7 ust.3 ustawy Pzp może być udzielone tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą Pzp, a zatem nie może dotyczyć to wykonawcy podlegającego – w świetle wymagań ustawy Pzp oraz specyfikacji - wykluczeniu z postępowania lub/i którego oferta w świetle tych wymagań podlega odrzuceniu.

W tej sytuacji także inne zarzuty wskazane w odwołaniu dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp, art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

28

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

29