

WYROK
z dnia 18 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Nextbike Polska Sp. z o.o. ul. Kruszwicka 26/28 53-652 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasta Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **BikeU Sp. z o.o., ul. Postępu 15c, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1648/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje również Zamawiającemu wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z udziału w postępowaniu Wykonawcy: BikeU Sp. z o.o., ul. Postępu 15c, 02-676 Warszawa, jak i wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z udziału w postępowaniu Wykonawcy: WIM System Warzała i Mac Sp. J., ul. Mickiewicza 57, 39-215 Czarna, a w konsekwencji powyższego uznanie ofert obu Wykonawców za odrzucone (art. 24 ust. 4 Pzp).**

-
- 2. kosztami postępowania obciąża Gmina Miasta Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Nextbike Polska Sp. z o.o. ul. Kruszwicka 26/28 53-652 Wrocław tytułem wpisu od odwołania;**
- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Gmina Miasta Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń na rzecz wykonawcy Nextbike Polska Sp. z o.o. ul. Kruszwicka 26/28 53-652 Wrocław stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu

Toruński Rower Miejski (TRM).”, zostało wszczęte przez Gminę Miasta Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 082-138261 z dnia 26.04.2013 r.

W dniu 25.06.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformowała o wyborze oferty najkorzystniejszej: BikeU Sp. z o.o., ul. Postępu 15c, 02-676 Warszawa zwana dalej: „*BikeU Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”, drugą pozycję zajął WiM System Warżała i Mac Sp. J., ul. Mickiewicza 57, 39-215 Czarna zwana dalej: „*WiM System Warżała i Mac Sp. J.*” albo „*drugim Przystępującym*”, trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Nextbike Polska Sp. z o.o. ul. Kruszwicka 26/28 53-652 Wrocław zwana dalej: „*Nextbike Polska Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 05.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie: Nextbike Polska Sp. z o.o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wniósł odwołanie na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy: BikeU sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. J. pomimo, że oferty złożone przez tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r., Nr 153, poz. 1503, j.t.) zwanej dalej: „*UZNK*” oraz pomimo tego, iż wykonawcy Ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie naruszenie;

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BikeU Sp. z o.o. oraz WiM

System Warżała i Mac Sp. j., pomimo, że oferty złożone przez tych wykonawców zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 Pzp poprzez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j., pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące Zamawiającemu podjęcie takiej decyzji,
4. art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu. Wnosił o:
 1. nakazanie Zamawiającemu dokonania uprzednio zaniechanych czynności, polegających na nie wykluczeniu BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j. z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji,
 2. nakazanie Zamawiającemu dokonania uprzednio zaniechanych czynności, polegających na nie odrzuceniu oferty BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j.,
 3. unieważnienie decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej BikeU Sp. z o.o.,
 4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
 5. nakazania Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j. podniósł co następuje: Zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w pkt 3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: Wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej 1 usługę o wartości min. 400 000 zł brutto, polegającą na opracowaniu i wdrożeniu co najmniej 1 systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów. Dodatkowo w odpowiedzi na pytania Odwołującego, skierowane do Zamawiającego w dniu 15.05.2013 r., Zamawiający potwierdził, iż

przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski i w związku z tym wymagane dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia dotyczy nie tylko dostarczenia systemu ale również jego eksploatacji jako operator.

Odwołujący odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 Pzp, poprzez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców BikeU

2

Sp. z o.o. oraz WiM System Warzęta i Mac Sp. j. pomimo złożenia nieprawdziwych oświadczeń, których treść bezsprzecznie miała wpływ na wynik postępowania, wskazał przede wszystkim na złożone oświadczenia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

W ocenie Odwołującego, BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warzęta i Mac Sp. j. świadomie wprowadzili Zamawiającego oraz pozostałych uczestników postępowania w błąd co do wielkości potencjału jakim dysponują w odniesieniu do posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, iż BikeU Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazał w wykazie usług trzy usługi (1. Velivert Bike - opracowanie i wdrożenie systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, 2. Velhop Bike - opracowanie i wdrożenie systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, 3. Easy Bike Karditsa - wdrożenie, zarządzanie i eksploatacja systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów) oraz załączył do oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego referencje potwierdzające należyte ich zrealizowanie. Odwołujący wskazuje, iż dwie z nich, tj.:

1. Velivert Bike - opracowanie i wdrożenie systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów oraz

2. Velhop Bike - opracowanie i wdrożenie systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż polegały one jedynie na opracowaniu i wdrożeniu systemu - nie zaś na jego eksploatacji jako operator zgodnie z wymogiem określonym przez Zamawiającego w pkt 3 SIWZ.

W zakresie kontraktu Easy Bike Karditsa - wdrożenie, zarządzanie i eksploatacja systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, wskazać należy, iż wykonawca BikeU Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu tłumaczenie referencji pochodzących od zarządu miasta Karditsa odbiegające treścią od przedłożonej kserokopii oryginału. Zgodnie z treścią przedmiotowej referencji po przełożeniu na język polski zarząd miasta Karditsa zaświadcza, iż BRAINBOX PUROFORIKI E.P.E. [SP. Z O.O.] świadczy Gminie Karditsa usługę wsparcia systemu wynajęcia rowerów w ramach projektu „Systemy Wynajmowania Rowerów Gminy Karditsa” o budżecie całkowitym w wysokości 225987, 90 euro od marca 2013 r. do chwili obecnej.

Przekład tłumaczenia przedstawionego przez wykonawcę BikeU Sp. z o.o., zgodnie z którym zarząd miasta Karditsa zaświadczył, iż firma Brainbox Technology wdrożyła, zarządza oraz eksploatuje bezobsługowy system wypożyczalni rowerów miejskich w miejscowości Karditsa jest więc wadliwy i nie odzwierciedla treści oryginału przedmiotowej referencji.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż zakresy pojęciowe sformułowań „świadczyć usługę wsparcia” oraz „eksploatować jako operator” różnią się od siebie

3

znacznie oraz, że przez fakt udowodnienia świadczenia usług wsparcia nie można wykazać zarządzania/eksploatacji jako operator systemu.

Odwołujący wskazuje, iż WiM System Warzęta i Mac Sp. j. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazał w wykazie usług jedną usługę, tj.: kontrakt na Bezobsługową wypożyczalnię rowerów w Rzeszowie. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego w Urzędzie Miasta w Rzeszowie wynika, iż WiM System Warzęta i Mac Sp. j. nigdy nie realizował zamówienia odpowiadającego wymogom Zamawiającego określonym w pkt 3 SIWZ, tj. nigdy nie był stroną kontraktu z Urzędem Miasta Rzeszowa opiewającego na minimum 400 000 zł oraz nie świadczył na rzecz Urzędu Miasta Rzeszowa usług polegających na opracowaniu, wdrożeniu oraz eksploatacji jako operator systemu bezobsługowej stacji rowerów. Zgodnie z informacją uzyskaną przez Odwołującego w Urzędzie Miasta Rzeszowa jedynym stosunkiem zobowiązaniowym w obszarze

bezpośrednio lub pośrednio związanym z bezobsługowym wypożyczaniem rowerów łączącym Urząd Miasta Rzeszowa z WiM System Warżała i Mac Sp. j. jest umowa/y w przedmiocie dzierżawy nieruchomości z przeznaczeniem na prowadzenie wypożyczalni rowerów i umieszczenie nośników reklam.

Z powyżej wskazanych względów uznał, że zarówno wykonawca BikeU Sp. z o.o. jak też wykonawca WiM System Warżała i Mac Sp. j. złożyli świadomie nieprawdziwe oświadczenia, które zgodnie z ich intencją miały im umożliwić uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym ziszcza się przesłanka wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, na podstawie której wykonawcy składający nieprawdziwe oświadczenia powinni zostać wykluczeni z udziału w przetargu a w konsekwencji także przesłanka wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 4.

Zaniechanie Zamawiającego polegające na braku wykluczenia BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j. z przyczyn wskazanych powyżej świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz naruszeniu zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z zasadami określonymi w przepisach Pzp (art. 7 ust. 3 Pzp). Uzasadniając naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp podniósł dodatkowo, iż Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w sposób naruszający uczciwą konkurencję poprzez faworyzowanie niektórych z Wykonawców poprzez zaniechanie decyzji o wykluczeniu wskazanych podmiotów z powodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 4 jak również art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp, podniósł co następuje:

W ocenie Odwołującego, Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust 3 oraz ust 4 Pzp dokonał wyboru oferty BikeU sp. z o.o., błędnie uznając iż jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Zaproponowana

4

przez BikeU Sp. z o.o. cena kształtowała się na poziomie 150% wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na kwotę 780 000 zł. Najwyraźniej w ocenie Zamawiającego było to wystarczającym argumentem, aby uznać, iż zaproponowana przez: BikeU Sp. z o.o. cena oferty nie odbiega od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców i od cen rynkowych.

W ocenie Odwołującego istnieją podstawy ku temu, aby przypisać BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j., popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W opinii Odwołującego, mimo tego, iż działanie BikeU sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j., nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5 - 7 UZNK, to uzasadniona jest ich ocena w świetle unormowań art. 3 ust. 1 UZNK, określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Odwołującego, okolicznością przesądzającą o naganności postępowania BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j., w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę realizacji zamówienia, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j., utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Podsumowując, tym samym stwierdzić należy, iż działanie BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j., wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego zarówno BikeU Sp. z o.o. oraz WiM System Warżała i Mac Sp. j., w złożonej ofercie nie uwzględnili wszystkich wymagań Zamawiającego, dotyczących sposobu wykonania przedmiotu zamówienia publicznego, opisanych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego oferty złożone przez tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie uwzględniają wszystkich kosztów, których poniesienie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Wysokość ceny realizacji zamówienia zaproponowana w złożonej przez tych wykonawców ofercie, w opinii Odwołującego opiera się na nie rzetelnej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia jakie wykonawcy ci są zobowiązani ponieść i nie uwzględniają stopy zysku zwyczajowo przyjętej

przez wykonawców w relacjach objętych przedmiotem zamówienia. Zdaniem Odwołującego obaj wykonawcy, złożyli w niniejszym postępowaniu oferty przetargowe, w oderwaniu od informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, opisanych przez Zamawiającego w SIWZ oraz w toku udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców.

5

Odwołujący wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego stanowiła początkowo kwotę 780 000 zł brutto. Zamawiający zdecydował się ją podwyższyć do kwoty najniższej oferty tj. złożonej przez BikeU Sp. z o.o. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 3 oferty. Oferta z najniższą ceną to oferta Spółki BikeU sp. z o.o. o wartości 1168 500 zł brutto. Oferta złożona przez WiM SYSTEM Warzęła i Mac sp. j. na kwotę 1 220 160 zł brutto. Oferta złożona przez Odwołującego na kwotę 1 597 800 zł brutto. Odwołujący w swojej ofercie zaproponował kwotę za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości 1 597 800 zł brutto, co przewyższa o ponad 36% kwotę oferty wybranej jako najkorzystniejsza - oferta Odwołującego jest o ok. 429 300 zł wyższa od ceny najniższej oferty. Jednakże zdaniem Odwołującego jest to najniższa kwota dająca jednocześnie rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ. Wskazał, że Odwołujący jako jedyny z wykonawców w przedmiotowym postępowaniu prowadzi działalność tożsamą z przedmiotem zamówienia. BikeU Sp. z o.o. jest podmiotem nowym na rynku, nie posiadającym własnego doświadczenia, natomiast WiM System Sp. j. prowadzi wypożyczalnię we własnym zakresie co mogło się przełożyć na niedoszacowanie przez tego wykonawcę kosztów wypełnienia określonych w przedmiotowym SIWZ standardów.

Odwołujący zwrócił w szczególności uwagę na wskazane w art. 90 ust. 2 Pzp okoliczności związane z czynnikami obiektywnymi dostępnymi wykonawcy zamówienia, mające wpływ na wysokość ceny oferty. Odwołujący wskazuje przede wszystkim na fakt, że niski poziom przyjętych w jego ofercie cen, wynika ze skali działalności Odwołującego. Osiągane korzyści skali wynikające z bardzo szerokiego obszaru działalności prowadzonej przez Odwołującego pozwalają na wynegocjowanie korzystnych zarówno w wymiarze finansowym jak i organizacyjnym warunków współpracy.

Odwołujący stwierdził, że posiada na terenie kraju ponad 150 000 zarejestrowanych klientów, prawie 3 000 użytkowanych rowerów oraz ponad 10 mln „wypożyczeń” - jest liderem, posiadającym ponad 92 % rynku bezobsługowych miejskich wypożyczalni rowerowych w Polsce (Nextbike w 5 projektach - ok. 3080 rowerów, WiM System w Rzeszowie - 200 rowerów, miasto Kraków samodzielnie - 35 szt.) i jako jedyny podmiot w Polsce świadczy usługę prowadzenia tego typu wypożyczalni dla zainteresowanych samorządów. Odwołujący posiada również jako jedyny doświadczenie związane z bardzo specyficznym modelem działania na rynku polskim, który jest np. zupełnie inny w sferze operatorstwa niż rynki z Europy Zachodniej. Posiada unikalną wiedzę opartą na bliskiej współpracy z naszym licencjodawcą, firmą Nextbike GMBH z Niemiec. Nie bez znaczenia pozostają zupełnie inna intensywność wypożyczania rowerów przez mieszkańców, inne wymagania i oczekiwania klientów i zamawiających samorządów, inne dopasowanie infrastruktury miejskiej, inne standardy i potencjał rynku reklamowego itp. W tym kontekście,

6

w ocenie Odwołującego, doświadczenie na rynkach zagranicznych nie jest w żaden sposób miarodajne, a tym bardziej wystarczające dla określenia i skalkulowania tak skomplikowanej oferty, jaką jest dostawa, wdrożenie i przede wszystkim eksploatacja systemu w charakterze operatora. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego istnieją uzasadnione podstawy do twierdzenia, że cena oferty BikeU Sp. z o.o. oraz WiM SYSTEM Warzęła i Mac Sp. j. odbiegają w znacznym stopniu od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem stanowią zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Rażąco niska cena jest pojęciem autonomicznym na gruncie przepisów Pzp. W orzecznictwie KIO oraz doktrynie prawa utrwalone jest stanowisko, według którego z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy cena ta jest nienormalnie niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co sprawia, że za taką cenę nie może rozsądnie postępujący wykonawca zrealizować zamówienia, nie ponosząc straty. Za ofertę z rażąco niska cena należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych

podobnych zamówień, to jest cena, wskazująca na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, która nie pozwala na realizację zamówienia. Ofertą z rażąco niską ceną będzie oferta z ceną znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych podobnych zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, a także ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest przede wszystkim, ustalona przez Zamawiającego w sposób należyty, wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT, czyli w zasadzie cena jaką Zamawiający podał podczas otwarcia ofert. Zamawiający, przy weryfikacji ofert pod kątem rażąco niskiej ceny poza wskazanym w art. 90 ust. 1 Pzp przedmiotem zamówienia, powinien odwoływać się również do kryteriów pomocniczych. Za pomocnicze punkty odniesienia wstępnej oceny mogą być uznane inne wartości, do których z reguły zalicza się np. ceny rynkowe za wykonanie podobnych zamówień.

Odwołujący opierając swoje sądy na bogatym doświadczeniu na rynku usług będących przedmiotem zamówienia, oświadcza, iż ceny zaproponowane przez BikeU Sp. z o.o. oraz WiM SYSTEM Warżała i Mac Sp. j. w złożonych przez tych wykonawców ofertach przetargowych są cenami nie realistycznymi, nie dającymi się porównać z ceną rynkową podobnych zamówień oraz nie uwzględniają one wszystkich kosztów wytworzenia usługi zamówionej przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku w zakresie wyjaśnienia wszystkich czynników mających wpływ na wysokość poszczególnych kosztów skalkulowanych w cenie ofertowej zarówno przez BikeU Sp. z o.o. jak i WiM

7

SYSTEM Warżała i Mac Sp. j. Szczegółowa kalkulacja zawierająca poszczególne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia oraz ich koszt, która pozwalałaby w sposób należyty zrealizować przedmiotowe zamówienie, została przedstawiona w zestawieniu stanowiącym załącznik nr 4 do niniejszego odwołania, informacje oraz wyliczenia przedstawione w załączniku nr 4, stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, w związku z czym Odwołujący zastrzega aby nie zostały one ujawnione.

W kontekście opisanych powyżej kwestii a także biorąc pod uwagę treść informacji oraz wyliczeń przedstawionych w załączniku nr 4 stwierdzić należy, że posiadane doświadczenie umożliwiło Odwołującemu wypracowanie technologii i procedur, których stosowanie wpływa na znaczne zmniejszenie kosztów realizacji przedmiotowych usług. Nie bez znaczenia dla redukcji kosztów są wynegocjowane przez firmę korzystne kontrakty na materiały oraz konkretne urządzenia w tym w szczególności: rowery, stojaki a także terminale. Dzięki temu Odwołujący jest w stanie oferować swoim kontrahentom, także w postępowaniach przetargowych, bardzo korzystne warunki cenowe.

Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę, w ślad za wskazaniem zawartym w art. 90 ust. 2 Pzp, na posiadanie przez Odwołującego wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania przedmiotowego zamówienia. Do tej grupy czynników wpływających na zaproponowaną w ofercie wysokość wynagrodzenia zaliczyć należy m.in. korzyści z działania podmiotu składającego ofertę w ramach Grupy kapitałowej CAM Media. Powyższe umożliwia praktycznie bez kosztowe korzystanie z zasobów wypracowanych przez pozostałe spółki Grupy, które posiadają stosowne narzędzia i wyposażenie, doświadczenie, w szczególności zaś potencjał w zakresie sprzedaży powierzchni reklamowych w ramach dużych pakietów oferowanych w przez CAM Media. CAM Media posiada wieloletnie doświadczenie w branży reklamowej. Sprzedaż powierzchni reklamowej, odpowiednia ocena potencjału reklamowego miasta, ocena ryzyk, obecnej sytuacji branży itp. jest ważnym czynnikiem, który ma istotny wpływ na przychody wykonawcy i tym samym odpowiednie skalkulowanie oferty. Uwzględniając powyższe w ocenie Odwołującego, zaproponowana przez wykonawców cena ma charakter ceny rażąco niskiej w tym również w rozumieniu przepisów Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że podstawowy cel art. 90 Pzp jakim jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, a ponadto wspieranie zasady rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, nie jest zachowany, a cena zaoferowana przez wykonawców BikeU Sp. z o.o. oraz WiM SYSTEM Warżała i Mac Sp. j. daje podstawy do odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 wskazanej ustawy.

uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: BikeU Sp. z o.o. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 11.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: WiM System Warżała i Mac Sp. J. Kopia zgłoszenia została przekazana Odwołującemu. Z uwagi na brak dowodu potwierdzającego skuteczne przesłanie kopii przystąpienia do Zamawiającego przez WiM System Warżała i Mac Sp. J., Izba nie uznała skuteczności przystąpienia, jako naruszającego art.185 ust. 2 zd. 2 Pzp.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania – odpowiedź na pytanie 42 /pismo z dnia 24.05.2013 r./, ofertą Przystępującego oraz WiM System Warżała i Mac Sp. J., wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 04.06.2013 r. wystosowanym do WiM System Warżała i Mac Sp. J., stosownym uzupełnieniem oferty przez WiM System Warżała i Mac Sp. J., wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp wystosowanym do Przystępującego z dnia 07.06.2013 r., wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 10.06.2013 r., protokołem postępowania, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.06.2013 r. oraz z dnia 25.06.2013 r., odwołaniem wraz z załącznikiem, pismem Zamawiającego z dnia 11.07.2013 r., przystąpieniem, nieczytelnymi kopiami zgłoszenia przystąpienia złożonymi na posiedzeniu przez WiM System Warżała i Mac Sp. J., odpowiedzią na odwołanie złożoną przez Zamawiającego na posiedzeniu, korespondencją Odwołującego z Miastem Rzeszów (pismo Odwołującego, odpowiedź z dnia 15.07.2013 r. wraz z załącznikami /ogłoszeniem o przetargu w dniu 16.03.2010 r., wykazem wpłat z dnia 10.03.2010 r., protokołem z przetargu z dnia 16.03.2010 r., ogłoszeniem o II przetargu w dniu 07.06.2010 r., zestawieniem wpłat wadium z dnia 01.06.2010 r., protokołem z przetargu z dnia 07.06.2010 r., informacją o wyniku przetargu/) oraz wydrukiem emailu, jak również faxu zawierającym tłumaczenie, poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Odwołującego, tłumacza przysięgłego języka greckiego Pana mgr K..... S..... z

niejscowości Czyżowice /tłumaczenie dotyczy referencji z dnia 03.06.2013 r. wystawionej przez miasto Karditsa/ złożonymi przez Odwołującego na rozprawie, wyceną jakiej dokonał Przystępujący kontraktów wykazanych przez Odwołującego w wykazie załączonym do jego oferty, tj. w przeliczeniu za jeden rower, z podaną wartością w przeliczeniu na jeden rower swojej oferty złożoną przez Przystępującego na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 26.04.2013 r., czyli po dniu 20.02.2013 r., tj. wejściu w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutu. Odwołujący złożył trzecią pod względem cenowym ofertę, za ofertą Przystępującego oraz WiM System Warżała i Mac Sp. J., w przypadku

potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec obu w/w Wykonawców, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp złożony na posiedzeniu przez Zamawiającego, uznając, że dopiero czynność Zamawiającego z dnia 25.06.2013 r., a nie z dnia 17.06.2013 r. wypełniała wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 92 ust. 1 Pzp. Dopiero w dniu 25.06.2013 r. w sposób jednoznaczny zawarto informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej konkretnego Wykonawcy wskazując dane firmy.

Jednocześnie, Izba nie uznała, na podstawie art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp, zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego WiM System Warżała i Mac Sp. J. z uwagi na nie przekazanie kopii zgłoszonego przystąpienia Zamawiającemu.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1648/13, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania – odpowiedź na pytanie 42 /pismo z dnia 24.05.2013 r./, oferty Przystępującego oraz WiM System Warżała i Mac Sp. J., wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 04.06.2013 r. wystosowanego do WiM System

10

Warżała i Mac Sp. J., stosownego uzupełnienia oferty przez WiM System Warżała i Mac Sp. J., wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp wystosowanego do Przystępującego z dnia 07.06.2013 r., wyjaśnień Przystępującego z dnia 10.06.2013 r., protokołu postępowania, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.06.2013 r. oraz z dnia 25.06.2013 r., odwołania wraz z załącznikiem /szczegółową kalkulację zawierającą poszczególne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny/, pisma Zamawiającego z dnia 11.07.2013 r., przystąpienia, nieczytelnych kopii zgłoszenia przystąpienia złożonych na posiedzeniu przez WiM System Warżała i Mac Sp. J., odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego na posiedzeniu, korespondencji Odwołującego z Miastem Rzeszów (pismo Odwołującego, odpowiedź z dnia 15.07.2013 r. wraz z załącznikami /ogłoszeniem o przetargu w dniu 16.03.2010 r., wykazem wpłat z dnia 10.03.2010 r., protokołem z przetargu z dnia 16.03.2010 r., ogłoszeniem o II przetargu w dniu 07.06.2010 r., zestawieniem wpłat wadium z dnia 01.06.2010 r., protokołem z przetargu z dnia 07.06.2010 r., informacją o wyniku przetargu/) oraz wydruku emailu, jak również faxu zawierającego tłumaczenie, poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Odwołującego, tłumacza przysięgłego języka greckiego Pana mgr Kazimierza Szypuła z miejscowości Czyżowice /tłumaczenie dotyczy referencji z dnia 03.06.2013 r. wystawionej przez miasto Karditsa/ złożonych przez Odwołującego na rozprawie, wyceny jakiej dokonał Przystępujący kontraktów wykazanych przez Odwołującego w wykazie załączonym do jego oferty, tj. w przeliczeniu za jeden rower, z podaną wartością w przeliczeniu na jeden rower swojej oferty złożonej przez Przystępującego na rozprawie.

Izba nie uznała, jak dowodu w sprawie e-maila przesłanego w dniu 18.07.2013 r., czyli po zamknięciu rozprawy (odbyła się w dniu 17.07.2013 r.) przez Przystępującego do sekretariatu KIO zawierającego załączniki: oświadczenie w j. greckim Miasta Karditsa z dnia 12.07.2013 r. wraz z tłumaczeniem na j. polski. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu:

Zamawiający określił w budżecie kwotę jaką przeznaczy na realizację zamówienia w wysokości 780.000,00 zł. brutto. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na

11

kwotą 1.789.160,97 zł netto, co stanowi równowartość 445.109,21 euro, w tym wartość

przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 596.386,99 co stanowi równowartość 148.369, 74 euro. Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę: 1.597.800 zł brutto; WiM System Warżała i Mac Sp. J. - za 1.220.160 zł brutto, a Bike U Sp. z o.o. – 1.168.500 zł brutto.

Zamawiający określił w pkt 3.2 SIWZ, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: Wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej 1 usługę o wartości min. 400 000 zł brutto, polegającą na opracowaniu i wdrożeniu co najmniej 1 systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów. Dodatkowo w odpowiedzi na pytani e 42 z dnia 25.05.2013 r., Zamawiający potwierdził, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski i w związku z tym wymaganie dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia dotyczy nie tylko dostarczenia systemu ale również jego eksploatacji jako operator.

Bike U Sp. z o.o. załączyła do oferty zobowiązanie do przekazania doświadczenia i wiedzy przez Smoove z dnia 20.05.2013 r. (str. 24 oferty) oraz BrainBox Technology Excellence z dnia 03.06.2013 r. (str. 25 oferty). W konsekwencji Przystępujący przedstawił wykaz (str. 27 oferty) z trzema zadaniami (1. Velivert Bike - opracowanie i wdrożenie systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, Saint Etienne Metropole, 25.06.2010 r., wartość zamówienia 4.080.111,00 PLN, 2. Velhop Bike - opracowanie i wdrożenie systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, Strasbourg Mobilites, 24.09.2010 r., 3.663.795,00 PLN, 3. Easy Bike Karditsa - wdrożenie, zarządzanie i eksploatacja systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, Zarząd Miasta Karditsa, marzec 2013 r. – obecnie, wartość zamówienia 940.110,00 PLN) oraz załączył do oferty zgodnie z wymaganiami

ich (referencja Zamawiającego referencje potwierdzające

należyte zrealizowanie

18.03.2013 r. wraz z tłumaczeniem, referencja z dnia 18.03.2013 r. wraz z tłumaczeniem – obie z rynku francuskiego, jak i referencja 03.06.2013 r. wraz z tłumaczeniem z rynku greckiego) /str. 28 do 33 oferty/. W zakresie kontraktu Easy Bike Karditsa - wdrożenie, zarządzanie i eksploatacja systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, BikeU Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu tłumaczenie referencji pochodzącej od zarządu miasta Karditsa. Zgodnie z tłumaczeniem: „Zarząd miasta Karditsa zaświadcza, że firma BrainBox Technology wdrożyła oraz eksploatuje bezobsługowy system wypożyczalni miejskich w miejscowości Karditsa (Grecja) o nazwie „Easy Bike – zautomatyzowany system

12

wypożyczalni rowerów Karditsa”. Budżet projektu wyniósł 225.987, 90 Euro. System został wdrożony z sukcesem w Marcu 2013 roku i nadal jest zarządzany i eksploatowany.”.

W dniu 07.06.2013 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp w zakresie charakteru udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmioty trzecie. Pismem z dnia 10.06.2013 r. Zamawiający uzyskała stosowne wyjaśnienia.

Podczas rozprawy Odwołujący przedłożył wydruku emailu, jak również faxu zawierający tłumaczenie /poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Odwołującego/, tłumacza przysięgłego języka greckiego Pana mgr K..... S..... z miejscowości Czyżowice /tłumaczenie dotyczy referencji z dnia 03.06.2013 r. wystawionej przez miasto Karditsa/. Zgodnie z jego treścią: „(...) TEMAT: Poświadczenie wykonania usług w zakresie wspomaganie staremu wynajmu rowerów w Mieście/Gminie Karditsa. Zaświadczamy, że Spółka Brainbox Informatyczna Sp. z o.o. świadczy usługi na terenie Miasta/Gminy Karditsa w ramach wspomaganie projektu: „System ogólnego (wspólnego) użytku rowerów na terenie Miasta/Gminy Karditsa” o ogólnym budżecie 225.987,90 EUR począwszy od marca 2013 roku do dnia dzisiejszego. Projekt realizowany jest pomyślnie i bez przerwy do dnia dzisiejszego (...)”.

WiM System Warżała i Mac Sp. J. przedłożyła wraz z ofertą wykaz (str. 17 oferty) na bezobsługową wypożyczalnię rowerów w Rzeszowie, inwestor - WiM System Warżała i Mac Sp. J., data usługi 04.2011, wartość kontraktu - 400,00 zł oraz referencje z dnia 09.04.2013 r. (str. 18 oferty) podpisana przez A..... P..... Dyrektora Wydziału Inwestycji Urzędu Miasta Rzeszowa potwierdzająca, że WiM System Warżała i Mac Sp. J.: „(...) uruchomiła w roku 2011 Bezobsługową Wypożyczalnię Rowerów Miejskich

w Rzeszowie, posiadająca 100 rowerów będących na wyposażeniu 20-tu stacji zlokalizowanych na terenie Rzeszowa. Wypożyczalnia działa bez zastrzeżeń, a obsługującą ją firma (...) od momentu uruchomienia Wypożyczalni oraz w roku 2012 i do chwili obecnej, wykonuje usługę fachowo, z należytą starannością (...)" W dniu 04.06.2013 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp WiM System Warząła i Mac Sp. J. do uzupełnienia oferty o wykaz potwierdzający spełnianie warunku udziału w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, tj. co najmniej 1 usługą o wartość min. 400.000 zł brutto. W ramach stosownego uzupełnienia oferty przez WiM System Warząła i Mac Sp. J. przedłożono nowy wykaz na przedstawione wcześniej zadanie, ale na wartość 400.000,00 zł wraz z wcześniejszą referencją z dnia 09.04.2013 r.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Przystępującego - BikeU Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. z uwagi na nie spełniania warunków udziału

13

w postępowaniu w zakresie wymogu wymaganej wiedzy i doświadczenia, Izba uznała w/w zarzut za nie potwierdzony, a dokładnie przedwczesny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie wymogu wymaganej wiedzy i doświadczenia w pkt 3.4 SIWZ – Przystępujący potwierdził na rozprawie, że dwa pierwsze zadania przywołane w wykazie, nie miały na celu potwierdzenie spełnianie powyższego warunku udziału w postępowaniu. Taką rolę miało spełniać trzecie wykazane zadanie w rynku greckiego. Izba rozpatrując niniejszy zarzut dotyczących wskazanej referencji (jej tłumaczenia), abstrahując od zarzutu złożenia nieprawdziwej informacji (naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp), stwierdza, że rzeczywiście przedłożone tłumaczenie tłumacza j. greckiego owej referencji nie potwierdza realizacji usługi w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zważywszy jednak, że nie był wyczerpany tryb wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp, tudzież możliwość uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie można w sposób kategoryczny uznać zarzut zaniechania wykluczenia z przywołanej na wstępie podstawy prawnej, biorąc pod uwagę, że oba tryby sanacyjne mają charakter obligatoryjny. Izba, jednakże nie nakazuje w tym zakresie żadnych czynności, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu złożenia nieprawdziwej informacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Przystępującego - BikeU Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. z uwagi na złożenie nieprawdziwej informacji, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Czynnikiem decydującym, który zadecydował o uznaniu zarzutu była okoliczność tego rodzaju, że z dowodu przedłożonego na rozprawie, tj. tłumaczenia tłumacza przysięgłego j. greckiego referencji z rynku greckiego wynika odmienna treść niż została zawarta w tłumaczeniu dokonanym przez samego Przystępującego przedłożonym do wykazu wraz z ofertą. W tym zakresie pierwszeństwo ma dowód z tłumaczenia tłumacza j. greckiego nad tłumaczeniem dokonanym przez Przystępującego. Izba podkreśla, że

14

generalnie Przystępujący nie kwestionował przedłożonego tłumaczenia tłumacza przysięgłego j. greckiego, wnosił jedynie o wzięcie pod uwagę, że nie jest tłumaczem zawodowym, a usługa wynikająca z tłumaczenia referencji z rynku greckiego *de facto* zawiera w sobie wszystkie wymagane przez Zamawiającego trzy zakresy: wdrożenie, zarządzanie i eksploatacje. Niewątpliwie miało miejsce złożenie nieprawdziwej informacji poprzez dokonanie tłumaczenia niezgodnego z faktyczną treścią oryginalnej referencji

z rynku greckiego poprzez dokonanie tłumaczenia w sposób opisowy. Nadto, Izba zmuszona jest stwierdzić, że zostało złożone niniejsze tłumaczenie referencji z rynku greckiego w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia (zamiar bezpośredni), a w konsekwencji niniejsza informacja (wobec przyznania przez Przystępującego okoliczności, że inne wykazane zadania nie spełniają wymaganej wiedzy i doświadczenia w pkt 3.4 SIWZ) miała wpływ na wynik postępowania i wybór oferty Przystępującego. Także nie można uznać, w ocenie Izby, jako okoliczności usprawiedliwiającej, tj. wyłączającej zamiar bezpośredni okoliczność, że Przystępujący nie jest tłumaczem zawodowym. Nie chodzi bowiem o odmienne tłumaczenie jednego wyrazu, ale dostosowanie tłumaczenia do potrzeb, brzmienia wymaganego przez Zamawiającego - wiedzy i doświadczenia w pkt 3.4 SIWZ wraz z korektą wynikającą z odpowiedzi na pytanie 42 (pismo z dnia 24.05.2013 r.). Jeżeli bowiem Wykonawca działał w dobrej wierze i zamierzał jedynie, w ten sposób – w pełni uczynić zadość wymogowi Zamawiającego, powinien nie modyfikować treści referencji z rynku greckiego poprzez stosowe tłumaczenie, ale załączyć dodatkowe dokumenty wykazujące rzeczywisty zakres wykazywanej usługi np. specyfikacje, opis przedmiotu zamówienia lub inny dokument poświadczający rzeczywisty zakres pochodzące od wystawcy referencji. Na obecnym etapie Izba nie może przejść do porządku dziennego nad złożoną informacją nieprawdziwą i zastąpić informacje nieprawdziwą informacją prawdziwą, skoro Przystępujący w sposób świadomy przetłumaczył referencje z rynku greckiego w sposób opisowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK, tj. zaniechania odrzucenia oferty BikeU Sp. z o.o. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

15

Odwołujący w żadnym wypadku nie wykazał, że miał miejsce czyn nieuczciwej konkurencji, nie udowodnił przed wszystkim naruszenia dobrych obyczajów poprzez złożenie oferty w cenie nieuwzględniającej zysk, tudzież opłaty licencyjnej. Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu potwierdzającego rzeczywisty koszt opłat licencyjnych pochodzący od podmiotu na rzecz, którego takie opłaty należy uiszczać. Nie wykazał, także, że działanie Przystępującego nie miało na celu, w związku z rozpoczęciem działalności zaistnienie na rynku i zaoferowanie cen promocyjnych. Izba przywołuje /uznając również za adekwatne/, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „(...) *Nie można (...) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności gdy dany wykonawca dopiero pojawia się w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego – niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie. (...)*” (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, str. 452-453). Należy także zauważyć, że generalnie Odwołujący nie przeczył tezm Przystępującego, że także Odwołujący początkowo oferował ceny na niższym pułapie, które wzrastały wraz z umacnianiem pozycji Odwołującego na rynku. Z kolei stanowisko Odwołującego, że cena Przystępującego ma charakter dumpingowy były niczym nie poparte.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty BikeU Sp. z o.o. pomimo, że jego oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W tym zakresie, Izba po pierwsze stwierdza, że niniejszy zarzut jest przedwczesny,

gdyż nie było jeszcze procedury wynikającej z art. 90 ust.1 Pzp, po drugie, w ocenie Izby różnica między wartością szacunkową zamówienia, a ceną oferty Przystępującego była takiego rodzaju, że nie było żadnych podstaw do takiego wezwania. Poza tym, brak jest wykształconego stanowiska, od jakiego progu różnic pomiędzy ceną ofertową a szacunkiem Zamawiającego uzasadnione jest zwrócenie się do danego Wykonawcy o wyjaśnienie, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ostatecznie bowiem orzecznictwo

16

uznało, że wszelkie wielkości procentowe mogą co najwyżej stanowić pewien punkt odniesienia, jednak to Zamawiający każdorazowo winien podjąć decyzję czy takie wyjaśnienia są celowe. Dysponuje on bowiem szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie i badać, czy zaoferowana cena jest realna. Istnieje bowiem znaczna ilość czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji wpłynąć na możliwość uznania danej ceny za nie mającej znamion ceny rażąco niskiej. (podobnie wyroku KIO z dnia 13.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08, wyrok KIO z dnia 24.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09, czy też wyrok z dnia 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2011/12).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu WiM System Warżała i Mac Sp. j., a w konsekwencji także art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. z uwagi na złożenie nieprawdziwej informacji, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Przedłożona sporna referencja zaświadcza bowiem, że wskazany podmiot fachowo i z należytą starannością prowadzi działalność gospodarczą na terenie Miasta Rzeszowa w zakresie najmu rowerów. Brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania umocowania osoby podpisującej. Odwołujący nie przedłożył w tym zakresie żadnego dowodu. W żadnym wypadku, brak na pieczęcie sformułowania „z *upoważnienia*” nie świadczy o braku stosownego umocowania do podpisywania referencji w imieniu danego Zamawiającego, tym bardziej, że strona – Zamawiający nie wymagał w SIWZ załączenia do oferty dokumentów, pełnomocnictw dla osób podpisujących listy referencyjne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia WiM System Warżała i Mac Sp. j. z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. z uwagi na nie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wymaganej wiedzy i doświadczenia, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego

17

przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W odniesieniu do przedmiotowego Wykonawcy wyczerpana została procedura sanacyjna w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a art. 26 ust. 4 Pzp nie zmieniłby istniejącego stanu, tj. charakteru świadczonej usługi polegającej na wydzierżawieniu od Miasta Rzeszowa określonych nieruchomości. Z kolei względem usług świadczonych na rzecz osób trzecich, Izba podnosi, że wymóg sformułowany przez Zamawiającego stanowi o jednej usłudze, a nie kilkunastu usługach, na wartość min. 400 tys. zł. Zamawiający nie dopuścił możliwości sumowania usług w celu potwierdzenia wymaganej wiedzy i doświadczenia. W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia nie z jedną, a z wieloma usługami polegającymi na najmie rowerów na rzecz osób fizycznych. W ocenie Izby, teoretycznie, gdyby Zamawiający dopuścił możliwość sumowania usług można by rozważyć z konkluzją pozytywną, że przy bezobsługowym charakterze wypożyczalni rowerów, Wykonawca mógłby złożyć stosowne

oświadczenie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013r., poz. 231). Naturalnie niniejsze byłoby możliwe po weryfikacji i wykazaniu w drodze wyjaśnień (art. 26 ust. 4 Pzp), co do rzeczywistego charakteru świadczonych usług na rzecz osób trzecich.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK, tj. zaniechania odrzucenia oferty WiM System Warżała i Mac Sp. j. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty WiM System Warżała i Mac Sp. j. pomimo, że jego oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba podtrzymuje całą argumentację przytoczoną przy rozpatrywaniu analogicznych zarzutów względem oferty Przystępującego uznając ją za adekwatną także wobec oferty WiM System Warżała i Mac Sp. j. Dodatkowo, wskazując na nowy element, tj. przychód z najmu rowerów, który w tym zamówieniu przypada Wykonawcy realizującemu zadanie. W ocenie Izby jest to element ważki przy wycenie rentowności kontraktu i przygotowaniu przyszłej wyceny oferty. Nadto, Izba wskazuje, że Zamawiający w sposób wiarygodny

18

wyjaśnił podczas rozprawy, kwestie kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a ustalonej z budżecie Zamawiającego, określenia wartości szacunkowej wynikającej z protokołu postępowania oraz ze str. 9 odpowiedzi na odwołanie /jako efekt wcześniejszego postępowania, które poprzedzało niniejszy przetarg, a które implikowało konieczność stosownej korekty/.

Odwołujący podczas rozprawy przeanalizował pod względem przedmiotowym oraz wielkościowym, tudzież cenowym wykazane przez Przystępującego zadania realizowane przez „podmiot trzeci”, który udostępnił swoją wiedzę i doświadczenie Przystępującemu. Wskazywał, że w pierwszych 2-wóch przypadkach mamy do czynienia z systemami realizowanymi na potrzebę rynku francuskiego, które wielkościowo przewyższają kwotę jaką zaoferował Przystępujący. W zakresie zadania realizowanego na rynku greckim Odwołujący podnosił, iż według informacji jakimi dysponuje, projekt niniejszy był o połowę mniejszy niż ten którego realizację przewiduje Zamawiający na swoje potrzeby. Izba odnosząc się do niniejszych rozważań zauważa, że wykazane zadania służyły tylko i wyłącznie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Ewentualne próby na ich podstawie analizy, czy też dociekań na temat zasadności lub jej braku zaoferowanej przez Przystępującego ceny są bezprzedmiotowe. Podobnie należy traktować argumentację, którą poprzez własną cenę i szczegółową kalkulację zawierającą poszczególne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny, Odwołujący zamierzał wykazać słuszność rozpatrywanych zarzutów. Odwołujący bowiem, poprzez swoje twierdzenia o pozycji dominującej na rynku najmu rowerów, czyni całą argumentację niewiarygodną i mającą na celu wyeliminowanie „tańszej”, choć nieznacznie konkurencji z tego rynku. Nadto, Izba wskazuje za wyrokiem SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku Wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z Wykonawców, jest rażąco niska, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Nadto, stwierdza się w niniejszym orzeczeniu, że podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wobec Przystępującego oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wobec WiM System Warżała i Mac Sp. j., Izba uznała także za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp.

w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, z uwagi na brak środków finansowych na realizację zamówienia, tj. wybór oferty Odwołującego i podpisanie z tym Wykonawcą umowy. Kwestia ewentualnego unieważnienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp będzie nową czynnością Zamawiającego, od którego będzie przysługiwało Wykonawcy odwołanie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....