

Warszawa, 21 września 2020 roku

Do:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

Zamawiający:

**Miasto Stołeczne Warszawa
Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**
ul. Chmielna 120
00-801 Warszawa
e-mail: zzp@zdm.waw.pl
faks: 22 620 06 08

Odwołujący:

Marfina, S.L.
Passeig del Comerç 100
08203 Sabadell

reprezentowany przez pełnomocnika:

adw. Michała Gajdka
adres do doręczeń:
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: michal.gajdek@dzp.pl
tel. 22 557 76 00, faks: 22 557 76 01

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny sprzętem używanym lub odnowionym.”*, nr ref. ZDM/UM/DZP/70/PN/61/20, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 155-379669 w dniu 12 sierpnia 2020 r. („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) w imieniu **Marfina, S.L.** z siedzibą w Sabadell, Hiszpania (adres: ul. Passeig del Comerç 100, 08203 Sabadell) (dalej zwana: „**Odwołującym**”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo (w załączeniu), **niniejszym zaskarżam czynność podjętą w Postępowaniu przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie polegającą na modyfikacji w dniu 10 września 2020 roku opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z żądaniami uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania z 24 sierpnia 2020 roku (sygn. akt KIO 2059/20), a dodatkowo naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez spowodowanie, że konkurencyjną ofertę w Postępowaniu jest w stanie złożyć wyłącznie podmiot dysponujący już w chwili obecnej używanymi rowerami 3. generacji w liczbie wymaganej przez Zamawiającego, a jedynym takim wykonawcą działającym na rynku pozostaje dotychczasowy operator systemu Warszawski Rower Publiczny – Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie („Nextbike”) lub podmioty z nim bezpośrednio powiązane.**

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. **art. 186 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 PZP** poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania lub dokonania zmiany w specyfikacji Postępowania polegającej na dopuszczeniu zaoferowania przez wykonawców wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów, **podczas gdy** Odwołujący sformułował wprost takie żądania w odwołaniu rozpatrywanym pod sygnaturą akt KIO 2059/20, zaś Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty tego odwołania, przystępujący po jego stronie Nextbike nie wniósł sprzeciwu wobec tej czynności, a Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 14 września 2020 roku umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie, a wobec tego Zamawiający zobowiązany jest spełnić żądania sformułowane w odwołaniu rozpatrywanym pod sygnaturą akt KIO 2059/20,
2. **art. 29 ust. 2 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez jedynie pozorne dopuszczenie zaoferowania w Postępowaniu nowych rowerów 3. lub 4. generacji, **podczas gdy** wyznaczony czas dostawy rowerów (1 marca 2021 roku) wykracza poza termin produkcji nowych rowerów (ok. 7.5 miesiąca), a zatem w praktyce możliwe jest wyłącznie zaoferowanie w Postępowaniu używanych rowerów 3. lub 4. generacji, zaś tylko Nextbike dysponuje obecnie rowerami używanymi w liczbie wymaganej przez Zamawiającego, a więc pozostaje on jedynym podmiotem mogącym złożyć konkurencyjną ofertę w Postępowaniu,
3. **art. 91 ust. 1 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert, na podstawie których oferta wykonawcy, który zaoferuje w Postępowaniu nowe rowery 4. generacji otrzyma jedynie 16 punktów więcej niż oferta wykonawcy, który zaoferuje w Postępowaniu używane rowery 3. generacji, **podczas gdy** ze względu na kryterium „Cena” o

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843, ze zm.).

wadze 60 punktów, liczba ta nie pozwala na złożenie w Postępowaniu konkurencyjnej oferty zakładającej dostawę nowych rowerów 4. generacji, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że Nextbike nie poniesie kosztów nabycia używanych rowerów 3. generacji, a więc pozostaje on jedynym podmiotem mogącym złożyć konkurencyjną ofertę w Postępowaniu.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

- 1.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 1.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz akt postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 2059/20, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 1.3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania, a więc uwzględnienie żądania sformułowanego w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu w sprawie KIO 2059/20;
ewentualnie:
- 1.4. nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji Postępowania poprzez dopuszczenie zaoferowania w Postępowaniu wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów, a więc uwzględnienie żądania sformułowanego w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu w sprawie KIO 2059/20;
- 1.5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, wydane na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Zamawiający zamieścił zmodyfikowaną dokumentację Postępowania na stronie internetowej w dniu 10 września 2020 roku. Postanowieniem z dnia 14 września 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze wszczęte w wyniku wniesienia odwołania wobec pierwotnych zapisów specyfikacji Postępowania, zaznaczając, że wystarczające do tego było oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 4** do niniejszego odwołania).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że Odwołujący jest jedynym wykonawcą, który złożył ofertę w równoległym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dotyczącym również uruchomienia, zarządzania i kompleksowej eksploatacji samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny („**Dotychczasowe Postępowanie**”).

Odwołujący w dalszym ciągu pozostaje związany ofertą złożoną w Dotychczasowym Postępowaniu i jest gotowy do realizacji objętego nim zamówienia. Tymczasem, Zamawiający obecnie wszczął Postępowanie alternatywne dla Dotychczasowego Postępowania, a dodatkowo ukształtował w nim opis przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert w taki sposób, który w istocie uniemożliwia Odwołującemu (i jakimkolwiek wykonawcy innemu niż Nextbike) złożenie w nim konkurencyjnej oferty.

Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania pozwoli Odwołującemu na uzyskanie przedmiotowego zamówienia dotyczącego systemu Warszawski Rower Publiczny – w obrębie Dotychczasowego Postępowania lub ewentualnego nowego postępowania, w którym Zamawiający zapewni Odwołującemu na udział na równych warunkach z Nextbike. W chwili obecnej, Odwołujący pozostaje zaś pozbawiony w sposób niezasadny zaoferowania Zamawiającemu swoich usług w tym zakresie.

Powyższe niebicie dowodzi wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY SPRAWY

- 1.1. W pierwszej kolejności, Odwołujący przedstawi tło niniejszej sprawy, w którym należy rozpatrywać popełnione przez Zamawiającego naruszenia dotyczące Postępowania.
- 1.2. Od 2012 roku w Warszawie działa system Warszawski Rower Publiczny, którego nieprzerwanym operatorem pozostaje Nextbike. Obecna umowa na zarządzanie i eksploatację systemu WRP wygasa z końcem 2020 roku.

- 1.3. Wobec powyższego, w celu kontynuacji funkcjonowania systemu, Zamawiający 11 marca 2020 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja samoobsługowego systemu najmu rowerów publicznych Warszawski Rower Publiczny oraz uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja wypożyczalni rowerów Warszawska Wypożyczalnia Rowerów*, nr referencyjny ZDM/UM/DZP/30/PN/26/20 („**Dotychczasowe Postępowanie**”). Wykonawca wybrany w Dotychczasowym Postępowaniu ma być operatorem systemu WRP w latach 2021-2027, a więc bezpośrednio po wygaśnięciu obecnej umowy z Nextbike.
- 1.4. W wyznaczonym w Dotychczasowym Postępowaniu terminie składania ofert (15 czerwca 2020 roku), jedyną ofertę złożył Odwołujący. W szczególności, do udziału w Dotychczasowym Postępowaniu nie przystąpił Nextbike, wobec którego postanowieniem z dnia 2 czerwca 2020 roku otwarto przyspieszone postępowanie układowe.

Dowód: Raport bieżący Nextbike z dnia 30 lipca 2020 roku (***Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania***).

- 1.5. Oferta Odwołującego złożona w Dotychczasowym Postępowaniu jest w dalszym ciągu wiążąca i zabezpieczona wadium, zaś Odwołujący pozostaje gotowy do realizacji zamówienia na jej podstawie.
- 1.6. W dniu 11 sierpnia 2020 roku Zamawiający poinformował na swojej stronie internetowej, że decyzję dotyczącą ewentualnego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Dotychczasowym Postępowaniu podejmie dopiero jesienią 2020 roku. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że zamierza ogłosić drugi, równoległy do Dotychczasowego Postępowania przetarg, w którym planuje wybrać operatora zastępczego.

Dowód: Informacja „*Jakie Verutilo w przyszłym roku*” zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego (***Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania***).

- 1.7. W istocie, w dniu 12 sierpnia 2020 roku Zamawiający wszczął przedmiotowe Postępowanie, dotyczące obsługi systemu Warszawski Rower Publiczny w roku 2021, z możliwością skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji na rok 2022.
- 1.8. W odróżnieniu do Dotychczasowego Postępowania, w którym Zamawiający wymagał m.in. zapewnienia wyłącznie fabrycznie nowych rowerów tzw. 4. generacji (tj. rowerów posiadających wbudowane zabezpieczenie, którego zamknięcie powinno skutkować automatycznym zwrotem roweru), w Postępowaniu przewidziane zostało dostarczenie przez wykonawców rowerów używanych lub odnowionych 3. generacji (tj. rowerów, których zwrot jest możliwy wyłącznie w obrębie stacji, przy pomocy elektrozamka lub obejmy).

- 1.9. Jednocześnie, Zamawiający w ramach dokumentacji Postępowania przygotował dwa alternatywne opisy przedmiotu zamówienia: *OPZ dla oferty podstawowej* (zakładający zapewnienie przez wykonawcę używanych lub odnowionych rowerów 3. generacji) oraz *OPZ dla oferty wariantowej* (przewidujący dostawę przez wykonawcę używanych lub odnowionych rowerów 4. generacji).
- 1.10. Zamawiający planował oceniać zarówno oferty podstawowe, jak i wariantowe według jednolitych kryteriów oceny ofert, bez zastosowania jakiegokolwiek przelicznika.
- 1.11. W dniu 24 sierpnia 2020 roku Odwołujący zakwestionował powyższe zapisy SIWZ Postępowania w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (rozpatrywanego pod sygnaturą KIO 2059/20 – dalej jako „**Odwołanie nr 1**”), formułując następujące żądania:

1.3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania,

ewentualnie:

1.4. nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji Postępowania poprzez dopuszczenie zaoferowania w Postępowaniu wyłącznie nowych, a nie używanych i odnowionych, rowerów,

- 1.12. W dniu 10 sierpnia 2020 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej zmodyfikowaną dokumentację Postępowania (m. in. zmiany do SIWZ, zmodyfikowany wzór umowy, zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia).

Dowód:

Zmiana SIWZ Postępowania (**Załącznik nr 7** do niniejszego odwołania).

Skorygowany opis przedmiotu zamówienia (**Załącznik nr 8** do niniejszego odwołania).

- 1.13. Ponadto, w dniu 11 września 2020 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o uwzględnieniu w całości Odwołania nr 1:

uwzględniam odwołanie w całości w zakresie wszystkich zarzut Odwołującego, tj. zarzuty 1) – 3) Odwołania,

poprzez przygotowanie i dokonanie zgodne z przepisami ustawy Pzp modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz ze odpowiednim w świetle ustawy Pzp wydłużeniem terminu składania ofert) w przedmiotowym postępowaniu w zakresie:

- 1) rezygnacji z „dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia i nakazania wykonawcom złożenia oferty wyłącznie na jeden z nich, pod rygorem odrzucania wszystkich złożonych ofert” (zarzut nr 1) m.in. poprzez rezygnację z dopuszczenia składania przez wykonawców ofert wariantowych;
- 2) rezygnacji z „dwóch alternatywnych opisów przedmiotu zamówienia oraz przewidzenia identycznych kryteriów oceny ofert dla wszystkich ofert składanych w przedmiotowym postępowaniu” (zarzut nr 2), m.in. poprzez modyfikacje wskazane w pkt 1) oraz przewidzenie dodatkowego kryterium oceny ofert: „zastosowania do realizacji zamówienia rowerów czwartej generacji”;
- 3) sformułowania, zgodnie z przepisami art. 29 oraz 7 ustawy Pzp, opisu przedmiotu zamówienia dla oferty w sposób precyzyjny oraz umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, w szczególności „w zakresie sformułowania warunków granicznych, które ma spełniać sprzęt używany (w odniesieniu do jego stanu technicznego i wizualnego)” (zarzut nr 3) oraz dopuszczenia możliwości zaoferowania nowych rowerów.

- 1.14. W dniu 14 września 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie wszczęte Odwołaniem nr 1, stwierdzając, że *„wystarczające [w tym celu] jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmuje w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki postępowania odwoławczego”*.

Dowód: Akta postępowania odwoławczego rozpatrywanego pod sygnaturą KIO 2059/20

- 1.15. Przedmiotowe odwołanie dotyczy więc zapisów zmodyfikowanej specyfikacji Postępowania, którą Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 10 września 2020 roku, a które to zapisy, po pierwsze nie odpowiadają żądaniom postawionym przez Odwołującego w Odwołaniu nr 1 (uwzględnionym przez Zamawiającego w całości), a po drugie – w dalszym ciągu nie zapewniają konkurencyjności Postępowania.

2. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

Zaniechanie wykonania żądań Odwołania nr 1

- 2.1. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że sytuacja uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości została wyczerpująco uregulowana w art. 186 ust. 3 PZP. Zgodnie ze wskazanym przepisem, w takim przypadku „Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.
- 2.2. Innymi słowy, w przypadku spełnienia się dwóch warunków określonych we wskazanym przepisie (tj. po pierwsze, uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, oraz po drugie – braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego po jego stronie), niejako automatycznie powinny nastąpić dwie konsekwencje (tj. po pierwsze, umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę, a po drugie – wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu).
- 2.3. W niniejszej sprawie zaś, pomimo spełnienia się obu powyżej określonych warunków (tj. uwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego oraz braku sprzeciwu ze strony Nextbike), na chwilę obecną doszło do zaistnienia tylko jednej z wymienionych konsekwencji. O ile bowiem Izba w istocie umorzyła postępowanie odwoławcze wszczęte wniesieniem Odwołania nr 1, to Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. Innymi słowy, Zamawiający ani nie unieważnił Postępowania (żądanie z pkt 1.3 Odwołania nr 1), ani też nie dopuścił realizacji zamówienia wyłącznie poprzez zaoferowanie nowych rowerów, a nie używanych oraz odnowionych (żądanie ewentualne z pkt 1.4 Odwołania nr 1).
- 2.4. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający w sposób oczywisty nie wypełnił obowiązku nałożonego na niego art. 186 ust. 3 PZP, tj. nie spełnił żądań Odwołania nr 1, mimo jego uwzględnienia w całości. Nie sposób przy tym odgadnąć z czego wynikało zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie – przecież od samego początku był on świadomy jakie żądania zostały sformułowane w Odwołaniu nr 1. Jeżeli więc Zamawiający uznawał je za bezzasadne, to nie powinien był podejmować decyzji o uwzględnieniu Odwołania nr 1 w całości.
- 2.5. Oprócz literalnej treści art. 186 ust. 3 PZP, na takie rozumienie przywołanego przepisu wskazała również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2270/11: „Uregulowana w art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź też jest niezgodne z prawem. O ile zamawiający nie miał zamiaru wykonać czynności zawartych w odwołaniach, nie powinien uwzględniać zarzutów odwołań, lecz wdać się w spór z wykonawcami, żądań których nie miał zamiaru uwzględniać. Jeśli zamawiający nie wykonał żadnego z żądań zawartych we wniesionych odwołaniach, lecz dokonał jeszcze innej czynności polegającej na

modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niezapropoNOWANY przez żadnego z odwołujących się i niesatysfakcjonujący żadnego z wykonawców, to takie działanie zamawiającego jest niedopuszczalne i wykraczające poza dyspozycję przepisu art. 186 ust. 2 zd. 2 Prawa zamówień publicznych”.

- 2.6. Podsumowując, w momencie, w którym Zamawiający zdecydował się uwzględnić w całości zarzuty Odwołania nr 1, to niejako został pozbawiony uprawnienia do dalszego analizowania akceptowalności sformułowanych w nim żądań. Zamawiający powinien więc albo wykazać, dlaczego nie spełnił żądań Odwołania nr 1 (wskazując na niemożliwość ich realizacji lub też ich niezgodność z prawem), albo też - **unieważnić Postępowanie lub zmodyfikować jego specyfikację w sposób wskazany w Odwołaniu nr 1.**

Naruszenie uczciwej konkurencji w Postępowaniu – opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert

- 2.7. Niezależnie od powyższego, należy stwierdzić, że sposób w jaki Zamawiający zmodyfikował specyfikację Postępowania nie tylko nie odpowiada żądanom Odwołania nr 1, ale też w ogóle nie rozwiązuje podniesionej w tym odwołaniu kwestii, tj. nie zapewnia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.
- 2.8. Choć bowiem Zamawiający formalnie zlikwidował w Postępowaniu możliwość składania ofert wariantowych, to w praktyce w dalszym ciągu wykonawcy mogą zaoferować zupełnie różne świadczenia. Wykonawcy mogą bowiem zapewnić Zamawiającemu rowery tzw. 3. generacji (tj. rowery, których zwrot jest możliwy wyłącznie w obrębie stacji, przy pomocy elektrozamka lub obejm) lub rowery tzw. 4 generacji (posiadające wbudowane zabezpieczenie, którego zamknięcie powinno skutkować automatycznym zwrotem roweru).
- 2.9. Co więcej, w istocie rozbieżności pomiędzy ofertami mogą być nawet większe niż w przypadku pierwotnego OPZ. **Możliwe jest bowiem zaoferowanie przez wykonawców w Postępowaniu następujących rowerów:**
- 2.9.1. używane rowery 3. generacji,
 - 2.9.2. nowe rowery 3. generacji,
 - 2.9.3. używane rowery 4. generacji,
 - 2.9.4. nowe rowery 4. generacji.
- 2.10. W tym miejscu należy jednak uczynić istotne zastrzeżenie. W chwili obecnej, czas dostawy nowych rowerów 4. generacji w liczbie wymaganej przez Zamawiającego to ok. 7.5 miesiąca. Tymczasem, pomiędzy terminem składania ofert w Postępowaniu (19 października 2020), a uruchomieniem systemu Warszawski Rower Publiczny (1 marca 2021 roku) pozostało zaledwie niecałe 4.5 miesiąca. Nawet więc zakładając, że zawarcie umowy w Postępowaniu nastąpiłoby w tym samym dniu co otwarcie ofert (co jest oczywiście niemożliwe), to i tak żaden z wykonawców nie byłby w stanie dostarczyć nowych rowerów na czas.

- 2.11. W efekcie, w istocie jedyną realną opcją realizacji zamówienia w dalszym ciągu pozostaje zaoferowanie Zamawiającemu używanych rowerów - 3. lub 4. generacji. To zaś powoduje, że pomimo formalnej zmiany specyfikacji Postępowania, konkurencja w nim pozostaje wyłącznie iluzoryczna.
- 2.12. W ślad za Odwołaniem nr 1 należy bowiem wskazać, że **zamawiana w Postępowaniu liczba rowerów niemalże odpowiada wolumenowi sprzętu Nextbike, który obecnie jest użytkowany w ramach systemu Warszawski Rower Publiczny**. Przyznał to sam Zamawiający w informacji poprzedzającej wszczęcie Postępowania, w której wskazał, że „*przetarg obejmuje dotychczasową liczbę stacji (331) i rowerów (4870) standardowych*”. Ograniczenie tej liczby o ok. 10% (obecnie, po zmianach SIWZ, Zamawiający wymaga 300 stacji oraz 4400 rowerów) nie zmienia przy tym zdecydowanego uprzywilejowania Nextbike.
- 2.13. Przed wszystkim jednak, Nextbike nie tylko dysponuje obecnie używanymi rowerami w liczbie wymaganej przez Zamawiającego, lecz jest jedynym wykonawcą na rynku, który posiada taką przewagę konkurencyjną. Innymi słowy, aby wziąć udział w Postępowaniu, Nextbike może w istocie ograniczyć się do zaoferowania Zamawiającemu użytkowanego przez niego dotychczas sprzętu – wszyscy inni wykonawcy musieliby zaś spróbować pozyskać go z rynku, co ze względu na specyfikę branżową jest praktycznie niemożliwe.
- 2.14. Nawet jednak, gdyby okazało się, że jakkolwiek wykonawca jest w stanie zdobyć używany sprzęt w ilościach wymaganych przez Zamawiającego, to i tak musiałby ponieść przede wszystkim koszt jego nabycia (w przeciwieństwie do Nextbike), a następnie jego dostosowania do wymagań opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu.
- 2.15. Należy przy tym wskazać, że koszty te w żaden sposób nie są rekompensowane przez nowo wprowadzone przez Zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert, które kształtują się następująco:

Zadeklarowanie zastosowania do realizacji zamówienia rowerów czwartej generacji	Ilość otrzymanych punktów
brak zastosowania rowerów czwartej generacji	0 pkt
Zastosowanie rowerów czwartej generacji	8 pkt

Zadeklarowanie zastosowania do realizacji zamówienia rowerów nowych	Ilość otrzymanych punktów
brak zastosowania rowerów nowych	0 pkt
Zastosowanie rowerów nowych	8 pkt

- 2.16. Z powyższego wynika bowiem, że wykonawca, który zaoferuje w Postępowaniu nowe rowery 4. generacji (czyli takie jak te wymagane przez Zamawiającego i zaoferowane przez Odwołującego w Dotychczasowym Postępowaniu) może liczyć na 16 dodatkowych punktów w stosunku do wykonawcy oferującego dostawę używanych rowerów 3. generacji (czyli rowerów pozostających

obecnie własnością Nextbike i użytkowanych w ramach systemu Warszawski Rower Publiczny). Kryterium ceny w dalszym ciągu przypisano zaś wartość aż 60 punktów.

- 2.17. Powyższe oznacza, że **przyjmując uśrednioną cenę nabycia nowego roweru 4. generacji jako 1000 euro, w Postępowaniu nie jest możliwe złożenie konkurencyjnej oferty wobec Nextbike, który w ogóle nie ponosi kosztów nabycia używanych rowerów 3. generacji. Już na starcie bowiem, wykonawca chcący zaoferować nowe rowery 4. generacji musi ponieść dodatkowe koszty w kwocie 4 400 000 euro (tj. nabycie 4400 rowerów w cenie 1000 euro za rower), tj. 19 580 000 złotych.**
- 2.18. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że - jak wskazuje sam Zamawiający – niniejsze Postępowanie ma jedynie przejściowy, pomostowy charakter. **Przyjmując więc, że zaoferowane w Postępowaniu rowery będą użytkowane wyłącznie przez jeden sezon, oferta wykonawcy, który nabędzie nowe rowery 4. generacji już na starcie otrzyma o 25 punktów mniej niż oferta Nextbike:**

Opcja 1 (używane rowery 3. generacji)				
Cena	60	punktów	Opcja 1 - cena	
Jakość	0	punktów	Koszty operacyjne	8 900 000
łącznie	60	punktów	Koszt nabycia rowerów	0
			Cena (PLN)	8 900 000
Opcja 2 (nowe rowery 4. generacji)				
Cena	19	punktów	Opcja 2 - cena	
Jakość	16	punktów	Koszty operacyjne	8 900 000
łącznie	35	punkty	Koszt nabycia rowerów	19 580 000
			Cena (PLN)	28 480 000
			Opcja 1 - Punkty w kryterium cena	60
			Opcja 2 - Punkty w kryterium cena	19

- 2.19. Co więcej, nawet gdyby Zamawiający skorzystał z prawa opcji polegającego na przedłużeniu użytkowania rowerów o kolejny sezon, co umożliwiłoby amortyzację kosztu zakupu rowerów w okresie dwóch lat, w dalszym ciągu wykonawca oferujący nowe rowery 4. generacji traciłby do Nextbike aż 15 punktów:

Kalkulacja w przypadku amortyzacji rowerów w ciągu 2 lat (biorąc pod uwagę możliwość skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji)				
Opcja 1 (używane rowery 3. generacji)			Opcja 1 - cena	
Cena	60	punktów	Koszty operacyjne	8 900 000
Jakość	0	punktów	Rowery	0
łącznie	60	punktów	Cena (PLN)	8 900 000
Opcja 2 (nowe rowery 4. generacji)			Opcja 2 - cena	
Cena	29	punktów	Koszty operacyjne	8 900 000
Jakość	16	punktów	Rowery	9 790 000
łącznie	45	punkty	Cena (PLN)	18 690 000
			Opcja 1 - Punkty w kryterium cena	60
			Opcja 2 - Punkty w kryterium cena	29

- 2.20. Wreszcie, zakładając, że możliwe byłoby amortyzowanie nabytych na potrzeby Postępowania rowerów w standardowym, pięcioletnim okresie (co jest w praktyce niemożliwe, wymagałoby bowiem natychmiastowego zaoferowania ich w innym postępowaniu – już jako dwuletnich rowerów używanych), to w dalszym ciągu oferta Nextbike pozostawałaby uprzywilejowana:

Kalkulacja w przypadku amortyzacji rowerów w ciągu 5 lat (biorąc pod uwagę hipotetyczną możliwość dalszego wykorzystywania rowerów)

Opcja 1 (używane rowery 3. generacji)			Opcja 1 - cena	
Cena	60	punktów	Koszty operacyjne	8 900 000
Jakość	0	punktów	Rowery	0
Łącznie	60	punktów	Cena (PLN)	8 900 000
Opcja 2 (nowe rowery 4. generacji)			Opcja 2 - cena	
Cena	42	punktów	Koszty operacyjne	8 900 000
Quality	16	punktów	Rowery	3 916 000
Łącznie	58	punktów	Cena (PLN)	12 816 000
			Opcja 1 - Punkty w kryterium cena	60
			Opcja 2 - Punkty w kryterium cena	42

- 2.21. Jedynie na marginesie warto zauważyć, że powyższe kalkulacje dotyczą jedynie porównania kryteriów oceny ofert „Cena” oraz „Zaoferowanie nowych rowerów” i „Zaoferowanie rowerów 4. generacji” dla rowerów standardowych. Tymczasem, jak już zostało wskazane w Odwołaniu nr 1, również pozostałe kryteria oceny ofert w Postępowaniu premiuja Nextbike.
- 2.22. Zamawiający dodatkowo punktuje bowiem chociażby dostarczenie i włączenie do systemu Warszawski Rower Publiczny rowerów dziecięcych oraz rowerów ze wspomaganie elektrycznym. **Maksymalną liczbę punktów w tych kryteriach może zdobyć zaś taki wykonawca, który dostarczy Zamawiającemu wskazane rowery w liczbie obecnie dostarczanej w ramach systemu WRP przez Nextbike** (tj. odpowiednio 60 rowerów dziecięcych i 6 stacji, oraz 100 rowerów elektrycznych i 10 stacji). Inni wykonawcy musieliby zaś – ponownie – ponieść koszty nabycia takich rowerów, z czego Nextbike pozostaje zwolniony.
- 2.23. Podsumowując, w ocenie Odwołującego, mimo dokonanych przez Zamawiającego zmian specyfikacji Postępowania, w dalszym ciągu jedynym wykonawcą mogącym złożyć w nim konkurencyjną ofertę pozostaje dotychczasowy operator systemu Warszawski Rower Publiczny, tj. Nextbike. To on bowiem pozostaje właścicielem wszelkiego sprzętu, który jest już obecnie użytkowany w obrębie tego systemu, jednocześnie spełniającego wymagania sformułowane w Postępowaniu przez Zamawiającego. **Ewentualni konkurenci Nextbike musieliby zaś ponieść dodatkowe, milionowe koszty, w żaden sposób nierekompensowane im przez ustalone w Postępowaniu kryteria oceny ofert.**
- 2.24. W efekcie, w pełni aktualne pozostają nie tylko żądania zawarte w Odwołaniu nr 1, ale także sformułowana w nim konkluzja. W ocenie Odwołującego, w dalszym ciągu bowiem rzeczywistą intencją Zamawiającego przyświecającą prowadzeniu Postępowania jest przedłużenie

funkcjonowania obecnego systemu Warszawski Rower Publiczny – **przy czym obecny sprzęt ma być obsługiwany w dalszym ciągu przez obecnego operatora, tj. Nextbike.** W ocenie Odwołującego, takie działanie nie powinno zaś mieć miejsca w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie konkurencyjnym – a tym bardziej nie w sytuacji, w którym Zamawiający w dalszym ciągu prowadzi inne postępowanie w tym zakresie (tj. Dotychczasowe Postępowanie).

- 2.25. Jednocześnie, warto wskazać, że choć powyższa analiza została przeprowadzona przez Odwołującego jedynie w odniesieniu do rowerów, to identyczny problem dotyczy również pozostałych elementów systemu Warszawski Rower Publiczny – tj. w szczególności stacji, oprogramowania dotyczącego aplikacji mobilnej, itd. **Ponownie, to Nextbike znajduje się na uprzywilejowanej pozycji w ich zapewnieniu.**
- 2.26. Podkreślenia wymaga również fakt, iż przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie obejmuje dwóch równorzędnych sposobów wykonania tego samego zamówienia, a w istocie dwa odrębne zamówienia. W ramach postępowania wykonawca może zaoferować albo rowery używane albo rowery nowe, pomiędzy którymi występują istotne różnice, które w efekcie prowadzą do nieporównywalności ofert.
- 2.27. W istocie więc, **Zamawiający objął niniejszym Postępowaniem dwa różne zamówienia, z których zrealizowane może zostać tylko jedno.** Takie działanie należy zaś uznać za sprzeczne z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców.

3. WNIOSEK KOŃCOWY

Wnoszę jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego

Michał Gajdek
adwokat

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo do działania w imieniu Odwołującego.
2. Odpis z KRS dla Odwołującego.
3. Tłumaczenie odpisu z KRS dla Odwołującego na język polski.
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
5. Raport bieżący Nextbike z dnia 30 lipca 2020 roku.
6. Informacja „*Jakie Verutilo w przyszłym roku*” zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.
7. Zmiana SIWZ Postępowania.
8. Skorygowany opis przedmiotu zamówienia.
9. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.