

WYROK

z dnia 28 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 r. przez odwołującego: Konsorcjum Arcus & Romet Group Sp. z o.o. Podgrodzie 32c, 39-200 Dębica (Partner) i WIM System Sp. z o.o. ul. Handlowa 3 35-103 Rzeszów (Lider) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miasto Toruń s.f. Miejski Zarząd Dróg w Toruniu ul. Grudziądzka 159; 87-100 Toruń

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowną ocenę oraz badanie ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Toruń s.f. Miejski Zarząd Dróg w Toruniu ul. Grudziądzka 159; 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 Konsorcjum Arcus & Romet Group Sp. z o.o. Podgrodzie 32c, 39-200 Dębica (Partner) i WIM

System Sp. z o.o. ul. Handlowa 3 35-103 Rzeszów (Lider) tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Gminy Miasto Toruń s.f. Miejski Zarząd Dróg w Toruniu ul. Grudziądzka 159; 87-100 Toruń kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum Arcus & Romet Group Sp. z o.o. Podgrodzie 32c, 39-200 Dębica (Partner) i WIM System Sp. z o.o. ul. Handlowa 3 35-103 Rzeszów (Lider) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., 1579 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 Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Konsorcjum wykonawców w składzie: Arcus & Romet Group Sp. z o. o. ul. Podgrodzie 32c; 39-200 Dębica i WIM System Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów zwane „odwołującym” lub „konsorcjum” wniosło odwołanie, za wpływem bezpośrednim, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a; 02-676 Warszawa, w dniu 12 marca 2018 roku.

Konsorcjum wniosło odwołanie w związku z czynnością zamawiającego, którym jest Gmina Miasto Toruń reprezentowane przez jednostkę budżetową Miejski Zarząd Dróg w Toruniu ul. Grudziądzka 159; 87-100 Toruń zwaną dalej „zamawiającym”, którą wykluczono konsorcjum z postępowania i w konsekwencji odrzucono ofertę konsorcjum.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, z przywołaniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 1579 z późn. zm.) dalej zwanej „ustawą Pzp” na zadanie pn.: „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM)”

Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie pod znakiem sprawy: DZP-271.95.2017 (dalej: „Postępowanie”)

Zamówieniu nadano oznaczenie przedmiotu zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) następująco: Główny przedmiot: 34.00.00.00-7 - sprzęt transportowy i produkty pomocnicze dla transportu; dodatkowe przedmioty: 34.43.00.00-0 - rowery; 35.12.00.00-1 - systemy i urządzenia nadzoru i bezpieczeństwa; 48.15.10.00-1 - komputerowy system sterujący; 48.22.00.00-6 - pakiety oprogramowania dla Internetu i in-tranetu; 50.11.11.00-6 – zarządzanie flotą pojazdów; usługi komunikacyjne i naprawcze; 42.96.11.00-1 - system kontroli i dostępu.

W złożonym odwołaniu podniesiono argumentację formalną i prawną jak poniżej.

Działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), - zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego w postępowaniu, polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, gdzie odwołujący wykazał, że nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie powinna być odrzucona i przedstawia najlepszy bilans kryteriów przetargowych oraz jest w swej treści zgodna z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego pomimo tego, iż odwołujący wykazał się spełnianiem warunków przetargowych;
2. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie i nie dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego;
3. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo tego, iż została złożona przez wykonawcę, który nie powinien być wykluczony;
4. Naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty BIKEU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, pomimo tego, że oferta wybranego wykonawcy przedstawiała gorszy bilans ceny i kryteriów dodatkowych w stosunku do oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz niewykluczenie i nieodrzucenie złożonej przez odwołującego oferty;
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z dokumentów powołanych w odwołaniu, na wskazane w odwołaniu okoliczności oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) odwołujący żąda od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Uzasadnienie dotrzymania terminu na wniesienie odwołania

Niniejsze odwołanie wnosi się w ustawowym terminie 10 dni od daty otrzymania przez Odwołującego pisma od Zamawiającego zawierającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, które wpłynęło do Odwołującego w dniu 01.03.2018 r., a więc Odwołujący dotrzymał ustawowego terminu na wniesienie odwołania.

Uzasadnienie interesu uzyskania zamówienia

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z powyższym, aby był legitymowany do wniesienia środka ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie:

1. Wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
2. Wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ze względu na fakt, iż Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z określonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert winna zostać uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą, niewątpliwie posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Oferta złożona przez Odwołującego w Postępowaniu na skutek badania i oceny ofert została odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na wykluczenie Odwołującego wobec rzekomego niewykazania spełniania przez niego warunków przetargowych. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający naruszył interes Odwołującego pozbawiając go szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji powyższych działań Zamawiającego Odwołujący, nie uzyskując zamówienia, poniesie szkodę przejawiającą się chociażby w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych zarzutów.

Konieczne jest również podkreślenie, iż nieprawidłowości i naruszenia w zakresie oceny innych ofert, rozpatrywane przez pryzmat zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzają zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu, jeśli dotyczą sytuacji odwołującego. Z uwagi na wykazane w odwołaniu naruszenia Zamawiającego dojdzie do zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta nie jest najkorzystniejsza, co w konsekwencji doprowadzi do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganom określonym w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu czynności Zamawiającego polegające na uznaniu za najkorzystniejszą oferty

BIKEU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, zostały dokonane z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Konieczność szerokiej wykładni dopuszczalności wniesienia odwołania oraz niezbędność badania zarzutów merytorycznych potwierdził również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12.

Wskazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł został wniesiony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień publicznych (dowód w załączeniu).

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia treści Odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia Odwołania (dowód w załączeniu).

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono argumentację formalno – prawną jak poniżej.

Miejski Zarząd Dróg w Toruniu (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi pod nazwą pn.: „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM)”. Zamawiający wymagał z SIWZ - Zdolność techniczna lub zawodowa: 5.1.2.1. Wykonawca musi udowodnić, iż wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegającą na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, działającego nie mniej niż 12 miesięcy. Dalej w pkt. 7.2.1. miał przedstawić dowody na posiadanie referencji poprzez sporządzenie wykazu i załączenie do niego dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na tę okoliczność pismem z dnia 25.01.2018 r.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 25.01.2018 r.

Wykonawca za pismem z dnia 06.02.2018 r. spełnił ten warunek przedstawiając referencje na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego w sumie 315 rowerów i przedstawił na tę okoliczność wyjaśnienia wraz wykazem usług oraz informacją od podmiotu publicznego udzielającego referencji, że „usługa została wykonana należyście”.

Dowód: Pismo Wykonawcy z dnia 06.02.2018 r. wraz z Referencją z dnia 23.01.2018 r.

W dniu 07.02.2018 r. za Zamawiający za pismem wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie wykonanych lub wykonywanych usług i dowodów mających potwierdzić ich należyte wykonanie. Powodem ponownego żądania wyjaśnień miała się okazać informacja zawarta w Referencji z dnia 23.01.2018 r. o okolicznościach naliczenia kar umownych i potrącenia ich z wynagrodzenia wykonawcy - Odwołującego, co ma zdaniem Zamawiającego przeczyć twierdzeniom dającego referencje o należyтым wykonaniu zadania.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 07.02.2018 r.

Wykonawca wyjaśnił w/w wątpliwości Zamawiającego i za pismem z dnia 12.02.2018 r. (błąd w uzasadnieniu wykluczenia z dnia 28.02.2018 r. , że to pismo jest z dnia 14.02.2018 r.,) spełnił ten warunek przedstawiając kolejne referencje potwierdzające dostarczenie i zarządzanie systemem roweru publicznego obejmującego w sumie 315 rowerów i przedstawił na tę okoliczność wyjaśnienia, gdzie w w/w referencjach po raz kolejny potwierdzono „należyte wykonanie usługi” w postaci referencji z dnia 27 stycznia i protokołu z dnia 04.11.2014 r. potwierdzającego należyte wykonanie. Odwołujący na potwierdzenie powyższego przedstawia dodatkowo referencje otrzymane z Gminy Miasta Torunia w dniu 5 listopada 2015 r. potwierdzające kompleksowe wykonanie systemu dla 300 rowerów.

W ocenie odwołującego samo zdarzenie (opóźnienie w wykonaniu jednego z elementów umowy trwającej kilkadziesiąt miesięcy) może wywołać jedynie skutki na gruncie prawa cywilnego i jednocześnie nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych. Wszak uchybienie terminowi wykonania zobowiązania skutkujące odpowiedzialnością kontraktową, czy naliczeniem kary umownej nie może być automatycznie uznane za nienależyte wykonanie całego zobowiązania bez uwzględnienia okoliczności faktycznych sprawy, jak i ewentualnych środków podjętych przez wykonawcę w celu wykazania jego rzetelności.

W wyroku z dnia 4 lipca 2017 r. KIO 1166/17 Izba wskazała, iż faktu naliczenia kar umownych nie można utożsamiać z niewykonaniem lub nienależyтым wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymuje uzasadnienie zawarte w piśmie wykonawcy z dnia 12 lutego 2018 r.

Dowód: Pismo Wykonawcy z dnia 12.02.2018 r. wraz z Referencją z dnia 27.01.2016 r. i Protokołem z dnia 04.11.2014 r.

Dowód: Pismo Z-cy Prezydenta Miasta Torunia z dnia 05.11.2015 r.

Dowód:

1. Referencje Zamawiającego Gminy Miasta Toruń z dnia 27 stycznia 2016 r. znak: WSiT.7013.2.2016.MPa potwierdzające należyte wykonanie zamówienia publicznego;
2. Protokół odbioru do umowy nr 42/PWB/WSiT/2014 z dnia 23.10.2014 r.;
3. Pismo/odpowiedź Urzędu Miasta Toruń z dnia 28 stycznia 2016 r. znak: WSiT.7013.3.2016.MPa na pytanie Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu wraz z pytaniem ZTM w Poznaniu.

Zamawiający jednak dokonał subiektywnej oceny przedstawionych dowodów i wyjaśnień i wybrał oferenta droższego. Zgodnie z obowiązującą zasadą Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w tym przetargu Zamawiający owszem dokonał badania, jednak skutkiem tych badań było nieuzasadnione wykluczenie odwołującego z przedmiotowego przetargu i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę, który faktycznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i który nie podlegał wykluczeniu. Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ na takich samych zasadach jak wykonawcy i nie może wg własnej subiektywnej oceny interpretować wymagań określonych w specyfikacji, w szczególności powinien nie wykluczać wykonawcę, która spełnia warunki określone w SIWZ.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 28.02.2018 r. otrzymane przez Wykonawcę drogą mailową w dniu 01.03.2018 r.

Uzasadnieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest jak wskazano powyżej okoliczność, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podlegał zatem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp), a Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp). Także ten zarzut jest zatem uzasadniony, gdyż Zamawiający nie powinien był Wykluczać Odwołującego, co wykazano powyżej, a tym samym odrzucać jego oferty, która jest najkorzystniejsza.

Z tych też, wyżej wymienionych powodów oraz z uwagi na fakt, iż interes prawny Odwołującego polegający na możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w niniejszym odwołaniu zasad i przepisów Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty i w konsekwencji wybór oferty przedstawiającej gorszy bilans w

rankingu oferentów - składamy Odwołanie i żądając jego uwzględnienia wnosimy jak na wstępie.

Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji w toku rozprawy.

Do odwołania załączono następujące dokumenty wymienione w odwołaniu:

1. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
3. pełnomocnictwo wraz dowodem opłaty skarbowej;
4. odpisy KRS Odwołującego (partnerzy konsorcjum);
5. SIWZ/IDW pkt. 5.1.21 i pkt. 7.2.1;
6. Pismo Zamawiającego z dnia 25.01.2018 r.
7. Pismo Wykonawcy z dnia 02.02.2018 r. wraz z Referencją z dnia 23.01.2018 r.
8. Pismo Zamawiającego z dnia 07.02.2018 r.
9. Pismo wykonawcy z dnia 12.02.2018 r. wraz z Referencją z dnia 27.01.2016 r. i Protokołem z dnia 04.11.2014 roku
10. Pismo Z-cy Prezydenta Miasta Torunia z dnia 05.11.2015 r.
11. Pismo Zamawiającego z dnia 28.02.2018 r. otrzymane przez Wykonawcę drogą mailową w dniu 01.03.2018 r.
12. Referencje Zamawiającego Gminy Miasta Toruń z dnia 27 stycznia 2016 r. znak: WSiT.7013.2.2016.MPa potwierdzające należyte wykonanie zamówienia publicznego;
13. Protokół odbioru do umowy nr 42/PWB/WSiT/2014 z dnia 23.10.2014 r.;
14. Pismo/odpowiedź Urzędu Miasta Toruń z dnia 28 stycznia 2016 r. znak: WSiT.7013.3.2016.MPa na pytanie Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu wraz z pytaniem ZTM w Poznaniu;
15. Referencje zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2017 roku.

Zamawiający odpowiedź na odwołanie

Dnia 21 marca 2018 roku zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na odwołanie.

Udzielając odpowiedzi na odwołanie przywołał art. 186 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm.) - dalej ustawa Pzp lub Pzp, Zamawiający — Gmina Miasta Toruń - Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, ustosunkowując się do treści odwołania wniesionego dnia 12.03.2018r., przez Odwołującego — Konsorcjum w składzie: Arkus & Romet Group Sp. z o.o., Podgrodzie 32c, 39-200 Dębica oraz WIM System Sp. z o.o., ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów, od niezgodnej z przepisami

ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) podnosząc bezzasadność zarzutów naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo tego, iż Odwołujący wykazał się spełnianiem warunków przetargowych;
2. art. 24 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie i nie dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej Oferty Odwołującego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, iż została złożona przez Wykonawcę, który nie powinien być wykluczony;
4. art.91 ust.1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty BIKEU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, pomimo tego, że oferta wybranego wykonawcy przedstawia gorszy bilans ceny i kryteriów dodatkowych w stosunku do oferty Odwołującego.

wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. przeprowadzenie dowodów z przedłożonej dokumentacji postępowania,
3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp, zamieszczając dnia 12.12.2017r., ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, jak również przekazując je do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dnia 15.12.2017r. pod numerem 2017/S 241-500 397).

Zamówienie zostało oszacowane na wartość przekraczającą kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 Pzp. Dnia 01.03.2018 roku Zamawiający poinformował Wykonawców ubiegających o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty BIKEU Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art.24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

ponieważ Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a oferta Wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu.

Dnia 12.03.2018r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania z dnia 10.03.2018r. wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości podtrzymując argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 28.02.2018r., o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty BIKEU Sp. z o.o.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie swojego stanowiska w sprawie.

W odniesieniu do argumentacji zawartej w odwołaniu z dnia 10.03.2018r. (data wpływu do Zamawiającego 12.03.2018r.). Zamawiający podnosi, iż w jego ocenie Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie uczynił tego na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1Pzp, jak również na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Pzp, ponieważ żaden przedstawiony przez Odwołującego dokument nie potwierdza należytego wykonania usługi zarówno w dostarczenia jak i zarządzania systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów i działającego nie mniej niż 12 miesięcy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego należyte wykonanie usługi odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu, nie wynika z referencji z dnia 23.01.2018r., z dnia 27.01.2016r., protokołu z dnia 04.11.2014r. ani też z zaświadczenia z dnia 05.11.2015r. załączonego do odwołania. Co więcej należyte wykonanie usługi nie wynika również z referencji z dnia 15.01.2016r., których Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów — załączono pismo z dnia 27.01.2016r. stanowiące uzupełnienie referencji z dnia 15.01.2016r. a o które to Zamawiający wystąpił do Urzędu Miasta Torunia pismem z dnia 19.02.2018r.

Dowody zawarte w dokumentacji postępowania:

- 1) Referencje z dnia 23.01.2018r. wydane przez Urząd Miasta Torunia;
- 2) Pismo z dnia 27.01.2016r. z Urzędu Miasta Torunia;
- 3) Protokół z dnia 04.11.2014r. dotyczący stacji wykonanej na ul. Dąbrowskiego w Toruniu;
- 4) Zaświadczenie z dnia 05.11.2015r. wydane przez Urząd Miasta Torunia;
- 5) Pismo Zamawiającego z dnia 19.02.2018r. do Urzędu Miasta Torunia;
- 6) Odpowiedź z dnia 20.02.2018r. (wpływ do Zamawiającego 23.02.2018r.) z Urzędu Miasta Torunia na pismo Zamawiającego z dnia 19.02.2018r. wraz z referencjami z dnia

15.01.2016r. oraz pismem przewodnim Odwołującego z dnia 12.01.2016r. skierowanym do Prezydenta Miasta Torunia w sprawie wystawienia referencji oraz proponowanym przez Odwołującego wzorem referencji.

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej określony pkt 5.1.2.1. rozdziału I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dalej SIWZ lub Specyfikacja, zobowiązywał Wykonawców do udowodnienia, iż wykonali lub wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegającą na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, działającego nie mniej niż 12 miesięcy.

Z kolei zgodnie z pkt 7.2.1. rozdziału I SIWZ, Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany był złożyć wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, stanowiący oświadczenie zgodne z treścią załącznika Nr 1.3. do rozdziału I SIWZ. Do wykazu należało dołączyć dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie Wykonawcy.

Dowody zawarte w dokumentacji postępowania:

1) Rozdział I SIWZ pkt 5.1.2.1. oraz pkt 7.2. 1 .

Pismem z dnia 25.01.2018r. Odwołujący został wezwany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia oświadczenia i dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. W wyznaczonym terminie, który upłynął 06.02.2018r., Odwołujący przedłożył wykaz usług, w którym wykazał dostawę i zarządzanie systemem rowerów miejskich w latach 2014-2017/25 stacji 250 rowerów wykonaną na rzecz Gminy Miasta Toruń oraz dodatkowo stacje partnerskie obejmujące 65 rowerów. Do oświadczenia Wykonawca dołączył referencje z dnia 23.01.2018r., wystawione przez Urząd Miasto Torunia. Dowody zawarte w dokumentacji postępowania:

1) Pismo z dnia 25.01.201 8r. do Odwołującego skierowane w trybie art. 26 ust. I Pzp;

2) Wykaz wykonanych usług złożony wraz z pismem z dnia 02.02.2018r, (wpływ do Zamawiającego 06.02.2018r.) oraz referencjami z dnia 23.01.2018r.

Analiza przedłożonego oświadczenia oraz treści załączonych referencji z dnia 23.01.2018r., poskutkowało wystosowaniem do Odwołującego wezwania z dnia 07.02.2018r. do uzupełniania oświadczenia i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. m.in. w zakresie wykazu wykonanych lub wykonywanych usług i dowodów mających potwierdzać ich należyte wykonanie. W piśmie tym Zamawiający wyraźnie wskazał Odwołującemu, iż ze złożonego oświadczenia nie wynika, czy w ramach wykazanej usługi przez co najmniej 12 miesięcy Odwołujący zarządzał dostarczonym systemem roweru publicznego składającym się z 300 rowerów, jak również, iż przedłożone referencje nie potwierdzają należytego wykonania tejże usługi, bowiem znajduje się w nich informacja o naliczonych karach umownych z tytułu nieterminowego uruchomienia systemu oraz opóźnienia w uruchomieniu systemu, które zostały potrącone z należnego Odwołującemu wynagrodzenia, zaś istotą kar umownych jest odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oświadczenia i dokumentów, pismem z dnia 12.02.2018r. (data wpływu do Zamawiającego 14.02.2018r.) Odwołujący uzupełnił wykaz usług, w którym wykazał dostawę i zarządzanie systemem rowerów miejskich w latach 2014-2017 zrealizowaną na rzecz Gminy Miasta Toruń jednocześnie doprecyzowując, iż przez okres 15 miesięcy zarządzał systemem publicznego roweru miejskiego. W liczbie 305 sztuk, Odnośnie wątpliwości Zamawiającego, co do należytego wykonania tej usługi, Odwołujący załączył pismo Urzędu Miasta Torunia z dnia 27.01.2016r., które w ocenie Odwołującego potwierdza należyte wykonanie zamówienia publicznego w zakresie zarządzania kompleksowej eksploatacji systemu oraz spójność systemu. Odwołujący przedłożył również protokół kontroli z dnia 04.11.2014r. dotyczący sprawdzenia kompletności i prawidłowości działania stacji rowerowej wykonanej na ulicy Dąbrowskiego w Toruniu w ramach umowy nr 42/PWB/WSiT/2014 z dnia 23.10.2014 r.

Dowody zawarte w dokumentacji postępowania:

- 1) Pismo z dnia 07.02.2018r. do Odwołującego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 2) Wykaz wykonanych usług złożony wraz z pismem przewodnim z dnia 12.02.2018r. (wpływ do Zamawiającego 14.02.2018 r.) oraz pismem z dnia 27.01.2016r. i protokołem z dnia 04.11.2014r.

Dodatkowo Odwołujący argumentował, iż Zamawiający -- Gmina Miasta Toruń zawarła z WiM System W. i M. Spółka Jawna z siedzibą w Czarnej, obecnie WIM System Sp. z o.o., umowę 56/PWB/WSiT/2013 z dnia 20.01.2014r. Przedmiotem umowy była usługa polegająca na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM). Umowa zobowiązywała Odwołującego do uruchomienia w pełni funkcjonalnego i dostępnego dla klientów systemu od dnia 01.04.2014r. tj. w okresie nieco ponad 3 miesięcy

od daty zawarcia umowy. W ramach tej samej umowy Odwołujący zobowiązany był do świadczenia usług udostępniania rowerów, zarządzania i eksploatacji systemu. Termin zakończenia umowy został przez strony określony na dzień 30.11.2017r. W piśmie tym zaznaczono także, że okolicznością znaną Zamawiającemu jest, iż Odwołujący podejmując się realizacji wskazanej umowy jedynie w zakresie pierwszego jej etapu tj. uruchomienia systemu przy krótkim terminie realizacji, dopuścił się uchybienia terminowi. Pomimo tego, w ocenie Odwołującego, okoliczność ta nie stanowi o nienależytym wykonaniu referencyjnej umowy, ponieważ opóźnienie wyniosło 17 dni i dotyczyło jedynie jednego z etapów realizacji umowy, nie zaś całej umowy. Odwołujący podkreślił, iż działał w dobrej wierze będąc przekonany, że skoro Zamawiający - Gmina Miasta Toruń, złożyła określone oświadczenie wiedzy dot. wykonania umowy i przekazała je Odwołującemu, to umowa ta została zrealizowana w sposób należyty, a przez sam fakt wystawienia określonego dokumentu, jakim jest referencja Zamawiający wywołał u Odwołującego przeświadczenie, że może się on nim swobodnie posługiwać i ten sposób wykazywać swoje doświadczenie, w tym w kolejnych postępowaniach prowadzonych przez tego Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, już samo wydanie listu referencyjnego, którym można posługiwać się w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest rekomendacją wystawioną przez Zamawiającego Wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, iż zakresie należytego wykonania zawartej umowy należy poczytywać również późniejsze działania Zamawiającego, w szczególności zawarcie kolejnych umów na wykonanie dodatkowych stacji, które włączone zostały do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego i stanowiły jego integralną część (umowy zawarte zarówno przez Miasto jak i jego spółki zależne/kolejne siedem umów na kwoty ponad 500 tys. złotych). Zdaniem Odwołującego z treści referencji w żaden sposób nie można wywieść, aby tenże nie wykonał należycie zamówienia, bowiem potwierdzają one prawidłowość zrealizowania całego zadania. W sytuacji, gdyby zamówienie nie zostało wykonane, lub zostało wykonane nieprawidłowo, nie zostałyby wystawione referencje. Kluczowe znaczenie zdaniem Odwołującego musi mieć także nieznacząca ilość dni opóźnienia w stosunku do czasu trwania całej umowy, tj. do dnia 30.11.2017r., a fakt, że taka sytuacja pojawiła się w trakcie pierwszych trzech miesięcy realizacji umowy, która trwała od jej zawarcia przez okres 46 miesięcy może świadczyć o tym, że ewentualne uchybienie miało charakter wyłącznie nieistotny z punktu widzenia realizacji całości zadania.

Odwołujący przedstawił także pismo/odpowiedź Urzędu Miasta Toruń z dnia 28.01.2016r., znak: WSiT.7013.3,2016.MPa na pytanie Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu dotyczące jakości realizowanych przez Odwołującego dostaw i usług, o których mowa w załączonych referencjach. Treść tego dokumentu w ocenie Odwołującego wyraźnie wskazuje, iż Zamawiający ocenia wykonanie zadania jako należyte. Odwołujący podniósł także, iż

Zamawiający w treści SIWZ nie przewidział okoliczności fakultatywnego wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, który daje możliwość wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, jeżeli wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Jak stwierdził Odwołujący, celem tego przepisu jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień tak dalece uchybili swoim obowiązkom, że dalsza współpraca z nimi naraża zamawiającego na istotne ryzyko. Nie może on być natomiast stosowany do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji umowy zachodziły jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali. Nic każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanką taką mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które w sposób zasadniczy zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. Fakt wystąpienia zwłoki w realizacji jednego z etapów umowy nie może być uznany za nienależyte wykonanie umowy uzasadniające zastosowanie sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania. Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem nie sposób uznać, że miało miejsce nienależyte wykonanie zamówienia. Jakkolwiek uchybienia w realizacji etapu umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za incydentalne, po drugie za nieznaczne. Stosowanie takich sytuacji sankcji wykluczenia wykonawcy prowadziłoby do wypaczenia celu prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i do nieuzasadnionego, masowego wykluczania wykonawców z postępowania, w praktyce bowiem niewiele umów (zwłaszcza podobnych rodzajowo do ocenianej w niniejszej sprawie) jest realizowanych bez żadnych, chociażby drobnych uchybień.

Dowody zawarte w dokumentacji postępowania:

- 1) pismo Odwołującego z dnia 12.02.2018r. (data wpływu do Zamawiającego 14.02.2018r.);
- 2) pismo/odpowieź Urzędu Miasta Toruń z dnia 28.01.2016 r. znak: WSiT.7013.3.2016.MPa na pytanie Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu.

W zaistniałym stanie faktycznym weryfikacja spełniania przez Odwołującego warunku zdolności technicznej i zawodowej odbyła się na podstawie informacji zawartych w oświadczeniu stanowiącym wykaz wykonanych lub wykonywanych usług wraz z dokumentami przedłożonymi przez Odwołującego na okoliczność ich należytego wykonania. Za utrwalonym poglądem w orzecznictwie należy powtórzyć, iż okoliczność należytego wykonania usługi może wynikać z każdego dokumentu, w „którym stwierdza się pozytywną okoliczność, jaką jest należyte wykonanie usługi. Może to być protokół zdawczo — odbiorczy, czy też faktura,

pod warunkiem że w tych dokumentach znajduje się oświadczenie zamawiającego, że przedmiot zamówienia został wykonany należyte (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30.10.2015r., KIO 2257/15, czy też w wyroku z dnia 23.05.2014r., KIO 927/14). Z kolei w wyroku z dnia 11.06.2015r., KIO 1028/15, Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że: „Zamawiający ma prawo do weryfikacji treści dokumentów złożonych przez wykonawcę. I w tym przypadku dokonał oceny merytorycznej treści dokumentów złożonych przez wykonawcę, tj. protokołu odbioru końcowego (ostatecznego) robót drogowych z dnia 22 grudnia 2014r. oraz uzupełnionego w wyniku wezwania do jego uzupełnienia poświadczenia z dnia 5 lutego 2015r. wystawionego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach. Treść tych dokumentów nie musi zawierać sformułowania, że „roboty wykazane w wykazie wykonanych robót budowlanych zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Wystarczy, że na podstawie treści złożonych dokumentów możliwym jest uznanie, że „roboty wykazane w wykazie wykonanych robót budowlanych zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone” Tymczasem z treści dokumentów złożonych przez odwołującego takich okoliczności nie da się wywieść. Istotnie zawierają one szereg istotnych informacji. Niemniej jednak fakt odebrania roboty nie potwierdza jeszcze, że została ona wykonana w sposób należyty, jak bowiem wynika ze złożonych dokumentów, roboty odebrano mimo istnienia usterek, z uwagi na które dokonano potrącenia wynagrodzenia.

Żaden jednak dokument przedłożony przez Odwołującego nie potwierdza należytego wykonania usługi zarówno, jeżeli chodzi o dostarczenie jak i zarządzanie systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów i działającego nie mniej niż 12 miesięcy, co jest podstawą uznania, że warunek wiedzy i doświadczenia zawarty w pkt 5.1.2.1. SIWZ został spełniony.

I tak w referencjach z dnia 23.01.2018r. Urząd Miasta Torunia informuje, że Wykonawca Świadczył usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski, a z tytułu nieterminowego uruchomienia systemu oraz opóźnienia w uruchomieniu systemu naliczono Wykonawcy kary umowne w 2014 roku i 2015r., których tenże nie zakwestionował. Następnie we wspomnianym już piśmie z dnia 27.01.2016r. Urząd Miasta Torunia w uzupełnieniu referencji z dnia 15.01.2016r. informuje o należytych wykonaniu zamówienia, aczkolwiek co znamienne - tylko w części dotyczącej zarządzania i kompleksowej eksploatacji

Dowody zawarte w dokumentacji postępowania:

1) referencje z dnia 23.01.2018r. z Urzędu Miasta Torunia;

2) pismo z dnia 27.01.2016r. z Urzędu Miasta Torunia stanowiące uzupełnienie do referencji z dnia 15.01.2016r. wystawionych przez Urząd Miasta Torunia.

Z przekazanych Zamawiającemu przez Urząd Miasta Torunia referencji z dnia 15.01.2016r. wynika jedynie opis elementów przedmiotowo istotnych realizowanych przez Odwołującego usług, bez jakiegokolwiek pozytywnej ich oceny.

Dalej, protokół z dnia 04.11.2014 r. dotyczy sprawdzenia kompletności i prawidłowości działania jednej stacji z 10 rowerami wykonanej na ulicy Dąbrowskiego w Toruniu i jest potwierdzeniem prawidłowości jej eksploatacji, a nie dostarczenia. O naliczeniu kar umownych informuje Urząd Miasta Torunia w piśmie z dnia 28.01.2016r, skierowanym do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu. Z pozyskanych przez Zamawiającego informacji wynika, iż na tej podstawie Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu w przeprowadzonym postępowaniu na dostawę i uruchomienie oraz zarządzanie i utrzymanie systemu Poznańskiego Roweru Miejskiego, wykluczył Wykonawcę z udziału w postępowaniu m.in. z tytułu braku wykazania należytego wykonania usługi realizowanej na rzecz Gminy Miasto Toruń. Ponadto pismem z dnia 13.02.2018 r. Zastępca Prezydenta miasta Torunia, informuje odwołującego, iż gmina miasta Toruń, nie może wystawić referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi, ze względu na naliczenie kar umownych, co świadczy o niewykonaniu lub o nienależytym wykonaniu umowy – zgodnie z art.483 Kodeksu cywilnego. Jak wynika z tego pisma, Odwołujący czynił starania celem pozyskania poświadczenia należytego wykonania usługi świadczonej na rzecz Gminy miasta Toruń, czego ostatecznie nie uzyskał.

Dowód:

1) protokół z dnia 04.11.2014r. dotyczący stacji rowerowej wykonanej na ul. Dąbrowskiego w Toruniu;

2)pismo z dnia 28.012016r. Urzędu Miasta Torunia skierowane do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu;

3)pismo Zamawiającego z dnia 14.02.2018r. do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu;

4)odpowiedź z dnia 15.02.2018r. (data wpływu do Zamawiającego) od Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu wraz z protokołem posiedzenia komisji, z którego wynika rekomendacja wykluczenia Odwołującego z postępowania na skutek nie wykazania należytego wykonania usługi;

5) pismo z dnia 13.02.2018r. Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia do Odwołującego.

Odnosnie wymienionego w odwołaniu pisma z dnia 05.11.2015r. zatytułowanego „Zaświadczenie”, nic sposób w jego treści doszukać się potwierdzenia należytego wykonania

usługi. Zawiera ono bowiem podobnie jak referencje z dnia 15.01.2016r., opis elementów przedmiotowo istotnych usług realizowanych w ramach Toruńskiego Roweru Miejskiego. Ponadto system roweru publicznego nie obejmował wówczas 300 rowerów, ponieważ jak wynika z przedłożonego przez Odwołującego wykazu usług z dnia 12.02.2018r. (data wpływu do Zamawiającego 14.02.2018r.) stacje obejmujące 30 stanowisk i 20 rowerów oraz 15 stanowisk i 10 rowerów (Centrum Vis&Vis i Bielawy) zostały uruchomione w maju 2016r. Sam Odwołujący oświadczył, iż w okresie od czerwca 2016r. do 30.11.2017r. zarządzał systemem roweru publicznego obejmującego 305 rowerów — chociaż z obliczeń Zamawiającego wynika, iż było to 310 rowerów — zsumowanie ilości rowerów z kolumny nr 3 wykazu usług. Odnosnie też pisma z dnia 05.11.2015r., które przywołuje Odwołujący twierdząc, iż na dzień 05.11.2015r. obsługiwał 300 rowerów w ramach systemu, Zamawiający zastrzega przedstawienie dodatkowych dowodów, z których wynika, że Odwołujący wprowadził wystawiającego zaświadczenie w błąd podając ilość rowerów, które obsługuje. Urząd Miasta Torunia wydał to zaświadczenie w dobrej wierze, jednakże dokonana później weryfikacja potwierdziła, że w roku 2015 Odwołujący obsługiwał, tak jak Zamawiający podał piśmie z dnia 28.02.2018r. 280 rowerów,

Dowód:

1) pismo z dnia 05.11.2015r. zatytułowane „Zaświadczenie”

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, co do twierdzeń, iż, sam fakt zatytułowania pisma, jako „Referencje” potwierdza należyte wykonanie usługi. Referencje nie są wydawane pod konkretne zamówienie, a zatem Wykonawca może się nimi posłużyć pozyskując zamówienie nie objęte reżimem ustawy Pzp, gdzie podmiot zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania należytego wykonania usługi.

Twierdzenia Odwołującego o nieistotnym znaczeniu co sam Odwołujący przyznaje zwłoki w uruchomieniu systemu roweru publicznego na rzecz Gminy Miasta Toruń, nie mogą się ostać, po pierwsze z tej przyczyny, że żaden przepis ustawy PZP nic przewiduje stopniowania oceny należytego wykonania na mniej lub bardziej istotne uchybienia, a po drugie, iż warunki udziału w postępowaniu nie są zastrzegane pro forma a dla pozyskania Wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wydając środki publiczne musi bowiem zadbać o to, aby minimalizować ryzyka związane z realizacją przyszłej umowy i temu właśnie między innymi służy weryfikacja zdolności podmiotowej przyszłego Wykonawcy. Ponadto Odwołujący w sposób oczywisty pomija okoliczność, iż naliczanie kar umownych nic było jednorazowe za „nieznaczne opóźnienie” w liczbie 17 dni. Z pisma z dnia 23.01.2018r. jednoznacznie wynika, że kary umowne naliczono dwukrotnie — po raz pierwszy w związku z nieterminowym uruchomieniem systemu w 2014r. w kwocie 92.517,74, a po raz

drugi 2015r. na skutek tych samych uchybień w kwocie 47.775,00 zł. Kary zostały potrącone z należnego wynagrodzenia, a Odwołujący nic kwestionował w żaden sposób zasadności ich naliczenia. Zamawiający nie ma żadnej gwarancji, że w przypadku zlecenia Odwołującemu przedmiotu niniejszego zamówienia, nie dojdzie do zwłoki w dostarczeniu systemu roweru publicznego, co spowoduje brak możliwości korzystania z roweru miejskiego w szczycie sezonu turystycznego w mieście, przez które rocznie przewija się ponad 2 m In turystów, nie wspominając już o samych mieszkańcach.

Tożsamy stan faktyczny był już przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w przywołanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28.02.2018r. wyroku z dnia z dnia 02.07.2013r., wyroku z dnia 02.07.2013 r. KIO 1388/13; KIO 1389/13.

Izba uznała tam, że naliczenie kar umownych wyklucza możliwość uznania, iż dane zamówienie zostało wykonane należycie, albowiem należyte wykonanie lub jego brak należy oceniać przez pryzmat przepisów księgi III Kodeksu cywilnego, a dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 Kodeksu cywilnego domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność,

Tymczasem Odwołujący w piśmie z dnia 12.02.2018r. (data wpływu do Zamawiającego 14.02.2018r.) oświadcza, iż miała miejsce zwłoka w realizacji jednego z etapów umowy, co oznacza wystąpienie kwalifikowanego opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, a tym samym wystąpienie okoliczności skutkujących nieterminowym jego wykonaniem, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Tym okolicznościom Odwołujący nie zaprzeczał, podobnie jak nie zaprzeczał, iż kary umowne zostały mu naliczone i przez niego przyjęte poprzez potrącenie stosownych kwot z należnego wynagrodzenia.

Jak podniosła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18.04.2013r., KIO 724/13: „O nienależyтым spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca, sposobu lub jakości świadczenia itp. warunków wynikających z zawartej umowy. Przy nienależyтым wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymaganego.”

Bezspornym na tle okoliczności niniejszej sprawy jest fakt, czemu też Odwołujący nie przeczy, że z przyczyn leżących po jego stronie; uchybił terminowi dostarczenia roweru publicznego w 2014". oraz uruchomienia systemu w 2015r., tytułem czego zostały mu naliczone kały umowne, a naliczenie kar umownych, następnie ich przyjęcie przez Odwołującego, nie może w żaden sposób być poczytywane, jako należyte wykonanie usługi mającej obejmować zarówno dostarczenie systemu, jak i zarządzanie systemem. W przypadku gdyby warunek

udziału w postępowaniu dotyczył jedynie zarządzania systemem roweru publicznego, nie było by podstaw do uznania, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Warunek jednak został skonstruowany w ten sposób, ażeby dopuścić możliwie jak najszerszą konkurencję, a jednocześnie pozyskać do realizacji zamówienia Wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia obejmującego zarówno dostarczenie oraz zarządzanie i kompleksową eksploatację systemu Toruński Rower Miejski (TRM). Natomiast nic można zarządzać i eksploatować czegoś, czego się w terminie nic dostarczyło pomimo zobowiązania.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27.09.2012r., KIO 1948/12 stwierdziła, iż: „1. Art. 22 ust. 1 p.z.p. nie oznacza, iż do udziału w postępowaniu należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia. Postawiony warunek nie może być zmieniony wyłącznie z uwagi na to, że nie spełnia go dany wykonawca.

2. Nieuprawnionym jest wymaganie od zamawiającego, aby zrezygnował on z własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia, obniżając postawione wykonawcom wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom nieposiadającym odpowiedniego doświadczenia. ”

Wobec tego można niemalże z pewnością stwierdzić, że zadeklarowany w ofercie przez Odwołującego termin skrócenia o 45 dni maksymalnego ustalonego przez Zamawiającego terminu wynoszącego 120 dni jest fikcją. Jeżeli w ocenić Odwołującego, co podnosił w piśmie z dnia 12.02.2018r. termin uruchomienia systemu roweru publicznego na rzecz Gminy Miasta Toruń w 2014r. był nierealny, bo zbyt krótki, a wynosił wówczas ponad 3 miesiące od dnia zawarcia umowy, to tym bardziej Odwołujący nie zmierza dotrzymać terminu wynoszącego - 2,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy. Można więc domniemywać, iż deklaracja Odwołującego zawarta w ofercie, została złożona tylko i wyłącznie w celu uzyskania większej punktacji w dodatkowych oprócz ceny kryteriach oceny ofert. Co istotne przed złożeniem oferty, Odwołujący nie wystąpił do Zamawiającego z żadnym wnioskiem o zmianę SIWZ, czy też zapytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ podnosząc, że termin dostarczenia i uruchomienia systemu roweru publicznego jest zbyt krótki. Odwołujący nie wnosił też środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Na koniec należy odnieść się do argumentacji Odwołującego zmierzającej do skierowania spornych ocen w niniejszej sprawie na grunt fakultatywnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Po pierwsze, Zamawiający nie przewidział zastosowania przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Podnoszenie zatem przez Odwołującego, iż naliczenia kar

umownych ma znaczenie tylko na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego, a nie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ Odwołujący podjął stosowne środki celu wykazania rzetelności, jest niniejszej sprawie irrelewantne. Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, który stanowi obligatoryjną przesłankę wykluczenia.

Po drugie, to do art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się przywołany w odwołaniu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.07.2017r., KIO 1166/17 i oderwana od całości teza, iż faktu naliczenia kar umownych nie można utożsamiać z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Izba w powyższym wyroku orzekła: „Kwestie naliczenia kar umownych z tytułu nienależytego wykonania innych umów wskazanych przez Zamawiającego nie ma znaczenia dla oceny zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. (...) Faktu naliczenia kar umownych nie można utożsamiać z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a tylko takie działanie mogłoby stanowić skuteczną przesłankę do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp”. Jak wynika z powyższego zestawienia, sens przywołanego wyroku jest zgoła odmienny niż chciałby to przevorsować Odwołujący. Przy czym nawet przy tak odmiennych stanach faktycznych i prawnych, można tutaj znaleźć wspólny mianownik, a mianowicie odniesienie do „przyczyn leżących po stronie wykonawcy” Podczas, gdy w okolicznościach sprawy z wyroku z dnia 04.07.2017r., KIO 1166/17 wykonawca kwestionował zasadność naliczenia kar umownych przez zamawiającego, a spór między stronami w tej kwestii zawisł przed właściwym w sprawie sądem powszechnym, z dokumentacji zgromadzonej w przedmiotowym postępowaniu jednoznacznie wynika, że Odwołujący dopuścił się i to dwukrotnie, zwłoki w wykonaniu zobowiązania, co stało się podstawą naliczenia kar umownych, przyjął i w żaden sposób nie kwestionował.

Z tych też względów, w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a poprzez to do bezprawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty BIKEU Sp. z o.o. Zamawiający był bowiem zobowiązany do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a kolejną najkorzystniejszą ofertę w przyjętych kryteriach oceny ofert jest oferta BIKEU Sp. z o.o. Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, czego Odwołujący nie kwestionował. Wobec powyższego, wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Odwołujący działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie powołując się na niezgodną z przepisami tejże ustawy czynność zamawiającego, polegającą na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty z postępowania.

Zdaniem odwołującego wykazał on, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie powinna być odrzucona oraz przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów przetargowych a w swej treści oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W tym stanie rzeczy odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: 1. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego pomimo tego, iż odwołujący wykazał się spełnieniem warunków przetargowych; 2. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie i nie dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego; 3. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo tego, iż została złożona przez wykonawcę, który nie powinien być wykluczony; 4. Naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty BIKEU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa zwaną dalej „ofertą wybraną” pomimo tego, że oferta ta przedstawiała gorszy bilans ceny i kryteriów dodatkowych w stosunku do oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: 1. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert; 2. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; 3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz niewykluczenie i nieodrzuconie złożonej przez odwołującego oferty; 4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z dokumentów powołanych w odwołaniu, na wskazane w odwołaniu okoliczności oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Argumentacja formalna - prawna odwołującego została zaprezentowana powyżej w uzasadnieniu jak również na rozprawie do protokołu z rozprawy.

Również powyżej zaprezentowano argumentację zamawiającego, który złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Co do terminu wniesienia odwołania to potwierdziły się okoliczności przedstawione w treści odwołania. Niniejsze odwołanie wniesiono dnia 12 marca 2018 roku w terminie 10 dni od daty otrzymania przez odwołującego pisma od zamawiającego z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty, które wpłynęło do odwołującego w dniu 1 marca 2018 roku. Tak więc odwołujący dotrzymał ustawowego terminu na wniesienie odwołania.

Potwierdził się również interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z powyższym, aby był legitymowany do wniesienia środka ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie: wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z określonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert winna zostać uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą, okoliczność bezsporna. W przypadku potwierdzenia zarzutów odwołania zasadnym jest twierdzenie odwołującego, że jego interes doznał uszczerbku, gdyż jego oferta mogła by być uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający narusza interes odwołującego jeżeli pozbawia go szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji odwołujący nie uzyskując zamówienia, poniesie szkodę przejawiającą się jak wskazano w odwołaniu chociażby w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych zarzutów. Odwołujący realizował w latach 2014-2017 to jest w okresie poprzedzającym niniejsze postępowanie, zamówienie uruchomienia, zarządzania i eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) i jest zainteresowany jego kontynuacją.

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów, z dokumentów przywołanych przez strony zarówno w ich pismach procesowych jak i przywołanych z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej do akt sprawy przez zamawiającego, ustaliła jak poniżej.

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługa polegająca na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) w taki sposób aby każdy uprawniony użytkownik mógł wypożyczyć rower według taryfy ustalonej przez wykonawcę, w tym: wykonanie i uzgodnienie projektów: rowerów, stacji rowerowych wraz z terminalami i stojakami, strony internetowej, aplikacji na urządzenia mobilne (tablety, smartfony) oraz aplikacji dla terminala TRM; wykonanie projektów dokumentów określających prawa i obowiązki użytkowników TRM, w szczególności regulaminu określającego wysokość i zasady odpłatności oraz zasady korzystania z TRM, dostarczenie floty rowerów, niezbędnej infrastruktury do ich wypożyczania tj. stacji, terminali i stojaków oraz dokonanie ich montażu; dokonanie wdrożenia systemu TRM; przeszkolenie wyznaczonych pracowników zamawiającego w zakresie użytkowania TRM oraz kontroli i pozyskiwania danych z systemu informatycznego TRM; udostępnienie niezbędnego oprogramowania oraz hasła dostępu do bieżącej kontroli liczby rowerów wypożyczonych ze stacji należących do Zamawiającego; uruchomienie i eksploataowanie systemu TRM.

Do tak opisanego przedmiotu zamówienia, w następujący sposób zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

SIWZ 5. Warunki udziału w postępowaniu. 5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 5.1.2. Zdolności technicznej lub zawodowej: 5.1.2.1. Wykonawca musi udowodnić, iż wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegającą na uruchomieniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, działającego nie mniej niż 12 miesięcy.

7.2. wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu, na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art.25 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

7.2.1. wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, stanowiący oświadczenie zgodne z treścią załącznika Nr 1.3. do Rozdziału 1 SIWZ. Do wykazu należy dołączyć dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane lub są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy.

W wyniku oceny złożonych ofert zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2018 roku DZP-271.95.2017 wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust.1 ustawy Pzp. do złożenia między innymi wykazu wykonanych usług jak i dowodów na ich należyte wykonanie z zaznaczeniem, że mogą być nimi referencje bądź inne dokumenty uzyskane przez wykonawcę od podmiotu na rzecz, którego świadczone usługi. Termin złożenia oświadczeń i dokumentów zamawiający wyznaczył na dzień 6 lutego 2018 roku. Podpis Dyrektor P. R. W. (pismo dokumentacja zamawiającego).

Odwołujący odpowiadając na wezwanie za pismem przewodnim z dnia 02.02.2018 roku, data wpływu dnia 06.02.2018 roku złożył oświadczenie wykaz wykonanych usług jak i referencje z dnia 23 stycznia 2018 roku. Z oświadczenia dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (Wykaz) wynika, że wykonał na rzecz zamawiającego (Urząd Miasta Toruń) dostawę i zarządzanie systemu rowerów miejskich 2014-2017 – 250 rowerów miejskich oraz dodatkowo stacji partnerskich na 65 rowerów (Cen. Kometa, Cen. Copernicus, Cen. Bielawy, Cen. Plaza, Cen. Vis & Vis), w dacie maj 2015 roku na kwotę brutto usługi 2 mln. złotych. Podpisała Prezes Zarządu P-i M. M. w dniu 02.02.2018 roku.

Z dołączonego do pisma z dnia 02.02.2018 r. dokumentu Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia z dnia 23 stycznia 2018 roku znak WPiT.7013.1.2018.MPa o nazwie „Referencje” wynika, że „W ramach trzech umów zawartych z Gminą Miasta Toruń Spółka WIM System do dnia 31 listopada 2017r. świadczyła usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski. W związku z nieterminowym uruchomieniem systemu w 2014 roku wynoszącym 17 dni, Gmina Miasta Toruń naliczyła Wykonawcy karę umowną w wysokości 92.517,14 zł. Wykonawca nie zakwestionował naliczonej kary, która została potrącona z należnego mu wynagrodzenia wynikającego z umowy nr 56/PWB/WSiT/2013. Ponadto w 2015 roku z tytułu opóźnienia w uruchomieniu systemu wynoszącego 21 dni, na podstawie umowy nr 14/PWB/WSiT/2015 naliczono karę w wysokości 47.775 zł, która została potrącona z należnego wynagrodzenia.” Przy czym historycznie rzecz ujmując rozwój TRM następował w czasie i tak „Trzyście stacji powstało w 2014 roku (umowy nr 56/PWB/WSiT/2013 i 42/PWB/WSiT/2014) a kolejne sześć w 2015 (umowa nr 14/PWB/WSiT/2015) (...)Łącznie od maja 2015 roku użytkownicy TRM mogli korzystać z 250 rowerów rozlokowanych w 25 stacjach. W 2015 roku na terenie centrów handlowych w Toruniu: Plaza, Atrium Copernicus oraz Kometa powstały kolejne stacje rowerowe, które powiększyły system TRM do 28 stacji, a w 2016 roku na terenie centrów handlowych Bielawy oraz Vis&Vis jeszcze dwie, które powiększyły system TRM do 30 stacji.”

(Dosłowne brzmienie dokumentu Referencja Zastępcy Prezydenta M. Torunia z dnia 23 stycznia 2018 roku znak WPiT .7013.1.2018.MPa dla WIM System Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów

Na terenie miasta Torunia działa system Toruńskiego Roweru Miejskiego (TRM), który rozpoczął funkcjonowanie w kwietniu 2014 roku. Gmina Miasta Toruń w ramach zawartych umów z WIM System Sp. z o.o. (przed zmianą nazwy: Romet Rental Systems Sp. z o.o., WiM System W. i M. Spółka Jawna) zleciła realizację 19 stacji rowerowych, z których każda wyposażona jest w 15 stojaków rowerowych i 10 rowerów (za wyjątkiem 3, które wyposażone są w 25 stojaków). Trzyście stacji powstało w 2014 roku (umowy nr 56/PWB/WSiT/2013 i 42/PWB/WSiT/2014) a kolejne sześć w 2015 (umowa nr 14/PWB/WSiT/2015).

W 2015 roku powstało również 6 stacji patronackich 15 stanowiskowych z 10 rowerami każda, które włączone zostały do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego i stanowią jego integralną część. Łącznie od maja 2015 roku użytkownicy TRM mogli korzystać z 250 rowerów rozlokowanych w 25 stacjach. W 2015 roku na terenie centrów handlowych w Toruniu: Plaza, Atrium Copernicus oraz Kometa powstały kolejne stacje rowerowe, które powiększyły system TRM do 28 stacji, a w 2016 roku na terenie centrów handlowych Bielawy oraz Vis&Vis jeszcze dwie, które powiększyły system TRM do 30 stacji. W ramach trzech umów zawartych z Gminą Miasta Toruń Spółka WIM System do dnia 31 listopada 2017r. świadczyła usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski. W związku z nieterminowym uruchomieniem systemu w 2014 roku wynoszącym 17 dni, Gmina Miasta Toruń naliczyła Wykonawcy karę umowną w wysokości 92.517,14 zł. Wykonawca nie zakwestionował naliczonej kary, która została potrącona z należnego mu wynagrodzenia wynikającego z umowy nr 56/PWB/WSiT/2013. Ponadto w 2015 roku z tytułu opóźnienia w uruchomieniu systemu wynoszącego 21 dni, na podstawie umowy nr 14/PWB/WSiT/2015 naliczono karę w wysokości 47.775 zł, która została potrącona z należnego wynagrodzenia. Miasto Toruń wg. stanu na dzień 01.01.2018r. liczy 19.1679 mieszkańców zameldowanych na pobyt stały. Podpisał Zastępca Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F. - akta sprawy.

W następstwie przekazanego przez odwołującego, powyżej opisanego Wykazu z datą 02.02.2018 roku i dokumentu o nazwie Referencja z dnia 23 stycznia 2018 roku, zamawiający pismem z dnia 7 lutego 2018 roku DZP-2712.95.2017 wezwał ponownie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów tym razem na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp. Z treści pkt 1.2. pisma wezwania wynika. Po pierwsze co do wykazu („oświadczenie dotyczące zdolności technicznej i zawodowej”) zidentyfikowano następujące błędy: nie wynika czy przez 12 m-cy zarządzano systemem roweru publicznego co najmniej 300 rowerami, ponieważ „Z kolei

referencje z dnia 23.01.2018 r. wystawione przez zastępcę prezydenta miasta Torunia potwierdzają, iż system roweru publicznego był stopniowo rozbudowywany, aż w 2016 roku osiągnął liczbę 30 stacji – brak jednak informacji, co do wymaganej warunkiem udziału w postępowaniu liczby obsługiwanych rowerów przez okres co najmniej 12 miesięcy). Podpisał Dyrektor R. W. - akta sprawy.

Powyższe wezwanie oznacza, że zamawiający powziął wątpliwość w związku z dokumentem referencji z dnia 23 stycznia 2018 roku co do spełnienia wymogu świadczenia usługi co najmniej przez wymagane minimum 12 miesięcy w obsłudze co najmniej 300 rowerów.

Po drugie (pkt 2) wezwania odnosi się do samego dokumentu Referencje. Zamawiający cytuje treść pkt 7.2.1. SIWZ w myśl którego dowodami określającymi czy usługi zostały wykonane należycie „są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane. Zamawiający stwierdza, że z referencji nie wynika, że usługa została wykonana należycie. W referencjach znajduje się informacja o naliczonych i potrąconych z wynagrodzenia karach umownych z tytułu nieterminowego uruchomienia systemu. Zamawiający stwierdza, że naliczenie kar umownych zaprzecza należytemu wykonaniu umowy, ponieważ stanowi ze swej istoty odszkodowanie za nie wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedstawił zamawiającemu szczegółowo swoje stanowisko w piśmie z dnia 12.02.2018 roku wraz z załączonym poprawionym Wykazem z dnia 12.02.2018 roku zawierającym to samą usługę jednak opisując w niej etapy rozwoju usługi w ramach systemu TRM podając miejsca dodatkowych uruchomień, ilości stanowisk, ilości rowerów oraz daty uruchomień. Załączył również dodatkowe pisma w tym o nazwie zaświadczenie, protokół z 2014, pismo 2016 wystawiane przez Zastępcę Prezydenta Miasta Torunia, Wydział Transportu i Turystyki Urzędu Miasta w Toruniu.(akta sprawy). Z przedstawionych dokumentów w tym wykazu wynika, że od dnia 1 czerwca 2016 roku do końca działania systemu to jest do dnia 30 listopada 2017 obsługiwano 305 rowerów to jest przez okres 15 miesięcy.

Poniżej zawarto treść oświadczenia

„Wykonawca: Konsorcjum Arkus&Romet Group sp zo.o. 35-200 Dębica, Podgrodzie 32 C, oraz WIM System sp. z o.o. 35-103 Rzeszów, ul. Handlowa 3

reprezentowany przez: M. M. prezes WIM system Sp. z o. o pełnomocnik Arkus & Romet Group sp. z o.o. Oświadczenie -Wykonawcy

DOTYCZĄCE ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ LUB ZAWODOWEJ

składane na wezwanie Zamawiającego na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM), prowadzonego przez Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, poniżej przedstawiam wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

Lp. Nazwa i adres Zamawiającego Przedmiot usługi (usługa potwierdzająca spełnianie warunku, o którym mowa 5.1.21. SIWZ) Wartość brutto usługi Data wykonania/wykonywania

1. 2. 3. 4. 5.

1. Urząd Miasta Toruń Dostawa i zarządzanie systemem rowerów miejskich 2014-2017/25 stacji i 250 rowerów/ Dodatkowo stacje partnerskie:

Cen. Kometa — 20 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Copernicus—25 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Bielawy — 30 stanowisk i 20 rowerów Termin uruchomienia - maj 2016

Cen. Plaza - 25 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Vis&Vis — 15 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia - maj 2016

Cen. Plaza - 25 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Vis&Vis — 15 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia - maj 2016

2mln wartość brutto usługi.

od dnia 1 czerwca 2016 r. do końca działania systemu tj. do dnia 30 listopada 2017 r.

obsługiwaliśmy 305 rowerów co daje łącznie 15 miesięcy faktycznego funkcjonowania systemu (6 miesięcy w roku 2016: VI, VII, VIII, IX, X, XI oraz 9 miesięcy w roku 2017 (III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI) Rzeszów, dnia 12.02.2018. r,

Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższym oświadczeniu są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji. Rzeszów dnia 12.02.2018 r. M. M.”.

Z powyższego oświadczenia wynika, że odwołujący świadczył przez wymagany okres co najmniej 12 miesięcy usługę w ramach systemu publicznego roweru na wymaganych 300 rowerów w TRM.

W związku z zakwestionowaniem przez zamawiającego, iż usługa została zrealizowana należycie, z uwagi na naliczenie i zapłatę kar umownych w związku z wystawioną referencją w dniu 23 stycznia 2018 roku przez zamawiającego (Zastępca Prezydenta Miasta Torunia), odwołujący załączył pismo Dyrektora Wydziału Sportu i Turystyki Urzędu Miasta Torunia do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu. Bowiem według odwołującego mimo zapłaty kar umownych, nie kwestionowanych zresztą przez odwołującego, zamawiający należycie ocenił wykonanie usługi TRM przez odwołującego.

Poniżej przedstawia się treść pisma.

„Toruń, 28 stycznia 2016 r. WSiT.7013.3.2016.MPa do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu

W odpowiedzi na pismo z dnia 26 stycznia 2016 r., znak: ZTM,EZ.3310.31.2015, przedkładam wyjaśnienie dotyczące referencji z dnia 15 stycznia 2016 r. w zakresie:

1. należytego wykonywania dostaw i usług przez Romet Rental Systems Sp. z o. o. W ramach umów zawartych z Gminą Miasta Toruń Romet Rental Systems Sp. z o. o. świadczy usługi w zakresie uruchomienia oraz zarządzania i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (dalej zwanego: systemem TRM). Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia postępowania przetargowego nr 96/2013, na podstawie którego Wyłoniono Wykonawcę systemu TRM, w ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany był m.in. do dokonania montażu dostarczonych urządzeń stacji rowerowych i dostarczenia rowerów. W załączniku nr 1 określono również szczegółowe wymagania, co do stacji rowerowych, rowerów oraz pozostałych składowych całego systemu TRM. Łącznie Gmina Miasta Toruń bezpośrednio zleciła realizację, dwiętnastu stacji rowerowych (w 2014 r. trzynastu i w 2015 r. kolejnych sześciu) a z których szesnaście wyposażonych jest w 15 stojaków rowerowych i 10 rowerów, trzy stacje wyposażone w 25 stojaków i również 10 rowerów. W 2015 roku włączono do systemu również sześć stacji patronackich 15 stanowiskowych z 10 rowerami każda. W finansowanie powstania tych stacji zaangażowały się spółki miejskie (5 spółek) oraz jedna z prywatnych szkół wyższych. Łącznie od maja 2015 roku użytkownicy TRM mogli korzystać z 250 rowerów rozlokowanych na dwudziestu pięciu stacjach. Wykonawca dokonał montażu stacji i dostarczył rowery, co potwierdzone zostało protokołami odbioru. W związku z powyższym należy uznać, że zadanie zostało wykonane

należycie, przy czym informuję, iż Wykonawcy naliczono kary umowne z tytułu opóźnienia w uruchomieniu systemu w 2014 roku i 2015 roku.

2. Dostarczenia przez Romet Rental Systems Sp. z o. o. w okresie ostatnich 3 lat jednego systemu rowerów miejskich obejmującego co najmniej 20 stacji rowerowych i 200 rowerów. Początkowo (kwiecień 2014 r.) system składał się z 12 stacji i 120 rowerów, następnie powiększono go do 13 stacji i 130 rowerów. W maju 2015 r, w wyniku rozbudowy system osiągnął stan 25 stacji z 250 rowerami, a w okresie sierpień-październik 2015 r. powiększył się jeszcze o 3 komercyjne stacje zlokalizowane przy toruńskich centrach handlowych.
3. Świadczenia przez Romet Rental Systems Sp. z o. o. usługi zarządzania oraz kompleksowej eksploatacji dostarczonego systemu przez okres co najmniej 6 miesięcy od dnia osiągnięcia przez system liczby 20 stacji i 200 rowerów.

Od maja 2015 roku Romet Rental Systems SP, z o. o, świadczy usługi zarządzania oraz kompleksowej eksploatacji całym dostarczonym systemem TRM składającym się z 25 stacji rowerowych i 250 rowerów. Podpis p.o. Dyrektora Wydział Sportu i Turystyki P-i M. S.”.

W oświadczeniu tym zamawiający, po przedstawieniu przebiegu świadczenia usługi systemu publicznego roweru, stwierdza należyte jej wykonanie. Przy czym jednocześnie informuje o naliczeniu kar umownych, które potrącono z przysługującego odwołującemu wynagrodzenia. Izba na rozprawie ustaliła w sposób bezstronny w związku z potwierdzeniem tych okoliczności, że kary zostały potrącone z wynagrodzenia czego wykonawca nie kwestionował ponieważ dwukrotnie w 2014 roku i 2015 roku uruchomił system z opóźnieniem.

O tym, że mimo naliczenia i zapłaty kar umownych zamawiający potwierdza należyte wykonanie usługi systemu publicznego roweru ma także zaświadczyć kolejny dokument nienazwany w tytule ale w treści zawierający zwrot „potwierdzam, należyte wykonywanie zamówienia publicznego, realizowanego na rzecz Gminy Miasta Toruń”(pismo Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia z dnia 27stycznia 2016roku)

Treść pisma przedstawia się poniżej.

„Zastępca Prezydenta Miasta Torunia Toruń, 27 stycznia 2016r. WSiT.7013.2.2016.MPa do Romet Rental Systems Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów

W uzupełnieniu do referencji z dnia 15 stycznia 2016r. (znak sprawy: WSiT.7013.1.2016.MPa) potwierdzam, należyte wykonanie zamówienia publicznego, realizowanego na rzecz Gminy Miasta Toruń, którego przedmiotem było uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu Toruński Rower Miejski w części zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu. Ponadto wyjaśniam, że wszystkie stacje Toruńskiego Roweru

Miejskiego, zarówno zlecone przez Gminę Miasta Toruń jak i stacje patronackie, działają jako jeden spójny, zintegrowany system. Użytkownik może wypożyczyć rower na wybranej przez siebie jednej z 28 stacji i zwrócić go na dowolnej stacji. Zastępca Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F.” (akta sprawy).

Na potwierdzenie, iż odwołujący wykonał usługę w zakresie 300 rowerów a nie 250 rowerów jak to ustalił aktualnie prowadzący postępowanie w zakresie TRM zamawiający, którym jest Zarząd Transportu Miejskiego jednostka budżetowa Gminy Toruń, która wyłącza z systemu TRM stacje patronackie oraz na terenie galerii handlowych, odwołujący do odwołania załączył pisma Zaświadczenie z dnia 5 listopada 2015 roku znak: WSiT 7013 MPa Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia (stacje patronackie włączone do systemu TRM) oraz Referencje z 19 kwietnia 2017 r. znak: WSiT 7013.19.2017 MPa Urząd Miasta Torunia Wydział Sportu i Turystyki (stacje patronackie i na terenie centrów handlowych).

I tak w piśmie pn. Zaświadczenie Gmina Miasto Toruń potwierdza funkcjonowanie systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego w 2014 roku z jego rozwojem w 2015 roku przez włączenie stacji patronackich jako integralnej części TRM.

Poniżej przedstawia się pismo z dnia 5 listopada 2015 r.

„Zastępca Prezydenta Miasta Torunia Toruń dnia 5 listopada 2015 r. Znak WSiT.7013.132.MPa do

Romet Rental Systems Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów. Zaświadczenie

Gmina Miasta Toruń potwierdza, iż na terenie miasta Torunia działa system Toruńskiego Roweru Miejskiego, który rozpoczął funkcjonowanie w kwietniu 2014 roku, Gmina Miasta Toruń w ramach zawartych umów z Romet Rental Systems Sp. z o.o. (przed zmianą nazwy: WIM System Sp. z o.o.) zleciła realizację 19 stacji rowerowych, z których każda wyposażona jest w 15 stojaków rowerowych i 10 rowerów (za wyjątkiem która wyposażona jest w 25 stojaków). Trzyście stacji powstało w 2014 roku a kolejne sześć w 2015. W 2015 roku powstały również stacje patronackie, które włączone zostały do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego i stanowią jego integralną część. W ramach stacji patronackich jest sześć stacji 5 stanowiskowych z 10 rowerami każda, dwie stacje 20 stanowiskowe z 5 rowerami każda oraz jedna stacja 30 stanowiskowa z 20 rowerami. Podpisał Zastępca Prezydenta Miasta Torunia p. Z. F. .” (akta sprawy).

Kolejne pismo załączone do odwołania z dnia 19 kwietnia 2017 roku załączone do odwołania z użyciem nazwy Referencje potwierdzają uruchomienie, zarządzanie kompleksową eksploatacją systemu Toruński Rower Miejski z włączeniem stacji patronackich oraz na terenie galerii handlowych. Pismo nosi nazwę referencje, nie znajduje się w nim zwrot „należyte

wykonanie”, nie znajduje się informacja o karach umownych. Przy czym pismo jest kierowane do WIM System Sp. z o.o.

Poniżej przedstawia się pismo z dnia 19 kwietnia 2017r.

„Urząd Miasta Torunia Toruń, 19 kwietnia 2017r. Znak WSiT.7013.19.20J7.MPa do WIM System Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów

Referencje

Na terenie miasta Torunia działa system Toruńskiego Roweru Miejskiego (TRM), który rozpoczął funkcjonowanie w kwietniu 2014 roku. Gmina Miasta Toruń w ramach zawartych umów z WIM System Sp. z o.o. (przed zmianą nazwy: Romet Rental Systems Sp. z o.o., WiM System W. i M. Spółka Jawna) zleciła realizację 19 stacji rowerowych, z których każda wyposażona jest w 15 stojaków rowerowych i 10 rowerów (za wyjątkiem 3, które wyposażone są w 25 stojaków). Trzydzieści stacji powstało w 2014 roku a kolejne sześć w 2015. W 2015 roku powstało również 6 stacji patronackich 15 stanowiskowych z 10 rowerami każda, które włączone zostały do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego i stanowią jego integralną część. Łącznie od maja 2015 roku użytkownicy TRM mogli korzystać z 250 rowerów rozlokowanych w 25 stacjach. W ramach umów zawartych z Gminą Miasta Toruń WIM System Sp. z o.o. świadczy usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski. Miasto Toruń wg. stanu na 31.03.2017r. liczy 185.122 mieszkańców zameldowanych na pobyt stały i czasowy. Wydział Sportu i Turystyki
Podpis nieczytelny.” (akta sprawy).

Przy czym dowody przedłożone przez odwołującego są potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Prezes Zarządu P-ią M. M. .

Z kolei dokumenty przedstawione przez zamawiającego są potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Dyrektora P. R. W. .

Na rozprawie zamawiający złożył wniosek dowodowy pismo z dnia 26 marca 2018 roku obejmujący między innymi pisma odwołującego dotyczące wyrażenia zgody przez zamawiającego na włączenie nowych stacji rowerowych do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego i tak były to wnioski: pismo z dnia 12.05.2015 roku do Prezydenta P. M. Z. od WIM System Sp. z o.o. w Rzeszowie Prezes P-i M. M. o 26 stację patronacką na terenie Galerii Copernicus; pismo z dnia 20.08.2015 roku do Prezydenta P. M. Z. od WIM System Sp. z o.o. w Rzeszowie Prezes P-i M. M. o 27 stację patronacką na terenie Centrum Handlowego Galerii Kometa; pismo z dnia 18.09.2015 roku do Prezydenta P. M. Z. od Romet Rental Systems Sp. z o.o. w Rzeszowie Prezes P-i M. M. o 28 stację patronacką na terenie Centrum Handlowego Plaza; pismo z dnia 18.03.2016 roku do Prezydenta P. M. Z. od Romet Rental

Systems Sp. z o.o. w Rzeszowie Prezes P-i M. M. o 29 stację patronacką na terenie Centrum Handlowego Vis a Vis; pismo z dnia 18.09.2015 roku prośba Romet Rental Systems Sp. z o.o. w Rzeszowie Prezes P-i M. M. do Prezydenta P. M. Z. o wystawienie zaświadczenia, iż system TRM 24 obejmuje 28 stacji i 300 rowerów; pismo (email) prośba z 02.11.2015r. WIM System Sp. z o.o. w Rzeszowie P-i M. M. do P-i M. P. Kierownik Referatu Turystyki Wydział Sportu i Turystyki Urzędu Miasta Torunia o otrzymanie referencji.

Z powyższych pism wynika, iż sukcesywnie w latach realizacji zamówienia 2015 -2016 był rozbudowywany system rowerów TRM a w m-cu wrześniu 2015 wniosek odwołującego obejmował zaświadczenie na 28 stacji i 300 rowerów.

W konsekwencji składanych wniosków o przyłączenie do systemu zamawiający przedkłada Protokoły odbioru nowych stacji, które miały charakter warunkowy w związku z stwierdzonymi usterkami których usunięcie miało nastąpić w terminach wyznaczonych w protokołach odbioru stacji i tak załączono: Protokół Odbioru Zadania z 18 kwietnia 2014 roku z udziałem Komisji przedstawiciele Wydziału Sportu i Rekreacji (Decyzja końcowa zadanie pn. świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) dopuszczono warunkowo do użytkowania w dniu 18 kwietnia 2015 r. od godz.18.00); Protokół z dnia 4 listopada 2014 rok z ustaleń wynika, że nie wnosi się zastrzeżeń co do prawidłowości wykonania stacji rowerowych nr 13 jak i wykonania prawidłowości oznaczeń pozostałych 12 stacji. Protokół z udziałem przedstawiciele Wydziału Sportu i Rekreacji; Protokół Odbioru Zadania z 14 maja 2015 roku z udziałem Komisji przedstawiciele Wydziału Sportu i Rekreacji, Referatu Turystyki, Utrzymania Ulic i Ewidencji MZD dotyczy odbioru 6 stacji TRM. Decyzja końcowa: dopuszczono warunkowo do użytkowania w dniu 13 maja 2015 roku. Wyznaczono termin na usunięcie wad do 26.05.2015 roku.

W poczet dowodów załączono również decyzje Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F. o przyłączeniu stacji patronackiej na terenie Galerii Copernicus w Toruniu wraz z umową z dnia 15 kwietnia 2015 roku pomiędzy WIM System sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie a spółką Atrium Poland i Sp. z o.o. Copernicus spółka komandytowa w W-wie zasady współpracy w ramach bezobsługowej wypożyczalni rowerów działającej pod nazwą Toruński Rower Miejski; pismo z dnia 21.08.2015 r. do P-i M. M. - decyzja zezwalająca Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F. o przyłączeniu stacji patronackiej na terenie Centrum Handlowego Galerii Kometa wraz z umową z dnia 10.07.2015 roku pomiędzy WIM System sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie a Galerią Kometa Sp. z o.o. w Warszawie zasady współpracy w ramach bezobsługowej wypożyczalni rowerów działającej pod nazwą Toruński Rower Miejski; pismo z dnia 22.09.2015 roku Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia P. Z. R. o przyłączeniu stacji

patronackiej na terenie Centrum Handlowego Plaza wraz z umową z dnia 10.09.2015 roku pomiędzy WIM System sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie a Legnica Plaza spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zasady współpracy w ramach bezobsługowej wypożyczalni rowerów działającej pod nazwą Toruński Rower Miejski; pismo z dnia 22.03.2016 roku Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F. o przyłączeniu stacji patronackiej na terenie Centrum Handlowego Vis a Vis.

W każdym z wyżej wymienionych pism Prezydentów Miasta Torunia zezwalających na przyłączenie stacji do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego znajduje się informacja "stacja ta musi spełniać wymogi określone w umowie i SIWZ dla Toruńskiego Roweru Miejskiego. Ponadto na wszystkich stacjach TRM musi zostać zlokalizowana mapa stacji rowerowych oraz ich wykaz , a na stronie internetowej WWW.trm24pl należy dokonać zmian z uruchomieniem kolejnej stacji."

W załącznikach do wniosku dowodowego zamawiającego załączono również: zaświadczenie z dnia 5 listopada 2015 roku wystawione przez Zastępcę Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F. stanowiące informację o uruchomieniu TRM jak i rozwoju przez włączanie kolejnych stacji patronackich (pismo załączono również do odwołania).

Do wniosku dowodowego zamawiający załączył również ocenę funkcjonowania systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego w latach 2014-2016 sporządzony na zlecenie przez Panią K. C. Toruń czerwiec 2017 rok. Zamawiający powołując się na ten dokument przywołał akapit ze strony 17 dokumentu o następującej treści: „Analiza statystyk otrzymanych od Operatora wskazuje, że w ramach TRM mogło funkcjonować dużo mniej rowerów niż zakładała podpisana umowa. Według wszystkich podpisanych umów w Toruniu powinno być dostępnych dla mieszkańców 320 rowerów. W czerwcu 2016 odnotowano maksymalną liczbę unikalnych numerów przypisanych do każdego roweru. Ich liczba wynosiła 195 rowerów. Znaczy to, że pozostałe 125 rowerów nie wykonały ani jednej podróży w tym miesiącu. W listopadzie liczba unikalnych numerów wynosiła już 143 a więc ponad połowa rowerów nie wykonała żadnej podróży. Choć teoretycznie jest to możliwe, praktycznie wydaje się mało prawdopodobne."

Do wniosku dowodowego załączył zamawiający Gmina Miasta Toruń s.f. Miejski Zarząd Dróg w Toruniu również pismo poprzednika prowadzącego postępowanie systemu Toruński Rower Miejski to jest Referat Turystyki Wydziału Sportu i Turystyki Urzędu Miasta Torunia z dnia 14 marca 2018 roku WPiT.RT.7011.30.2018 MPa. Pismo to jest skierowane do Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu P. R. W. przez Kierownika Referatu Turystyki P-ą M. P. . W piśmie tym stwierdza między innymi, że w roku 2016 od kwietnia 2016 do 30.11.2016 roku w ramach TRM funkcjonowało 30 stacji z 300 rowerami a w 2017 roku system funkcjonował od 1 marca 2017 roku do 30 listopada z 30 stacjami z 300 rowerami.

W piśmie tym również Pani Kierownik wskazuje na okoliczność częstego występowania odwołującego o wydanie referencji oraz o problemach związanych z brakiem możliwości jednoznacznego potwierdzenia przez zamawiającego ile faktycznie było rowerów na stanie.

Zamawiający składając wniosek dowodowy powołał go na okoliczność nie wykazania przez odwołującego należytego wykonania usługi co najmniej 300 rowerów przez okres 12 miesięcy. Zamieścił cytowany powyżej fragment programu funkcjonalno - użytkowego opracowanego przez P-ią K. C. w czerwcu 2017 roku zawierający analizę funkcjonowania systemu TRM w latach 2014-2016 w oparciu o analizę statystyk przekazanych przez odwołującego, na okoliczność potwierdzenia, iż odwołujący nie udowodnił, iż zarządzał systemem TRM obejmującego co najmniej 300 rowerów i działającego nie mniej niż 12 miesięcy.

Z uzasadnienia wniosku dowodowego wynika, że według zamawiającego wiarygodne jest tylko 19 stacji czyli 190 rowerów, które uruchomił odwołujący. W pozostałym zakresie występują rozbieżności co do faktycznej ilości rowerów bo sam odwołujący raz wskazuje 305 a raz 310 rowerów w związku z uruchomieniem stacji patronackich finansowanych przez spółki komunalne jak i galerie handlowe. Zwraca się również uwagę, kolejne uruchomienia zawierały wykaz usterek co wskazuje na wadliwość przyłączanych kolejnych stacji do systemu TRM.

Odwołujący odnosząc się zwłaszcza do opracowania Toruński Rower Miejski za lata 2014-2016 wydany czerwiec 2017 roku stwierdził, że nie zna dokumentu i nie był jemu przedłożony przez zamawiającego aby mógł się odnieść do treści tam zawartych.

Z kolei odwołujący przedłożył w poczet dowodów na rozprawie umowę nr 56/PWB/WSiT/2013 z dnia 20 stycznia 2014 roku zawartą pomiędzy Gminą Miasta Toruń reprezentowaną przez M. Z. Prezydenta Miasta Torunia a WiM System W. i M. Spółka Jawna z siedzibą w Czarnej reprezentowana przez P-ią M. M. wykonawcą usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski z datą uruchomienia dnia 1 kwietnia 2014 roku i zakończeniem 30 listopada 2017 roku z sezonami od 1 kwietnia 2014 i kolejno od 1 marca do 30 listopada w poszczególnych latach 2014 -2017. W § 15 kary umowne ust.1 pkt 2 umowy Zamawiającemu przysługiwać będą od Wykonawcy kary umowne w następujących przypadkach : 2) za zwłokę w uruchomieniu systemu w terminie określonym w § 4 ust.1 umowy - w wysokości 0,5% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 12 ust.1 umowy na dany rok kalendarzowy.

Odwołujący przedłożył również pismo z dnia 1 lipca 2014 rok w którym Zastępca Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F. informuje o naliczeniu kar umownych za zwłokę odwołującemu oraz o wysokości kar z tytułu opóźnienia w uruchomieniu systemu o 17 dni w wysokości 92.517, 74 złotych.

Odwołujący przedłożył materiał ze strony internetowej Urzędu Miasta pn. Toruński Rower Miejski od 2018 r. Konsultacje społeczne w sprawie lokalizacji stacji roweru miejskiego; maj 2017 roku, przywołując informację ze strony 25 na której wskazano istnienie 30 stacji (Stacje, z których najczęściej korzystają użytkownicy TRM zlokalizowane są w centrum oraz okolicach miasteczka akademickiego. Wynik ten pokrywa się z danymi wypożyczeń z 2016 r.). Z kolei na str.37 materiału przywołał następującą informację "System Toruńskiego Roweru Miejskiego (TRM) , który działa od kwietnia 2014 roku, stanowi coraz bardziej istotny element transportu miejskiego. W momencie uruchomienia liczył 12 stacji rowerowych oraz 120 rowerów. W roku 2015 powiększył się do 28 stacji, a od 2016 roku miłośnicy dwóch kółek mają do dyspozycji ponad 300 rowerów w 30 stacjach rozlokowanych na terenie całego miasta.

Izba przeprowadziła dowód z pisma z dnia 13 lutego 2018 roku Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia skierowanego do WIM System Sp. z o.o. z którego wynika, że na prośbę wnioskodawcy skierowaną w dniu 08.02.2018 roku „o uzupełnienie referencji wydanych przez Gminę Miasta Toruń w dniu 23 stycznia 2018 roku, informuje, że wydany dokument jest ostatecznym potwierdzającym stan rzeczywisty świadczenia usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski przez WIM Sp. z o.o. w latach 2014-2017 na rzecz Gminy Miasta Toruń. Ponadto informuję, że jeżeli z tytułu realizacji umowy zostały naliczone firmie WIM System Sp. z o.o. (przed zmianą nazwy: Romet Rental Systems Sp. z o.o., WiM System W. i M. Spółka Jawna) jako Wykonawcy kary umowne świadczy to o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy. Powyższe nie stanowi wykładni dokonanej na użytek Gminy Miasta Toruń jako Zamawiającego, ale znajduje oparcie w normie prawa powszechnie obowiązującego – art.483 Kodeksu cywilnego. W tych okolicznościach Gmina Miasta Toruń nie może Państwu wystawić referencji potwierdzających należyte wykonywanie obowiązków wynikających z umów nr 56/PWB/WSiT/2013 oraz 14/PWB/WSiT/2015. podpis Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia P. Z. F. .)

Izba zważyła

Odwołujący wnosząc odwołanie zaskarżył czynność zamawiającego wykluczenia jego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w konsekwencji odrzucenia jego oferty i dokonania wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. W konsekwencji podniesionych zarzutów opartych o art.24 ust.1 pkt 12 i ust.4, art.89 ust.1 pkt 5 oraz art.91 ust.1 w związku z art.7 ust.1 i art. 26 ust.1 ustawy Pzp. odwołujący domagał się unieważnienia czynności badania i oceny ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz niewykluczenie i nieodrzućenie oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający czynność wykluczenia odwołującego z postępowania przetargowego oparł o stwierdzenie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego (pismo zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 roku zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informacja o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty – w aktach sprawy).

Warunek wiedzy i doświadczenia jaki mieli wykonawcy do wykazania sprowadzał się do wymogu doświadczenia co najmniej 1 usługi polegającej na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, działającego nie mniej niż 12 miesięcy (pkt 5.1.2.1. Rozdziału I SIWZ – powyżej cytowany w ustaleniach Izby). Na potwierdzenie tej okoliczności wykonawca miał złożyć oświadczenie w formie wykazu według załącznika Nr 1.3. do Rozdziału I SIWZ oraz dołączyć dowody określające czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty a nawet oświadczenie samego wykonawcy (pkt 7.2.1 rozdziału I SIWZ – powyżej cytowany w ustaleniach Izby).

Powyższe regulacje zamawiającego wymagają doświadczenia w dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów działającego nie mniej niż 12 miesięcy.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że w spornej sprawie odwołujący powołuje się na doświadczenie jakie zdobył u tego samego zamawiającego, który prowadzi niniejsze postępowanie to jest Gmina Miasto Toruń. Przy czym nazwa zamówienia na system roweru publicznego w latach 2014-2017, na które powołuje się odwołujący brzmiała: „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM)”. Również aktualne zamówienie nosi nazwę „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM)”.

Izba dokonując literalnego porównania nazwy świadczenia stwierdza, że wymóg doświadczenia obejmuje dostarczenie i zarządzanie systemem roweru publicznego a świadczenie usługi wykonywane przez odwołującego w 2014-2017 obejmuje uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksową eksploatację systemu Toruński Rower Miejski (TRM). Czyli w wymogu doświadczenia brak elementu uruchomienia i eksploatacji a znajduje się wymóg dostawy i zarządzania. Izba te różnice literalne kwituje następująco: zamawiający w zakresie doświadczenia wymaga należytego wykonania dostawy i zarządzania a nie wymaga należytego uruchomienia i eksploatacji systemu roweru publicznego. Pominąwszy te różnice w definiowaniu przedmiotu zamówienia a wymogu doświadczenia Izba traktuje je jako

równoważne z uwagi na brak stosownych definicji w SIWZ co do stosowanych pojęć (poprzednio przetarg na system roweru publicznego lata 2014-2017 prowadził Prezydent Gminy Miasto Toruń a aktualnie jego jednostka budżetowa Miejski Zarząd Dróg w Toruniu).

Przechodząc do meritum sporu Izba stwierdza, że dotyczy on następujących zagadnień: czy odwołujący wykonywał usługę dostawy i zarządzania systemem roweru publicznego przez co najmniej 12 miesięcy obejmującą co najmniej 300 rowerów oraz czy przedstawił dowody należytego wykonania zamówienia.

W ocenie zamawiającego to jest Gmina Miasta Toruń reprezentowana przez Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, odwołujący nie wykazał doświadczenia wymaganego w SIWZ, w związku ze świadczeniem usługi uruchomienia oraz zarządzania i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) w latach 2014-2017.

Izba na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedłożonych przez strony na rozprawie ustaliła i zważyła jak poniżej.

Co do świadczenia przez odwołującego usługi systemu roweru publicznego przez co najmniej 12 miesięcy obejmującego 300 rowerów.

Z szeregu przeprowadzonych dowodów z dokumentów przywoływanych zarówno przez zamawiającego jak i odwołującego a przedstawionych w części uzasadnienia wyroku obejmującego „ustalenia Izby” wynika, że zgodnie z zawartymi umowami z odwołującym system roweru miejskiego dla M. Torunia w latach 2016 -2017 obejmował co najmniej 300 rowerów. Powyższe wynika z obydwu opracowań na temat roweru miejskiego w Toruniu i tak Pani K. C. autor opracowania za okres 2014 -2016 pn. Toruński Rower Miejski czerwiec 2017 stwierdza, że „według wszystkich podpisanych umów w Toruniu powinno być dostępnych dla mieszkańców 320 rowerów”. Izba pomija domniemania Autorki opracowania jako nie udowodnione w rodzaju „Analiza statystyk otrzymanych od Operatora wskazuje, że w ramach TRM mogło funkcjonować dużo mniej rowerów niż zakładała podpisana umowa” (dowód zamawiającego – w ustaleniach Izby). Bowiem z drugiego opracowania ze strony internetowej Urzędu Miasta pn. Toruński Rower Miejski od 2018 r. Konsultacje społeczne w sprawie lokalizacji stacji roweru miejskiego; maj 2017 roku wynika, że Toruński Rower Miejski, który działa od kwietnia 2014 roku, stanowi coraz bardziej istotny element transportu miejskiego. W momencie uruchomienia liczył 12 stacji rowerowych oraz 120 rowerów. W roku 2015 powiększył się do 28 stacji, a od 2016 roku miłośnicy dwóch kółek mają do dyspozycji ponad 300 rowerów w 30 stacjach rozlokowanych na terenie całego miasta” (dowód odwołującego – w ustaleniach Izby).

Zresztą sam zamawiający przedkładając wniosek dowodowy pismo z dnia 26 marca 2018 roku załączył między innymi pismo poprzednika prowadzącego postępowanie systemu Toruński Rower Miejski to jest Referat Turystyki Wydziału Sportu i Turystyki Urzędu Miasta Torunia z dnia 14 marca 2018 roku WPiT.RT.7011.30.2018 MPa. Pismo to jest skierowane do Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu P. R. W. przez Kierownika Referatu Turystyki P-ą M. P. . W piśmie tym stwierdza między innymi, że w roku 2016 od kwietnia 2016 do 30.11.2016 roku w ramach TRM funkcjonowało 30 stacji z 300 rowerami a w 2017 roku system funkcjonował od 1 marca 2017 roku do 30 listopada z 30 stacjami z 300 rowerami. W piśmie tym również Pani Kierownik wskazuje na okoliczność częstego występowania odwołującego o wydanie referencji oraz o problemach związanych z brakiem możliwości jednoznacznego potwierdzenia przez zamawiającego ile faktycznie było rowerów na stanie.

Izba kwitując sporne zagadnienie co do spełnienia przez odwołującego wymogu doświadczenia usługi w systemie roweru publicznego co najmniej 300 rowerów przez co najmniej 12 miesięcy przywołuje zaświadczenia, referencje, pisma Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia jak poniżej.

Z brzmienia dokumentu wystawionego przez Zastępcę Prezydenta Miasta Torunia wynika, że w 2016 roku na terenie centrów handlowych Bielawy oraz Vis&Vis uruchomiono jeszcze dwie stacje rowerowe, które powiększyły system TRM do 30 stacji. W ramach trzech umów zawartych z Gminą Miasta Toruń Spółka WIM System do dnia 31 listopada 2017r. świadczyła usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski. W tym miejscu Izba przywołuje Dosłowne brzmienie fragmentu dokumentu Referencja Zastępcy Prezydenta M. Torunia z dnia 23 stycznia 2018 roku znak WPiT .7013.1.2018.MPa dla WIM System Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów „Na terenie miasta Torunia działa system Toruńskiego Roweru Miejskiego (TRM), który rozpoczął funkcjonowanie w kwietniu 2014 roku. Gmina Miasta Toruń w ramach zawartych umów z WIM System Sp. z o.o. (przed zmianą nazwy: Romet Rental Systems Sp. z o.o., WIM System W. i M. Spółka Jawna) zleciła realizację 19 stacji rowerowych, z których każda wyposażona jest w 15 stojaków rowerowych i 10 rowerów (za wyjątkiem 3, które wyposażone są w 25 stojaków). Trzyście stacji powstało w 2014 roku (umowy nr 56/PWB/WSiT/2013 i 42/PWB/WSiT/2014) a kolejne sześć w 2015 (umowa nr 14/PWB/WSiT/2015). W 2015 roku powstało również 6 stacji patronackich 15 stanowiskowych z 10 rowerami każda, które włączone zostały do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego i stanowią jego integralną część. Łącznie od maja 2015 roku użytkownicy TRM mogli korzystać z 250 rowerów rozlokowanych w 25 stacjach. W 2015 roku na terenie centrów handlowych w Toruniu: Plaza, Atrium Copernicus oraz Kometa powstały kolejne stacje rowerowe, które powiększyły system TRM do 28 stacji, a w 2016 roku na terenie centrów handlowych Bielawy oraz Vis&Vis jeszcze dwie, które powiększyły system

TRM do 30 stacji. W ramach trzech umów zawartych z Gminą Miasta Toruń Spółka WIM System do dnia 31 listopada 2017r. świadczyła usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski” (pismo w pełnym brzmieniu znajduje się powyżej w uzasadnieniu w jego części „ustalenia Izby”).

Podsumowując zagadnienie usługi systemu rowerowego co najmniej 300 rowerów i co najmniej przez 12 miesięcy Izba przywołuje uzupełniony wykaz usług przez odwołującego na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

„1.Urząd Miasta Toruń Dostawa i zarządzanie systemem rowerów miejskich 2014-2017/25 stacji i 250 rowerów/ Dodatkowo stacje partnerskie:

Cen. Kometa — 20 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Copernicus—25 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Bielawy — 30 stanowisk i 20 rowerów Termin uruchomienia - maj 2016

Cen. Plaza - 25 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Vis&Vis — 15 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia - maj 2016

Cen. Plaza - 25 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia -2015

Cen. Vis&Vis — 15 stanowisk i 10 rowerów Termin uruchomienia - maj 2016

2mln wartość brutto usługi.

od dnia 1 czerwca 2016 r. do końca działania systemu tj. do dnia 30 listopada 2017 r.

obsługiwaliśmy 305 rowerów co daje łącznie 15 miesięcy faktycznego funkcjonowania systemu (6 miesięcy w roku 2016: VI, VII, VIII, IX, X, XI oraz 9 miesięcy w roku 2017 (III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI) Rzeszów, dnia 12.02.2018. r,

Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższym oświadczeniu są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji. Rzeszów dnia 12.02.2018 r. Podpis Prezesa Zarządu M. M.” (treść dokumentu w aktach sprawy – przywołany w części uzasadnienia „Izba ustaliła”.

W tym miejscu Izba zamyka postępowanie dowodowe na podstawie przywołanych dokumentów i stwierdza, że odwołujący udowodnił w niniejszym postępowaniu, że przez co najmniej 12 miesięcy zarządzał systemem publicznego roweru obejmującego co najmniej 300 rowerów. Nie stanowi przeszkody do uznania systemu jako publicznego, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że w skład systemu wchodziły rowery patronackie inwestorów prywatnych.

Bowiem stacje były włączane do Toruńskiego Roweru Miejskiego (protokoły – wniosek dowodowy zamawiającego z 26 marca 2018 roku i powyższe oświadczenie Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia – „W 2015 roku powstało również 6 stacji patronackich 15 stanowiskowych z 10 rowerami każda, które włączone zostały do systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego i stanowią jego integralną część. Łącznie od maja 2015 roku użytkownicy TRM mogli korzystać z 250 rowerów rozlokowanych w 25 stacjach. W 2015 roku na terenie centrów handlowych w Toruniu: Plaza, Atrium Copernicus oraz Kometa powstały kolejne stacje rowerowe, które powiększyły system TRM do 28 stacji, a w 2016 roku na terenie centrów handlowych Bielawy oraz Vis&Vis jeszcze dwie, które powiększyły system TRM do 30 stacji. W ramach trzech umów zawartych z Gminą Miasto Toruń Spółka WIM System do dnia 31 listopada 2017r. świadczyła usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski”).

Reasumując o charakterze roweru publicznego, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie decyduje kto jest jego inwestorem tylko decyduje czy służy danej lokalnej społeczności w tym wypadku społeczności M. Torunia a co przesądza o jego publicznym charakterze przeciwnie do prywatnego charakteru czyli służącemu pojedynczym osobom a nie lokalnej społeczności.

Co do świadczenia usługi dostawy i zarządu systemu roweru publicznego Toruński Rower Miejski w sposób należyty

Zamawiający wyznaczył w SIWZ obowiązek udowodnienia przez wykonawcę należytego wykonania usługi, w ramach wymaganego doświadczenia zawodowego, przez przedstawienie referencji lub innych dokumentów wskazujących na należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący posłużył się poświadczeniami wykonania usługi na rzecz prowadzącego przedmiotowy przetarg i w związku z kwestionowaniem należytego wykonania usługi, odwołujący przedstawił zamawiającemu (Gmina Miasto Toruń) szereg dokumentów, które uzyskał od tegoż zamawiającego w latach świadczenia usługi to jest 2014-2017. W wystawionych odwołującemu dokumentach, poświadczających wykonanie usługi na rzecz Gminy Miasto Toruń, zamawiający posłużył się różnymi nazwami (tytułami pism) takimi jak referencja, zaświadczenie lub nie użył tytułu ale w niektórych przypadkach w treści pisma użył określenia referencja (dokumenty w aktach sprawy z przywołaniem ich treści w „ustaleniach Izby”). I tak zamawiający uczynił to w następujący sposób w kolejnych pismach. W piśmie Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia znak WPiT.7013.1.2018MPa z dnia 23 stycznia 2018 roku skierowanym do WIM System Sp. z o.o., którą to referencję odwołujący załączył do

Wykazu usług przekazanych zamawiającemu na wezwanie w trybie art.26 ust.1 ustawy Pzp., zamawiający użył tytułu „Referencje”. W dokumencie tym przedstawiono przebieg świadczenia usługi, w kontekście rozwoju usługi przez dołączanie w poszczególnych latach kolejnych stacji rowerowych, aż do osiągnięcia 30 stacji, działających w ramach jednego systemu jakim jest Toruński Rower Miejski (TRM). Przedstawiono również okoliczność dwukrotnego naliczenia kar, które nie zostały zakwestionowane przez odwołującego i zamawiający potrącił je z jego wynagrodzenia przysługującego odwołującemu. W dokumencie o nazwie „Referencja” nie użyto zwrotu na okoliczność oceny jakości świadczenia usługi ani zwrotu „należyte wykonanie usługi”, ani „nienależyte wykonanie usługi”. Przy czym zamawiający wskazał, że kary umowne odwołującemu naliczono z tytułu nieterminowego uruchomienia systemu w 2014 roku i w 2015 roku.

W dniu 27 stycznia 2016 roku WSiT.7013.2.2016 MPa zamawiający w piśmie do Romet Rental Systems Sp. z o.o. (odwołujący) stwierdza „W uzupełnieniu do referencji z dnia 15 stycznia 2016 r. (znak sprawy: WSiT.7013.1.2016. MPa) potwierdzam, należyte wykonywanie zamówienia publicznego, realizowanego na rzecz Gminy Miasta Toruń, którego przedmiotem było uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu Toruński Rower Miejski w części obejmującej zarządzanie i kompleksowa eksploatacje systemu(...). Pismo nawiązuje do wystawionego uprzednio dokumentu „referencji”, przy czym potwierdza należyte wykonanie w zakresie zarządzania i eksploatacji. Pozostawia się bez oceny element „uruchomienia”(Treść pisma zamieszczona jest powyżej w „ustalenia Izby” pismo Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia Toruń, 27 stycznia 2016r. WSiT.7013.2.2016.MPa do Romet Rental Systems Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów).

Z kolei w dniu 28 stycznia 2016 roku zamawiający w piśmie WSiT.7013.3. 2016MPa do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu w odpowiedzi na pismo z dnia 26 stycznia 2016 roku znak ZTM.EZ.3310.31.2015, przedłożył wyjaśnienie dotyczące referencji z dnia 15 stycznia 2016 r. w zakresie 1)należytego wykonania dostaw i usług przez Romet Rental Systems Sp. z o.o. gdzie stwierdza po przedstawieniu przebiegu uruchamiania kolejnych stacji rowerowych w latach 2014 i 2015 (...)”W związku z powyższym należy uznać, że zadanie zostało wykonane należycie, przy czym informuję, iż Wykonawcy naliczono kary umowne z tytułu opóźnienia w uruchomieniu systemu w latach 2014 roku i 2015 roku.” Dosłowna treść pisma z dnia 28 stycznia 2016 r. WSiT.7013.3.2016.MPa do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu Podpisana przez p.o. Dyrektora Wydział Sportu i Turystyki P-i M. S.” zamieszczona jest powyżej w uzasadnieniu „ustalenia Izby”.

Kolejnym pismem na które powołuje się odwołujący, wykazując należyte wykonanie usługi to pismo „Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia z dnia 5 listopada 2015 r. Znak

WSiT.7013.132.MPa do Romet Rental Systems Sp. z o.o. ul. Handlowa 3; 35-103 Rzeszów pn. Zaświadczenie, w którym znajduje się opis uruchomionych stacji bez nawiązania do kar umownych i bez oceny jakości wykonanej usługi (treść pisma znajduje się w „ustaleniach Izby”). Następnym pismem jest załączone do odwołania pismo z dnia 19 kwietnia 2017 roku załączone do odwołania z użyciem nazwy „Referencje”. Pismo to potwierdza uruchomienie, zarządzanie kompleksową eksploatacją systemu Toruński Rower Miejski z włączeniem stacji patronackich oraz na terenie galerii handlowych. Pismo nosi nazwę referencje, przy czym nie znajduje się w nim zwrot „należyte wykonanie” również nie znajduje się informacja o karach umownych. Pismo jest kierowane do WIM System Sp. z o.o. (treść pisma zawarta jest powyżej w „ustaleniach Izby”).

Dla jednoznacznego określenia stanu formalno prawnego sprawy należy podkreślić, że w aktach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia znajduje się dokument z dnia 23 stycznia 2018r. o nazwie „Referencje”, opisany już powyżej. Pozostałe dokumenty zostały przywołane w piśmie odwołującego do zamawiającego w dniu 12.02.2018 roku w związku z wezwaniem w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. oraz w odwołaniu i znajdują się w aktach Gminy Miasto Toruń w związku z realizacją zamówienia TRM w latach 2014-2017.

W aktach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy znajduje się pismo z dnia 13 lutego 2018 roku, wystawione przez Zastępcę Prezydenta Miasta Torunia skierowane do WIM System Sp. z o.o. , który zwrócił się o stanowisko w związku z wezwaniem w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 13 lutego 2018 roku Zastępca Prezydenta Miasta Torunia stwierdza, że „dokument z dnia 23 stycznia 2018 roku jest ostatecznym potwierdzającym stan rzeczywisty świadczenia usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski przez WIM Sp. z o.o. w latach 2014-2017 na rzecz Gminy Miasta Toruń. Czyli dokumentem ostatecznym w rozumieniu pisma z dnia 13 lutego 2013 roku jest pismo z dnia 23 stycznia 2018 roku nazwane przez wystawcę „Referencjami”. W związku z powyższym stwierdzeniem w sprzeczności pozostaje z kolei dalsza treść pisma z dnia 13 lutego 2018 roku o treści: „ Ponadto informuję, że jeżeli z tytułu realizacji umowy zostały naliczone firmie WIM System Sp. z o.o. (przed zmianą nazwy: Romet Rental Systems Sp. z o.o., WiM System W. i M. Spółka Jawna) jako Wykonawcy kary umowne świadczy to o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy”. Tym bardziej, że w kolejnym zdaniu pisma z dnia 13 lutego 2018 roku stwierdza się „ Powyższe nie stanowi wykładni dokonanej na użytek Gminy Miasta Toruń jako Zamawiającego, ale znajduje oparcie w normie prawa powszechnie obowiązującego – art.483 Kodeksu cywilnego” I znowu kolejne zaprzeczenie powyższego zdania ” W tych okolicznościach Gmina Miasta Toruń nie może Państwu wystawić

referencji potwierdzających należyte wykonywanie obowiązków wynikających z umów nr 56/PWB/WSiT/2013 oraz 14/PWB/WSiT/2015”.

Podsumowując zawartość tego pisma to kolejne zdania o treści: „dokument z dnia 23 stycznia 2018 roku jest ostatecznym potwierdzającym stan rzeczywisty świadczenia usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski przez WIM Sp. z o.o. w latach 2014-2017 na rzecz Gminy Miasta Toruń” oraz „Powyższe nie stanowi wykładni dokonanej na użytek Gminy Miasta Toruń jako Zamawiającego, ale znajduje oparcie w normie prawa powszechnie obowiązującego – art.483 Kodeksu cywilnego”, potwierdzają aktualność wystawionego dokumentu o nazwie „Referencje” w dniu 23 stycznia 2018 roku.

Niemniej stwierdzenia: „Ponadto informuję, że jeżeli z tytułu realizacji umowy zostały naliczone firmie WIM System Sp. z o.o. (przed zmianą nazwy: Romet Rental Systems Sp. z o.o., WiM System W. i M. Spółka Jawna) jako Wykonawcy kary umowne świadczy to o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy” oraz ”W tych okolicznościach Gmina Miasta Toruń nie może Państwu wystawić referencji potwierdzających należyte wykonywanie obowiązków wynikających z umów nr 56/PWB/WSiT/2013 oraz 14/PWB/WSiT/2015”, zaprzeczają wprost wystawionemu dnia 23 stycznia 2018 roku jak i poprzednie powyżej cytowane potwierdzenia wykonania zamówienia w tym należytego wykonania i to nawet przy naliczeniu kar z tytułu nieterminowego uruchomienia systemu TRM (pismo z dnia 28 stycznia 2016 roku do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu).

Izba oceniając zaistniały stan rzeczy po pierwsze stwierdza, że w myśl obowiązujących przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 27 lipca 2016 roku poz.1126) jego § 2 ust.4 pkt 2 jak i wyżej wymienionych postanowień SIWZ dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, któremu świadczone usługę. W tym przypadku należy odpowiedzieć na pytanie czy dokument o nazwie referencja powinien w swej treści zawierać słowo „należyte” czy też jego brak dyskwalifikuje dokument jako potwierdzający należyte wykonanie usługi. Z samego przepisu przywołanego §2 ust.4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów można wywieść, że referencja z samej nazwy potwierdza należyte wykonanie. Przy czym w pojęciu potocznym słowo „referencja” odczytuje się jako świadectwo, opinia o kimś kto szuka pracy (źródło Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem prof. Władysław Kopaliński wydawnictwo Rzeczpospolita 2007) . Z tej definicji wynika brak wprost zabarwienia pozytywnego z jakim może kojarzyć się referencja. Niemniej pojęcie referencji funkcjonujące w tzw. obiegu społecznym kojarzy się w znaczeniu

pozytywnym a nie negatywnym. Niemniej przenosząc to na grunt zamówień publicznych i przywołanego już powyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów referencję przywołuje się wprost jako dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy („oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot”). Jednak z dużą dozą staranności należy przyjmować dokument o nazwie Referencja potwierdzający wykonanie zamówienia, w którym nie ma wprost pozytywnej oceny świadczenia w tym przypadku świadczenia usługi. Przechodząc do przedmiotowej sprawy to w ocenie Izby odwołujący uzyskał referencje i to wielokrotnie, ponieważ wystawiono mu szereg dokumentów o takiej nazwie na przedmiotowe zadanie w toku jego realizacji stwierdzając wykonanie zamówienia. Przy czym nie zawsze wskazywano na naliczenie kar umownych za zwłokę w uruchomieniu systemu, brak ich kwestionowania i potrącanie ich z wynagrodzenia wykonawcy. O tym, że Referencja wystawiona w dacie 23 stycznia 2018 roku ma wymiar pozytywny świadczy pismo zamawiającego stwierdzające należyte wykonanie zadania w piśmie do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2016 roku. Bowiem w tym piśmie zamawiający mimo podkreślenia, że naliczono kary umowne w roku 2014 i 2015 z tytułu opóźnienia w uruchomieniu systemu stwierdza ” W związku z powyższym należy uznać, że zadanie zostało wykonane należycie, przy czym informuje , iż Wykonawcy naliczono kary umowne z tytułu opóźnienia w uruchomieniu systemu w 2014 roku i 2015 roku”. W ocenie Izby nie ma przeszkód ani formalnych ,ani prawnych aby zamawiający pomimo w tym przypadku zapłaconych kar umownych uzyskał od zamawiającego pozytywną ocenę. Tak też uczynił zamawiający w przedmiotowym przypadku. W związku z tym, że zmiana oceny wykonania usługi w piśmie z dnia 13 lutego 2018 roku w ocenie Izby ma charakter formalny („Powyższe nie stanowi wykładni dokonanej na użytek Gminy Miasta Toruń jako Zamawiającego, ale znajduje oparcie w normie prawa powszechnie obowiązującego - art. 483 Kodeksu cywilnego”) a nie merytoryczny nie ma to wpływu na pozytywną ocenę dokonaną w piśmie z dnia 28 stycznia 2016 roku do Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia odwołanie, stwierdzając naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, które mają wpływ na wynik postępowania w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego.

Przewodniczący:

