

WYROK
z dnia 4 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Nextbike GZM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BIKEU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 6 odwołania i nakazuje zamawiającemu Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii z siedzibą w Katowicach unieważnienie wyniku oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BIKEU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) oraz nakazuje zamawiającemu odrzucenie wniosku ww. wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BIKEU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2. zasądza od wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BIKEU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) na rzecz odwołującego Nextbike GZM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Górnośląsko- Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu Roweru Metropolitalnego na terenie Górnośląsko – Zagłębiowskiej Metropolii” (nr postępowania: ZP.270.7.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 105-276669. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 grudnia 2021 r. wykonawca Nextbike GZM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum BIKEU sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) (dalej jako „Przystępujący”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 128 ust. 1 w zw. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp złożył podmiotowe środki dowodowe nieaktualne na dzień ich złożenia;
3. art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez uznanie za dopuszczalne niewskazanie w oświadczeniu, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp usług, które będą wykonane przez wykonawcę wykazującego w postępowaniu spełnienie warunku udziału dotyczącego doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego zaniechania wykluczenia Przystępującego;
4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jeśli Izba uzna ponowne wezwanie za dopuszczalne (zarzut ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) lub pkt 2));

5. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści podmiotowych środków dowodowych;
6. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 1.5. pkt 4 ppkt 1 OPIW należało udowodnić należyte wykonanie wdrożenia i zarządzania minimum jednym systemem roweru publicznego obejmującym co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji (przy założeniu, że sumaryczna wielkość wszystkich systemów wyniesie co najmniej 3000 rowerów i 300 stacji). W taki też sposób Przystępujący próbował wykazać spełnienie tego warunku. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie 1500 rowerów i 150 stacji wskazał w poz. 1 Wykazu usług usługę, która nie została wykonana i nie potwierdza spełnienia warunku, o którym mowa w rozdz. 1.5. pkt 4 ppkt 1 OPIW, bowiem nie została ona zrealizowana w ponad 60% zobowiązania, jeśli chodzi o zarządzanie systemem. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią umowy na podstawie której usługa była świadczona, pierwotny okres jej obowiązywania wynosił od sierpnia 2016 r. do grudnia 2024 r. Jednakże wykonawca - konsorcjum, którego liderem była firma BikeU (tworząca Konsorcjum BikeU w tym postępowaniu) zaprzestała realizacji usługi w grudniu 2019 r., a więc 5 lat przed umownym terminem jej zakończenia. W wykazie usług należało wskazać usługi wykonane (a nie wykonane w części), a w przypadku usług powtarzających się lub ciągłych niezakończonych do dnia składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu usługi nadal wykonywane. Przystępujący wskazał w wykazie datę zakończenia jej świadczenia (grudzień 2019 r.), natomiast z JEDZ BIKEU sp. z o.o. wynika, że umowa została zakończona przed czasem z uwagi na jej wypowiedzenie przez BikeU sp. z o.o. Okoliczność tę potwierdzają także inne dokumenty znajdujące się w dokumentacji postępowania. Z kolei z Poświadczenia realizacji usług Zarządu Transportu Publicznego w Krakowie z dnia 21.04.2020 r. (dokument załączony do wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), wynika, że wykonawca zaprzestał świadczenia usług i ZTP w Krakowie z tego powodu, tj. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wypowiedział umowę. Brak jest zatem podstaw do wskazywania na potwierdzenie przedmiotowego warunku usługi, która nie została wykonana, jej świadczenia zaprzestano z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Również w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks

cywilny wykonawca nie wykonał usługi (m.in. art. 471 k.c.), bowiem nie zachował się zgodnie z treścią zobowiązania – nie świadczył usługi przez wymagany okres, nie zaspokoił zatem interesu wierzyciela (usługa miała być realizowana do końca 2024 r., a wykonawca w grudniu 2019 r. zaniechał jej wykonywania).

Odwołujący podkreślił, że gdyby Zamawiający ustanowił fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, to Przystępujący prawdopodobnie zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu (wykonawca zaprzestał realizacji Usługi z uwagi na „utrata dochodowości projektu”, w sytuacji, w której usługa dotyczyła umowy koncesji, której istotą jest przeniesienie ryzyka dostępności lub popytu na koncesjonariusza/wykonawcę). Ponadto nawet, gdyby uznać za dopuszczalne powoływanie się przez wykonawcę na usługę (czemu Odwołujący zaprzecza), to Przystępujący nie przedłożył dokumentu potwierdzającego należyte jej wykonanie, bowiem okoliczność ta nie wynika z poświadczenia ZTP w Krakowie z dnia 21.04.2020 r. Powyższe potwierdził również Zamawiający, który w piśmie z dnia 08.11.2021 r. wystosowanym do ZTP w Krakowie stwierdził, że „w poświadczeniu nie wskazano, czy w okresie trwania umowy i wykonywania usług były one wykonywane należycie.”. Analogiczne stwierdzenie znalazło się w piśmie wystosowanym przez Zamawiającego do Przystępującego z dn. 08.11.2021r. zawierającym wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Odwołujący zauważył, że Przystępujący co prawda przedłożył w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów: referencje z dnia 11.08.2017 r., z których wynika, że system składał się początkowo ze 100 rowerów i 15 stacji i na dzień wystawienia referencji obejmuje 154 stacje i 1509 rowerów; referencje z dnia 09.04.2018 r. z których wynika, że system obejmuje co najmniej 150 stacji i co najmniej 1500 rowerów, z których wynika, że prace/ usługi wykonywane były należycie, jednak nie mogą one zostać uznane jako dowód potwierdzania należytego wykonania usługi ze względów powyżej opisanych, a ponadto zostały one wystawione w trakcie jej realizacji, przed zaprzestaniem jej realizacji w grudniu 2019r. Odwołujący wskazał na § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „rozporządzenie”). Wskazał też, iż zgodnie z art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień złożenia, co znalazło swe odzwierciedlenie także w przepisie § 9 ust. 1 pkt 2 zdanie ostatnie rozporządzenia. Wymogu takiego nie ustanowiono w stosunku do usług, które zostały wykonane, bowiem oczywistym jest, że referencje w takim przypadku muszą obejmować cały okres realizacji usługi (być wystawione po jej wykonaniu) – zatem będą one aktualne przez cały czas (skoro usługi zostały wykonane, stan faktyczny będący podstawą do

wystawienia referencji nie ulegnie zmianie). Podsumowując – obowiązek przedłożenia referencji wystawionych po wykonaniu usług jest regułą, a wyjątkiem jest wystawienie referencji w trakcie realizacji usług (wyłącznie w zakresie świadczeń powtarzających lub ciągłych nadal wykonywanych). Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (w odwołaniu wskazano na wyrok z dnia 15.04.2016 r., KIO 489/16, z dnia 24.01.2017 r., KIO 2444/16, z dnia 13.01.2013, KIO 2934/12). Odwołujący wskazał ponadto, że z taką interpretacją przepisów zgodził się również Zamawiający, który w wezwaniu do Przystępującego z dnia 08.11.2021 r. w zakresie usługi wykonanej na rzecz ZDMiKP w Bydgoszczy wskazał: „Zamawiający wskazuje, że oba przedstawione podmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone w trakcie wykonywania usług, podczas gdy na dzień ich złożenia realizacja przedmiotowych projektów była już zakończona. Poświadczenia te nie mogą zatem być uznane za dowód, że usługi zostały wykonane należycie – nie obejmują bowiem całego zakresu i okresu realizacji umowy. Z tej przyczyny nie spełniają wymogów określonych we wspomnianych powyżej przepisach”. Nie jest zatem dla Odwołującego zrozumiałe dlaczego w odniesieniu jedynie do usługi Zamawiający uznał referencje wystawione przed dniem jej zakończenia, a analogicznych referencji nie uznał dla usługi wykonanej na rzecz ZDMiKP w Bydgoszczy.

Odwołujący podniósł, iż przeciwieństwem należytego wykonania usługi jest jej niewykonanie albo nienależyte wykonanie. Nie ma możliwości odmiennej interpretacji w kontekście przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia, a zatem możliwości wzięcia pod uwagę w trakcie oceny spełniania warunku wyłącznie części usługi należycie wykonanej. Taka interpretacja sprzeczna byłaby z celem ustanawiania warunków udziału w postępowaniu, jakim jest wybór wykonawcy dającego właściwą rękojmię realizacji usługi. Nie sposób uznać, że BikeU który zaprzestaje realizacji Usługi, z uwagi na fakt, że przestała ona być dla niego opłacalna jest wykonawcą, który taką rękojmię zapewnia. Kluczowym aspektem warunku dotyczącego zdolności technicznej jest zapewnienie wyboru wykonawcy świadczącego usługi na odpowiednim poziomie, natomiast Usługa od grudnia 2019 r., nie była świadczona na żadnym poziomie, bowiem nie była świadczona w ogóle. Przyjmując stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, za dopuszczalne należałoby uznać zwracanie się przez wykonawców do zamawiających/inwestorów o wystawienie referencji obejmujących wybrany przez nich czasookres lub zakres przedmiotowy (np. w celu ukrycia, że w terminie późniejszym lub wcześniejszym usługa była nienależyście realizowana) i przedkładanie takich referencji na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które musiałyby być uznawane przez zamawiających. Stanowisko Zamawiającego oznacza również nierówne traktowanie wykonawców (wykonawca, który zakończył świadczenie usług jest uprzywilejowany). Przykład: Wykonawca X i Y zawierają tego samego dnia umowy na

świadczenie usług na okres 3 lat. X i Y po roku od zawarcia umowy wystąpili o referencje. X bezpośrednio po uzyskaniu referencji zaprzestał świadczenia usług, gdyż uznał, że umowa przestała być dla niego opłacalna. Gdy po 2 latach obaj ubiegają się o udzielenie zamówienia X uprawniony jest do przedłożenia referencji wystawionych rok wcześniej, pomimo faktu, że umowy nie wykonał w całości (zakres usług wykonanych przez rok pozwala na uznanie spełnienia warunku), natomiast Y zobligowany jest do przedłożenia referencji wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (nie jest uprawniony do posługiwania się referencjami otrzymanymi po roku świadczenia usług). Takie podejście sprzeczne jest zarówno z zasadą równego traktowania wykonawców, jak i z zasadami logiki.

Zdaniem Odwołującego nie zasługuje również na uznanie stwierdzenie Przystępującego w piśmie z dnia 17.11.2021 r., że z przyczyn obiektywnych i niezależnych od Wykonawcy nie było możliwe przedłożenie referencji w terminie wyznaczonym w wezwaniu z dnia 08.11.2021 r. Konsorcjum BikeU powołało się na wiadomość elektroniczną przedstawiciela ZTP Kraków z dnia 16.11.2021 r. Ale przecież wykonawca uzyskał już wcześniej poświadczenie realizacji usługi od ZTP w Krakowie w dniu 21.04.2020 r., które nie potwierdzało należytej realizacji usługi, a wprost potwierdzało jej niewykonanie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zatem już wówczas Przystępujący, jeżeli nie zgadzał się z treścią ww. poświadczenia, to powinien wystąpić do ZTP W Krakowie o wystawienie nowych referencji. Mógł, a wręcz powinien wystąpić o to bezpośrednio po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu (02.06.2021r.). Choć oczywistym jest, że w świetle zaniechania realizacji usługi przez kolejne 5 lat Przystępujący nie mógł liczyć na poświadczenie należytej jej realizacji. W każdym razie wykonawca miał ponad 5 miesięcy na hipotetyczne uzyskanie właściwego dokumentu. Ponadto Odwołujący wskazał, że z wiadomości elektronicznej z dnia 16.11.2021 r. nie wynika, że dotyczy ona dokumentu poświadczającego należyte wykonanie usługi, lecz „uszczegółowienia informacji w zakresie świadczonej usługi”, co de facto ZTP uczynił w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 08.11.2021 r. Nie jest również wiadome kiedy Przystępujący zwrócił się do ZTP w Krakowie z przedmiotową prośbą (równie dobrze prośbę tę mógł skierować w dzień poprzedzający upływ terminu na uzupełnienie dokumentów, czyli w tym samym dniu, co termin odpowiedzi e-mailowej). Co więcej, z korespondencji tej wynika, że prośba o „uszczegółowienie” informacji była jedynie telefoniczna, co dziwi, ale też świadczy o braku dochowania należytej staranności. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów w dniu 08.11.2021r., zaś dopiero 16.11.2021r. (po 8 dniach) pojawia się dowód przejawu jakiegokolwiek woli Przystępującego pozyskania dokumentu (o treści bliżej niesprecyzowanej). Termin na złożenie dokumentów wyznaczony przez Zamawiającego upływał w dniu 17.11.2021r. i

Przystępujący, ani nie poprowadził dalej korespondencji z ZTP w Krakowie, aby ustalić w jakim terminie będzie możliwe „uszczegółowienie” informacji, ani nie poprosił Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie dokumentu. Zachował się zupełnie biernie. Zdaniem Odwołującego nie można wykluczyć, że Przystępujący właśnie w dniu 16.11.2021r. poprosił przedstawiciela ZTP Kraków o „uszczegółowienie” informacji w tym samym dniu (choć wezwanie otrzymało 8 dni wcześniej). Oczywiście nie sposób zakładać, aby ktokolwiek zadośćuczynił takiej prośbie tego samego dnia. Opisana sytuacja na pewno nie świadczy o dochowaniu należytej staranności przez Przystępującego i rzeczywistej niemożności pozyskania dokumentu w terminie. Odwołujący podniósł, iż niezależnie od faktu, że złożone wcześniej dokumenty same w sobie potwierdzają niewykonanie usługi przez BikeU, co wyklucza możliwość pozyskania dokumentu potwierdzającego należyłą realizację Usługi, to pozyskanie referencji od ZTP Kraków powodowałoby, że podmiot ten musiałby zaprzeczyć swoim własnym, wcześniejszym oświadczeniom. Tymczasem podmiot ten konsekwentnie, także w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, wskazuje na rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w skład którego wchodził BikeU jako lider konsorcjum. W odpowiedzi na wniosek Zamawiającego z dnia 08.11.2021 r. o „udzielenie informacji w zakresie tego czy w okresie wskazanym przez Wykonawcę, tj. od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. Koncesjonariusz należycie świadczył usługi” ZTP w Krakowie poinformował jedynie o treści referencji z dnia 09.04.2018 r. oraz 11.08.2017 r. podkreślając, że były one aktualne w dniu ich wydania („Pisma te potwierdzają, iż na dzień ich wydania usługa była świadczona należycie”) oraz ponownie wskazał, że umowa koncesji na usługi została wypowiedziana z uwagi na przyczyny leżące po stronie Koncesjonariusza, potwierdził zatem niewykonanie usługi i nie potwierdził należytego jej wykonania w okresie wnioskowanym przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego nie może być również uznana za potwierdzenie należytego wykonania usługi czynność techniczna zwrotu oryginału gwarancji. Co więcej, z pisma z dnia 13.01.2021 r. nie wynika jaki jest powód zwrotu gwarancji. Nie jest również wiadome czy ZTP w Krakowie przed zwrotem przedmiotowego dokumentu nie skorzystał z gwarancji, jak również czy przedmiotowa gwarancja była jedyną formą zabezpieczenia (nie jest wiadome w jakiej wysokości było ustanowione zabezpieczenie umowy). Ponadto zwrot gwarancji nie uniemożliwia dochodzenia przez ZTP w Krakowie kar umownych lub odszkodowania. W każdym razie sam fakt zwrotu gwarancji nie wyklucza niewykonania umowy, ani go nie sanuje. Zatem z uwagi na brak przedłożenia przez wykonawcę dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, a wręcz przedłożenie dowodów potwierdzających jej niewykonanie zgodnie z umową, a co a tym idzie brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie należytego wykonania wdrożenia i zarządzania minimum

jednym systemem obejmującym co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji, wniosek wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winien zostać odrzucony na podstawie przepisu art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto złożone referencje z dnia 11.08.2017 r. oraz z dnia 09.04.2018 r. nie są dokumentami aktualnymi na dzień ich złożenia, co jest wymagane w świetle art. 128 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w zakresie poz. 3 wykazu usług Przystępujący nie uzupełnił prawidłowo dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie usługi realizowanej dla Gminy Miasta Toruń. Nie jest wiadome, czy referencje z dnia 26.10.2021 r. dotyczą faktycznie usługi wskazanej w poz. 3 wykazu usług z uwagi na następujące okoliczności (nie zgadza się zarówno nazwa systemu, liczba stacji jak również data rozpoczęcia realizacji usługi): nazwa systemu wynikająca z wykazu – Toruński Rower Miejski (TRM); nazwa systemu wynikająca z referencji – TORVELO; liczba stacji wynikająca z wykazu – 40, liczba stacji wynikająca z referencji 47; data rozpoczęcia usługi wynikająca z wykazu – 17.05.2019 r. data rozpoczęcia usługi wynikająca z referencji: 31.07.2019 r. Ponadto wątpliwości Odwołującego budzi faktyczna realizacja usługi dla UM w Bielsku Białej w pełnym zakresie potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem zakres świadczenia wskazany w poz. 4 pkt 2 wykazu usług jest w rzeczywistości zakresem świadczenia Homeport Polska sp. z o.o., a nie BikeU sp. z o.o., z uwagi na fakt, z referencji z dnia 04.11.2021 r. wystawionych przez Homeport Polska sp. z o.o. wynika, że: usługi są świadczone przez BikeU sp. z o.o. od 01.04.2019 r., a nie jak wskazał Wykonawca w wykazie od 29.10.2018 r.; BikeU sp. z o.o. nie odpowiadał za wdrożenie w zakresie rowerów i stacji, zatem nie wykonał wdrożenia w pełnym zakresie i to w nie wykonał go w zakresie istotnych elementów systemu rowerowego. Z kolei usługa wskazana w poz. 5 wykazu usług nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie obejmuje pełnego sezonu (minimum 7 miesięcy). Z referencji z dnia 10.11.2021 r. wynika, że usługa była świadczona od 27.04.2019 r. do 01.11.2019 r. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący być może wprowadził Zamawiającego celowo w błąd, bowiem wskazał w wykazie, że świadczenie usługi zostało rozpoczęte w dniu 11.02.2019 r. (wówczas warunek udziału byłby spełniony). Zamawiający winien zatem wezwać Przystępującego do wyjaśnień w zakresie poz 3, 4 i 5 wykazu usług, której to czynności zaniechał. Odwołujący podkreślił, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawierał nieprawidłowości w przypadku każdej pozycji wykazu usług, a wezwanie Zamawiającego z dnia 08.11.2021 r. zostało prawidłowo wykonane wyłącznie w zakresie pozycji 2 wykazu usług.

Ponadto zdaniem Odwołującego Przystępujący nie uzupełnił prawidłowo oświadczenia, o którym mowa w przepisie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, tj. oświadczenia, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni członkowie konsorcjum. Z pierwotnego oświadczenia

wynikało, że to Freebike s.r.o. będzie podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie systemu (zapewnienie stacji, rowerów, systemu informatycznego, integracja systemu, integracja systemu RM z systemem ŚKUP), pomimo faktu, że w wykazie usług uwzględnione zostały wyłącznie usługi realizowane przez BikeU sp. z o.o. (zatem wyłącznie ten członek konsorcjum miał spełnić warunek udziału w zakresie doświadczenia). Z uwagi na powyższe Zamawiający w wezwaniu z dnia 08.11.2021 r. wskazał, że zachodzi rozbieżność między tym, co stanowi zakres zadań poszczególnych członków konsorcjum, a ich doświadczeniem wskazanym w wykazie usług (z wykazu wynika, że doświadczeniem, w zakresie jaki według treści oświadczenia miałyby być wykonywany przez Freebike s.r.o. dysponuje BikeU sp. z o.o.). Przystępujący na wezwanie Zamawiającego przedłożył oświadczenie, w którym jedyną zmianą było dopisanie, że usługi wdrożenia, o których mowa powyżej będą realizowane wspólnie przez Freebike s.r.o. i BikeU sp. z o.o. Z uzupełnionego oświadczenia nadal wbrew wymogowi art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie wynika, że członek konsorcjum, który wykazuje doświadczenie w zakresie wdrożenia będzie wykonywał wszystkie czynności do których zdolności te są wymagane (nie ma przy tym znaczenia załączenie dodatkowych dokumentów dotyczących doświadczenia Freebike s.r.o., bowiem to w oparciu o doświadczenie BikeU sp. z o.o. oceniane jest spełnienie warunków udziału w Postępowaniu dotyczące doświadczenia). Sformułowanie oświadczenia o podziale zadań w sposób wskazany powyżej jest zaprzeczeniem podstawowej funkcji/roli oświadczenia, jaką jest zapewnienie wyznaczenia do zrealizowania danej części zamówienia podmiotu, który wykazał doświadczenie wiążące się z tą częścią zamówienia. Zatem dokument, w którym wykonawcy oświadczają, że usługi w ramach zamówienia wykonają wspólnie nie spełnia wymogów, o których mowa art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na stanowisko UZP w zakresie interpretacji ww. przepisów. Podniósł, iż z uzupełnionego oświadczenia na wynika jaką rolę w świadczeniu usługi wdrożenia pełnić będzie BikeU sp. z o.o., bowiem sformułowanie „wspólnie (w kooperacji)” może oznaczać, że rola BikeU sp. z o.o. będzie marginalna, a nie wiodąca, jak również, że wyłącznie jedna czynność z zakresu wdrożenia będzie wykonana przez BikeU sp. z o.o., a pozostałe czynności będą realizowane przez Freebike s.r.o. Na podstawie tak skonstruowanego oświadczenia o podziale zadań nie jest możliwe ustalenie który konkretnie członek konsorcjum zapewni: stację, rowery, system informatyczny, integrację systemu oraz integrację systemu RM z systemem ŚKUP. Analiza złożonych oświadczeń o podziale zadań prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie chciał dokonać konkretnego podziału zadań. Dokument ten nie zawiera de facto podziału skoro do realizacji zadań wskazano dwa podmioty, bez określenia poziomu zaangażowania każdego z nich w poszczególne prace. Zatem przedmiotowe oświadczenie nie zawiera w rzeczywistości wskazania, które usługi w

zakresie wdrożenia systemu wykonają poszczególni członkowie konsorcjum, co sprzeczne jest zarówno z przepisem art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp jak i wzorem oświadczenia, stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględni zarzuty odwołania nr 1, 2 i 6 oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

W dniu 30 grudnia 2021 r. pismo procesowe w sprawie złoży także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto na posiedzeniu w dniu 30 grudnia 2021 r. Przystępujący oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania nr 1, 2 i 6.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych w art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BIKEU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania zawartego w zgłoszeniu przystąpienia uzasadnianego brakiem interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania i sprzecznością tego interesu z przepisami ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż interes we wniesieniu odwołania jest przesłanką materialnoprawną, której oceny Izba dokonuje po przeprowadzeniu rozprawy i której niespełnienie skutkować może oddaleniem odwołania, a nie jego odrzuceniem.

Pozostając w temacie interesu we wniesieniu odwołania Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zostały przez Odwołującego spełnione. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący

jako podmiot, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, zainteresowany udziałem w dialogu, a następnie złożeniem oferty, niewątpliwie ma interes w udzieleniu mu zamówienia, będącego przedmiotem postępowania. Zamawiający ocenił wniosek Odwołującego jako złożony skutecznie i niepodlegający odrzuceniu oraz poinformował Odwołującego, że zaprosi go do udziału w dialogu konkurencyjnym. Ponadto w ocenie Izby Odwołujący na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego polegającego na niezasadnym dopuszczeniu do udziału w dialogu innego wykonawcy może ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia, jeżeli Zamawiający udzieli go wykonawcy, który weźmie udział w dialogu konkurencyjnym, a następnie złoży ofertę najkorzystniejszej, mimo, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez tego wykonawcę powinien zostać odrzucony na etapie oceny wniosków.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności opis potrzeb i wymagań („OPiW”) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego wraz z wnioskiem, korespondencję prowadzoną między Zamawiającym a Przystępującym w zakresie uzupełnienia wykazu usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz uzupełnienia oświadczenia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum, korespondencję Zamawiającego z ZTP w Krakowie, informację o ocenie wniosków. Podstawą ustaleń faktycznych były także dopuszczone i przeprowadzone w postępowaniu odwoławczym dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie w postaci korespondencji prowadzonej przez konsorcjum BikeU i Provent Services z ZTP w Krakowie (pisma z dnia 25.10.2019 r., 31.10.2019 r., 8.11.2019 r., 24.12.2019 r., 3.01.2020 r., 8.01.2020 r., 13.01.2020 r., 3.02.2020 r.) oraz protokołu komisji negocjacyjnej ZIKiT w Krakowie do realizacji zadania pt. „Koncesja na rozwój i utrzymanie systemu roweru miejskiego” z dnia 25.04.2016 r., które Izba uznała za wiarygodne.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 1.3 OPiW przedmiotem zamówienia jest usługa uruchomienia, zarządzania i eksploatacji systemu Roweru Metropolitalnego (RM) na terenie Górnośląsko - Zagłębiowskiej Metropolii (GZM). W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zapewni rowery dla systemu RM; zapewni stacje dla systemu RM; zapewni system informatyczny do obsługi systemu RM w zakresie bieżącej obsługi, jak i raportowania; wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty strony internetowej oraz aplikacji na urządzenia mobilne; przeszkoli wskazanych pracowników Zamawiającego w zakresie kontroli i pozyskiwania danych z systemu informatycznego; wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty

dokumentów określających prawa i obowiązki Klientów systemu RM, w szczególności regulamin korzystania z systemu RM, w tym system kar i zachęt dla użytkowników w zakresie pozostawiania rowerów w wyznaczonych miejscach, a także niezbędne dokumenty w zakresie polityki ochrony danych osobowych; opracuje i przedłoży do konsultacji z Zamawiającym system i zakres raportowania na temat działania systemu RM; opracuje i uzgodni z Zamawiającym plan działań promocyjnych i marketingowych dla systemu RM; będzie prowadził promocję systemu RM zgodnie z ustaleniami z Zamawiającym; przeprowadzi konsultacje z Zamawiającym w zakresie lokalizacji stacji (do decyzji kto będzie odpowiedzialny za uzgodnienia z gminami i projekty stacji: Wykonawca czy Zamawiający); wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty stacji (do decyzji kto będzie odpowiedzialny za uzgodnienia z gminami i projekty stacji: Wykonawca czy Zamawiający); dokona montażu stacji rowerowych w gminach GZM; dokona rozruchu testowego systemu RM; uruchomi i będzie eksploatował system RM, w tym uruchomi i będzie utrzymywał w całym okresie trwania umowy Centrum kontaktu dla użytkowników systemu RM oraz punkty serwisowania rowerów oraz opcjonalnie zorganizuje i będzie prowadził system udostępniania rowerów w trybie najmu długoterminowego; dokona integracji systemu RM z systemem ŚKUP na zasadach określonych w OPZ. Szacunkowa łączna liczba rowerów w systemie wynosi 8 000 sztuk Szacunkowa łączna liczba stacji w ramach systemu RM wynosi 900. Szczegółowy opis potrzeb i wymagań Zamawiającego w stosunku do usług stanowiących przedmiot zamówienia przedstawiono w rozdziale 2 niniejszego OPW. Ostateczne wymagania, w tym również ostateczna liczba rowerów nowych oraz rowerów w ramach istniejącej floty, zostaną ustalone w trakcie dialogu konkurencyjnego i będą określone w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), na etapie zaproszenia do składania ofert.

W pkt 1.5.4.1) OPiW Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych. Wskazał, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia: a) wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) co najmniej dwoma systemami roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i co najmniej 150 stacji każdy; lub b) wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemami roweru publicznego o sumarycznej wielkości co najmniej 3000 rowerów i 300 stacji, w tym co najmniej jednym systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji. Zamawiający wskazał, iż przez jeden sezon całoroczny należy rozumieć co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy nieprzerwanego funkcjonowania systemu zaś w przypadku innych systemów sezonowych

minimum 7 miesięcy. Zamawiający nie wymaga aby sezony wskazane jako potwierdzenie spełnienia warunku następowały bezpośrednio po sobie.

Zgodnie z pkt 1.8.OPiW wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należało złożyć m.in. JEDZ oraz wykaz usług (załącznik nr 7 do OPiW). Zamawiający wskazał, iż do wykazu wykonawca zobowiązany jest załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Ponadto Zamawiający wskazał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobligowani są do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp., tj. oświadczenia, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy - Załącznik nr 9 do OPiW.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyły trzy podmioty: Przystępujący, Odwołujący oraz wykonawca CityBike Global S.A.

Przystępujący w złożonym dla BikeU Sp. z o.o. JEDZ w części III lit. C w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” odpowiedział „Tak”, wskazując, iż „z przyczyn niezależnych od wykonawcy, jak również zamawiającego na terenie Gminy Miasta Kraków umowa została zakończona przed przewidzianym czasem na jaki została zawarta. Wykonawca finansował projekt z własnych środków a udział Zamawiającego miał symboliczny charakter w postaci 1 PLN za rower miesięcznie. Wraz z wejściem na rynek niezależnych operatorów hulajnóg Wykonawca utracił dochodowość prowadzonego projektu. Wykonawca zwrócił się na podstawie umowy koncesji o zwiększenie udziału kapitałowego do Gminy Miasta Kraków. Brak możliwości zawarcia porozumienia zakończył się ostatecznie wypowiedzeniem umowy koncesji oraz przygotowaniem do organizacji postępowania z wymaganymi dopłatami ze strony Gminy Miasta Kraków.” Ponadto BikeU Sp. z o.o. zaznaczył odpowiedź „Tak” na pytanie „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania rzetelności?”, wskazując, iż „Przekazano Gminie Miastu Kraków totemy rowerowe na preferencyjnych warunkach, tak aby Zamawiający mógł zrealizować kolejne postępowanie przetargowe istotnie taniej.”

Przystępujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył wykaz usług, w którym wskazał następujące usługi:

- 1) Podmiot, na rzecz którego wykonane zostało zamówienie: Gmina Miejska Kraków, Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie; przedmiot zamówienia: Usługa wdrożenia i uruchomienia wypożyczalni rowerów pod nazwą Krakowski Rower Miejski na terenie Gminy Miejskiej Kraków, a także usługa zarządzania i utrzymania systemu przez cały okres obowiązywania umowy; Ilość rowerów 1550 (1500 + 50 na stacjach sponsorskich); ilość stacji: 155 (150 + 5 stacji sponsorskich); data rozpoczęcia świadczenia usługi: kwiecień 2017; data zakończenia świadczenia usługi: grudzień 2019;
- 2) Podmiot, na rzecz którego wykonane zostało zamówienie: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy; przedmiot zamówienia: 1) „Bydgoski Rower Aglomeracyjny” 2015-2017, 2) „Bydgoski Rower Aglomeracyjny” 2018-2020; Ilość rowerów: 1) 395, 2) 560+50 zapasowych, Ilość stacji: 1) 37, 2) 56, data rozpoczęcia świadczenia usługi: 1) 1.03.2015, 2) 1.03.2018, data zakończenia świadczenia usługi: 1) 30.11.2017, 2) 30.11.2020;
- 3) Podmiot, na rzecz którego wykonane zostało zamówienie: Gmina Miasta Toruń- Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, przedmiot zamówienia: Uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu Toruński Rower Miejski (TRM), Ilość rowerów: 420 (400+20 zapas), ilość stacji: 40, data rozpoczęcia świadczenia usługi: 17.05.2019, data zakończenia świadczenia usługi: 23.12.2022;
- 4) Podmiot, na rzecz którego wykonane zostało zamówienie: Urząd Miejski w Bielsku-Białej, przedmiot zamówienia: 1) Zorganizowanie, uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerowych BBbike, 2) Zorganizowanie, uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerowych BBbike, ilość rowerów: 1) 130, 2) 202, ilość stacji: 1) 12, 2) 24, data rozpoczęcia świadczenia usługi: 1) 1.10.2014, 2) 29.10.2018, data zakończenia świadczenia usługi: 1) 31.10.2017, 2) 31.10.2022;
- 5) Podmiot, na rzecz którego wykonane zostało zamówienie: Miasto Łomża, przedmiot zamówienia: Wdrożenie i obsługa systemu odpłatnej samoobsługowej wypożyczalni rowerów miejskich na terenie miasta Łomża, ilość rowerów 95, ilość stacji: 15, data rozpoczęcia świadczenia usługi: 11.02.2019, data zakończenia świadczenia usługi: 1.11.2019.

Przystępujący załączył także poświadczenie realizacji usługi z dnia 21 kwietnia 2020 r. wystawione przez Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie, w którym wskazano: „Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie niniejszym zaświadcza, iż Konsorcjum BikeU sp. z o.o., ul. Królewska 18, 00-103 Warszawa i Provent Services sp. z o.o. w Warszawie w okresie od

października 2016 r. do grudnia 2019 r. świadczyło usługę zarządzania i utrzymania systemu Krakowskiego Roweru Miejskiego na podstawie umowy koncesji na usługi nr 867/ZIKIT/2016 z 14 lipca 2016r. pn. Prowadzenie na terenie Gminy Miejskiej Kraków wypożyczalni rowerów M. Rower Miejski. Wielkość systemu określona w umowie to: 1) od października 2016 do lutego 2017 - min. 100 rowerów, 2) marzec 2017 - min. 300 rowerów, 3) od kwietnia 2017 do końca obowiązywania umowy - min. 1500 szt. (od marca do listopada) oraz min. 500 szt. (od grudnia do lutego). Jednocześnie w związku z zaprzestaniem przez Koncesjonariusza świadczenia usług stanowiących przedmiot koncesji, z przyczyn leżących po stronie Koncesjonariusza, Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie w dniu 3 lutego 2020 r. wypowiedział ww. umowę koncesji na usługi z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Okres wypowiedzenia upływa w dniu 31 maja 2020 r. Podstawą wypowiedzenia jest zaprzestanie prowadzenia usług przez Koncesjonariusza, zgodnie z umową koncesji na usługi nr 867/ZIKIT/2016 z dnia 14 lipca 2016 r., pomimo pisemnego wezwania do ich wznowienia (znak pisma nr TA.4231.2.2019(2) z 3 stycznia 2020 r.).”

Ponadto Przystępujący złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, wskazując, iż wykonawca BikeU Sp z o.o. zrealizuje następujące usługi: 1. wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty strony internetowej oraz aplikacji na urządzenia mobilne; 2. przeszkoli wskazanych pracowników Zamawiającego w zakresie kontroli i pozyskiwania danych z systemu informatycznego; 3. wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty dokumentów określających prawa i obowiązki Klientów systemu RM, w szczególności regulamin korzystania z systemu RM, w tym system kar i zachęt dla użytkowników w zakresie pozostawiania rowerów w wyznaczonych miejscach, a także niezbędne dokumenty w zakresie polityki ochrony danych osobowych; 4. opracuje i przedłoży do konsultacji z Zamawiającym system i zakres raportowania na temat działania systemu RM; 5. opracuje i uzgodni z Zamawiającym plan działań promocyjnych i marketingowych dla systemu RM; 6. będzie prowadził promocję systemu RM zgodnie z ustaleniami z Zamawiającym; 7. przeprowadzi konsultacje z Zamawiającym w zakresie lokalizacji stacji (do decyzji kto będzie odpowiedzialny za uzgodnienia z gminami i projekty stacji: Wykonawca czy Zamawiający); 8. wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty stacji (do decyzji kto będzie odpowiedzialny za uzgodnienia z gminami i projekty stacji: Wykonawca czy Zamawiający); 9. dokona montażu stacji rowerowych w gminach GZM; 10. dokona rozruchu testowego systemu RM; 11. uruchomi i będzie eksploatował system RM, w tym uruchomi i będzie utrzymywał w całym okresie trwania umowy Centrum kontaktu dla użytkowników systemu RM oraz punkty serwisowania rowerów oraz opcjonalnie zorganizuje i będzie prowadził system udostępniania rowerów w trybie najmu długoterminowego Wykonawca Freebike s.r.o. zrealizuje następujące usługi: 1. zapewni rowery dla systemu RM; 2. zapewni stacje dla systemu RM;

3. zapewni system informatyczny do obsługi systemu RM w zakresie bieżącej obsługi, jak i raportowania; 4. dokona integracji systemu RM z systemem ŚKUP na zasadach określonych w OPZ.

Zamawiający w dniu 8 listopada 2021 r. wystąpił do Zarządu Transportu Publicznego w Krakowie z prośbą o przedstawienie informacji dotyczących wykonywania umowy koncesji nr 867/ZIKIT/2016 z 14 lipca 2016 r. pn. „Prowadzenie na terenie Gminy Miejskiej Kraków wypożyczalni rowerów Krakowski Rower Miejski”, niezbędnych dla oceny spełniania przez wykonawcę: BikeU Sp. z o.o. warunków udziału w ww. postępowaniu prowadzonym przez GZM. Zamawiający wyjaśnił, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BikeU Sp. z o.o. oraz Freebike s.r.o. złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w prowadzonym przez GZM postępowaniu. Zamawiający przytoczył także opis warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnił, że wykonawca wskazał w złożonym wykazie usług, że w okresie od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. BikeU sp. z o. o. świadczył na rzecz Gminy Miejskiej Kraków - Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie usługę wdrożenia i uruchomienia wypożyczalni rowerów pod nazwą Krakowski Rower Miejski na terenie Gminy Miejskiej Kraków, a także usługę zarządzania i utrzymania systemu przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca przedstawił poświadczenie realizacji usługi z dnia 21 kwietnia 2020 r. wydane przez Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie, jako dowód należytego wykonania usługi wymagany przez Zamawiającego. W treści przedłożonego poświadczenia wskazano, że w związku z zaprzestaniem przez Koncesjonariusza (tj. Konsorcjum BikeU sp. z o. o. oraz Provent Services sp. z o. o.) wykonywania usług stanowiących przedmiot koncesji, z przyczyn leżących po stronie Koncesjonariusza, ZTM w Krakowie 3 lutego 2020 r. wypowiedział umowę koncesji. W poświadczeniu nie wskazano, czy w okresie trwania umowy i wykonywania usług były one wykonywane należycie. Na podstawie przedstawionego poświadczenia, Zamawiający nie ma więc możliwości weryfikacji czy Koncesjonariusz wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon, tj. 7 miesięcy) systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji. Wątpliwości Zamawiającego budzi, czy we wskazanym przez Wykonawcę okresie, tj. od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. Koncesjonariusz wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji oraz czy usługi te były świadczone w sposób należyty. W związku powyższym GZM, działając w trybie przewidzianym przepisem art. 128 ust. 5 Pzp, zwrócił się do Zarządu Transportu Publicznego w Krakowie, jako podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, z prośbą o udzielenie informacji w zakresie tego, czy w okresie wskazanym przez Wykonawcę tj. od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. Koncesjonariusz należycie

świadczył usługi w ramach umowy koncesji nr 867/ZIKIT/2016 z 14 lipca 2016 r., a także jaka była w tym okresie wielkość systemu.

W odpowiedzi na powyższe ZTP w Krakowie poinformował Zamawiającego, iż Konsorcjum BikeU i Provent Services w okresie od października 2016 r. do grudnia 2019 r. świadczyło usługę zarządzania i utrzymania systemu Krakowskiego Roweru Miejskiego na podstawie umowy koncesji na usługi nr 867/ZIKIT/2016 z 14 lipca 2016r. pn. „Prowadzenie na terenie Gminy Miejskiej Kraków wypożyczalni rowerów Krakowski Rower Miejski.” Wielkość systemu w tym czasie zgodnie z umową wynosiła: od października 2016 do lutego 2017 - min. 100 rowerów, marzec 2017 - min. 300 rowerów, od kwietnia 2017 do końca obowiązywania umowy - min. 1500 szt. (od marca do listopada) oraz min. 500 szt. (od grudnia do lutego). Pismami znak NO.055.22.20218 z 9 kwietnia 2018 oraz NO.054.73.2017 z dnia 11 sierpnia 2017 roku zostały wydane referencje dla usługi świadczonej w ramach ww. Umowy. Pisma te potwierdzają, iż na dzień ich wydania usługa świadczona była należycie. Jednocześnie w związku z zaprzestaniem przez Koncesjonariusza świadczenia usług stanowiących przedmiot koncesji, z przyczyn leżących po stronie Koncesjonariusza, Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie w dniu 3 lutego 2020 r. wypowiedział ww. umowę koncesji na usługi z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Okres wypowiedzenia upłynął w dniu 31 maja 2020 r. Podstawą wypowiedzenia było zaprzestanie prowadzenia usług przez Koncesjonariusza, zgodnie z umową koncesji na usługi nr 867/ZIKIT/2016 z dnia 14 lipca 2016 r., pomimo pisemnego wezwania do ich wznowienia (znak pisma nr TA.4231.2.2019(2) z 3 stycznia 2020 r). Do pisma załączono referencje z dnia 9 kwietnia 2018 r. i 11 sierpnia 2017 r.

Zamawiający w dniu 8 listopada 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do złożenia aktualnego na dzień złożenia wykazu usług, potwierdzającego spełnienie warunku. o którym mowa w rozdziale 1.5. punkt 4. podpunkt 1) OPIW wraz z dowodami potwierdzającymi. że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wskazał, iż „złożony przez wykonawcę wykaz usług oraz dołączone do niego dowody potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, nie potwierdza spełnienia ww. warunku z następujących względów:

A. Odnośnie doświadczenia wykazanego pod pozycją 1):

Wykonawca wskazał w Wykazie usług, że w okresie od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. świadczył na rzecz Gminy Miejskiej Kraków - Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie usługę wdrożenia i uruchomienia wypożyczalni rowerów pod nazwą Krakowski Rower Miejski na terenie Gminy Miejskiej Kraków, a także usługę zarządzania i utrzymania systemu przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca, jako dowód należytego wykonania usługi wymagany przez Zamawiającego, przedstawił Poświadczenie realizacji

usługi z dnia 21 kwietnia 2020 r. wydane przez Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie. W treści ww. poświadczenia wskazano, że w związku z zaprzestaniem przez Koncesjonariusza wykonywania usług stanowiących przedmiot koncesji, z przyczyn leżących po stronie Koncesjonariusza, ZTM w Krakowie 3 lutego 2020 r. wypowiedział umowę koncesji. W konsekwencji, na podstawie złożonego poświadczenia Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji czy Wykonawca wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji. W poświadczeniu nie wskazano bowiem, czy w okresie trwania umowy i wykonywania usług były one wykonywane należycie. Z powyższego względu przedstawiony dowód nie spełnia wymogów określonych w przepisie § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Ponadto, z przedstawionego przez Wykonawcę Poświadczenia usługi wynika, że przedmiotowa usługa była Wykonywana przez Konsorcjum Wykonawców: BikeU sp. z o. o. oraz Provent Services sp. z o. o. Stosownie do § 9 ust. 2 Rozporządzenia, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. Ze złożonego przez Wykonawcę Wykazu usług nie wynika, jaki zakres prac był realizowany przez BikeU sp. z o. o. Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia Wykazu usług o stosowne informacje.

B. Odnośnie doświadczenia wykazanego pod pozycją 2)

Wykonawca wskazał w Wykazie usług, że na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy wykonywał następujące usługi: 1) Bydgoski Rower Aglomeracyjny 2015-2017 — projekt realizowany od 01.03.2015 r. do 30.11.2017 r. 2) Bydgoski Rower Aglomeracyjny 2018-2020 — projekt realizowany od 01.03.2018 r. do 30.11.2020 r. W powyższym zakresie Wykonawca przedstawił następujące środki dowodowe: 1) Poświadczenie należytego wykonania umowy z dnia 16 sierpnia 2017 r. wydane przez Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy dotyczące zamówienia o nazwie „Bydgoski Rower Aglomeracyjny (BRA)” na lata 2015-2017; 2) Poświadczenie należytego wykonania umowy z dnia 5 czerwca 2020 r. wydane przez Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy dotyczące zamówienia o nazwie „Bydgoski Rower Aglomeracyjny (BRA)” na lata 2018-2020. W treści obu powyższych poświadczeń wskazano, że BikeU Sp. z o.o. „wykonała oraz wykonuje w sposób ciągły przedmiot zamówienia”. Powyższe poświadczenia nie spełniają wymogów określonych w przepisach PZP oraz Rozporządzenia, zgodnie bowiem z § 9 ust. 1 pkt 2 wspomnianego aktu wykonawczego, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać m.in.

podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych [...] wraz z [...] załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, [...]; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy, Zamawiający wskazuje, że oba przedstawione podmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone w trakcie wykonywania usług, podczas gdy na dzień ich złożenia realizacja przedmiotowych projektów była już zakończona. Poświadczenia te nie mogą zatem być uznane za dowód, że usługi zostały wykonane należycie - nie obejmują bowiem całego zakresu i okresu realizacji umowy. Z tej przyczyny nie spełniają wymogów określonych we wspomnianych powyżej przepisach.

C. Odnośnie doświadczenia wykazanego pod pozycją 3)

Wykonawca wskazał w Wykazie usług, że na rzecz Gminy Miasta Toruń - Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu wykonuje usługę pn.: Uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu Toruński Rower Miejski. Wykonawca wskazał, że umowa realizowana jest w okresie od 17 maja 2019 r. do 23 grudnia 2022 r. Usługa ta zatem trwa nadal. Odnośnie ww. usługi Wykonawca przedstawił środek dowodowy tj. List Referencyjny Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu z dnia 27 maja 2020 r. dotyczący usług Uruchomienia oraz zarządzania i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM). Powyższy dokument nie spełnia wymogów określonych w przepisach PZP oraz w przepisach Rozporządzenia. Zgodnie z przepisem S 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. List Referencyjny Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu datowany na 27 maja 2020 r. nie spełnia powyższego wymagania.

D. Odnośnie doświadczenia wykazanego pod pozycją 4)

Wykonawca wskazał w Wykazie usług, że na rzecz Urzędu Miejskiego w Bielsku-Białej wykonywał następujące usługi: 1) Zorganizowanie, uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerowych BBike - usługa realizowana od 01.10.2014 r. do 31.10.2017 r. 2) Zorganizowanie, uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerowych BBike — usługa realizowana od 29.10.2018 r. do 31.10.2022 r. W zakresie drugiej z ww. usług Wykonawca złożył środek dowodowy w postaci Listu Referencyjnego Prezydenta Miasta Bielska-Białej z dnia 20 lutego 2020 r. Dokument ten wskazuje jednak, że

przedmiotowa usługa świadczona jest przez Homeport Polska sp. z o. o. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że stosownie do przepisu art. 123 Pzp, Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Jakiegokolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie lub skompletowanie informacji i dokumentacji na obecnym etapie postępowania nie może więc obejmować powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów trzecich w zakresie, w jakim Wykonawca (w niniejszym przypadku: Konsorcjum Wykonawców) w momencie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu opierał się jedynie na własnych zdolnościach lub sytuacji. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że ww. List Referencyjny datowany jest na 20 lutego 2020 r., podczas gdy, zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

E. Odnośnie doświadczenia wykazanego pod pozycją 5)

Wykonawca wskazał w Wykazie usług, iż w okresie od 11.02.2019 r. do 1.11.2019 r. realizował zamówienie Miasta Łomża na „Wdrożenie i obsługę systemu odpłatnej samoobsługowej wypożyczalni rowerów miejskich na terenie miasta Łomża”. Do wykazu nie załączono dowodu, że ww. usługi zostały wykonane należycie.

Zamawiający wezwał Przystępującego także do złożenia oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp o treści odpowiadającej zawartości złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Jak wskazuje UZP: „W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia.(...) Ratio legis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum

zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu". W zakresie oświadczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, złożonego w postępowaniu, zachodzi rozbieżność między tym, co stanowi zakres zadań poszczególnych członków Konsorcjum, a ich doświadczeniem wykazany w Wykazie usług. Ze złożonego Wykazu usług wynika bowiem, że doświadczeniem, w zakresie jaki według treści Oświadczenia miałby być wykonywany przez Freebike s.r.o, dysponuje BikeU sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że treść przedłożonego oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp powinna korespondować z doświadczeniem członków Konsorcjum wykazany w Wykazie usług.

W dniu 17 listopada 2021 r. Przystępujący odpowiadając na wezwanie wskazał, iż przedkłada w załączeniu Wykaz usług potwierdzający spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale 1.5. punkt 4. podpunkt 1) OPIW wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Konsorcjum oświadczyło, że Wykaz usług zostaje przedłożony w niezmienionym brzmieniu. Jednocześnie Konsorcjum wyjaśniło, że: „w zakresie punktu I.A. wezwania (doświadczenie wskazane pod pozycją 1) Wykazu usług) - Wykonawcy oświadczają, że usługa wdrożenia i uruchomienia wypożyczalni rowerów pod nazwą Krakowski Rower Miejski na terenie Gminy Miejskiej Kraków, a także usługa zarządzania i utrzymania systemu przez cały okres obowiązywania umowy, świadczone na rzecz Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie w okresie od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r., obejmowały wdrożenie i zarządzanie przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji, a także, że w okresie trwania umowy i wykonywania usług były one wykonywane należycie. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Wykonawcy przedkładają następujące dokumenty:

- Referencje z dnia 11 sierpnia 2017 r., wystawione przez Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, potwierdzające należyłą realizację usług w sezonie rowerowym trwającym w 2017 roku,
- Referencje z dnia 9 kwietnia 2018 r., wystawione przez Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, potwierdzające należyłą realizację usług w całym 2017 roku,
- Pismo zamawiającego – Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie z dnia 13 stycznia 2021 r., którym podmiot ten zwrócił BikeU sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oryginał gwarancji należytego wykonania umowy nr 1602/2016/TRA z dnia 4 sierpnia 2016 r., które to pismo potwierdza, że zamawiający – Gmina Miejska Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie nie

dochodził od BikeU sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie roszczeń z tytułu realizacji tejże umowy, co świadczy o należytej realizacji ww. usług.

Przedmiotowe usługi były realizowane przez BikeU sp. z o.o. w trzech sezonach, co oznacza, że Konsorcjum posiada trzykrotnie większe doświadczenie, niż wymagane w Postępowaniu w ramach warunku, o którym mowa w rozdziale 1.5. punkt 4. podpunkt 1) Opisu Potrzeb i Wymagań (w zakresie odnoszącym się do wdrożenia i zarządzania przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji. Konsorcjum zaznacza przy tym, że referencje z dnia 11 sierpnia 2017 r. oraz z dnia 9 kwietnia 2018 r., pomimo że zostały wystawione w trakcie realizacji zamówienia, potwierdzają należyte wykonanie usług w zakresie niezbędnym dla stwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunku udziału w postępowaniu. Dokumenty te potwierdzają zatem, że Lider Konsorcjum – BikeU sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji. W dokumentach tych wskazano, że usługi zostały wykonane należyście. Konsorcjum informuje także, że podjęło starania w celu uzyskania referencji potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w pozycji 1) Wykazu usług. Z przyczyn obiektywnych, niezależnych od Konsorcjum, nie było możliwe przedłożenie przedmiotowych referencji w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, co potwierdza wiadomość z dnia 16 listopada 2021 r. Pani Małgorzaty Jedynak – przedstawiciela zamawiającego – Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, stanowiąca załącznik do niniejszego pisma. (...)

W zakresie punktu I.B. wezwania (doświadczenie wskazane pod pozycją 2) Wykazu usług) Konsorcjum przedkłada w załączeniu referencje potwierdzające, że projekty: „Bydgoski Rower Aglomeracyjny 2015-2017”, realizowany od 01.03.2015 r. do 30.11.2017 r., oraz „Bydgoski Rower Aglomeracyjny 2018-2020”, realizowany od 01.03.2018 r. do 30.11.2020 r., wskazane w Wykazie usług w pozycji 2, zostały należyście wykonane.

W zakresie punktu I.C. Wezwania (doświadczenie wskazane pod pozycją 3) Wykazu usług) – Konsorcjum przedkłada w załączeniu referencje potwierdzające, że projekt „Uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu Toruński Rower Miejski”, jest realizowany należyście, natomiast w zakresie wymaganym w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 1.5. punkt 4. podpunkt 1) Opisu Potrzeb i Wymagań (wdrożenie i zarządzanie systemem roweru publicznego przez co najmniej jeden rok – jeden sezon), został zrealizowany należyście. Wykonawcy podkreślają, że z treści tego dokumentu wynika, że usługi realizowane są od dnia 31.07.2019 r. i w tym samym dniu system osiągnął przewidzianą w przetargu zakładaną ilość stacji i rowerów. Przedłożony dokument potwierdza więc, że podmiot wskazany w referencjach wdrożył i zarządzał przez

co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemem roweru publicznego o wielkościach określonych w dokumencie.

W zakresie punktu I.D. Wezwania (doświadczenie wskazane pod pozycją 4) Wykazu usług) – Wykonawcy wyjaśniają, że wskazanie przedmiotowego doświadczenia nie stanowi powołania się na zdolność lub sytuację podmiotu udostępniającego zasoby w rozumieniu art. 123 PZP. Konsorcjum wskazuje, że usługa pn. „Zorganizowanie, uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerowych BBike – usługa realizowana od 29.10.2018 r. do 31.10.2022 r.”, jest realizowana przez BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w charakterze podwykonawcy. Generalnym Wykonawcą przedmiotowych projektów jest Homeport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wykonawcy przedkładają w załączeniu referencje potwierdzające należyłą realizację usługi wykonywanej w ramach ww. projektu, wystawione na rzecz BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przez Generalnego Wykonawcę ww. projektu, tj. Homeport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie Konsorcjum wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, przepisy o zamówieniach publicznych nie ograniczają kręgu podmiotów uprawnionych do wystawienia referencji. (...)

W zakresie punktu I.E. Wezwania (doświadczenie wskazane pod pozycją 5) Wykazu usług) – Konsorcjum przedkłada w załączeniu referencje potwierdzające, że projekt „Wdrożenie i obsługa systemu odpłatnej samoobsługowej wypożyczalni rowerów miejskich na terenie miasta Łomża”, wskazany w Wykazie usług w pozycji 5, został należyście wykonany.

W odniesieniu do punktu III Wezwania Konsorcjum oświadcza, że FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze posiada doświadczenie w realizacji usług wskazanych w pierwotnym Oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP dotyczące usług, które wykonają poszczególni wykonawcy. Aby wykazać doświadczenie FREEBIKE s.r.o. w tym zakresie wykonawca przedkłada w załączeniu referencje z dnia 29.06.2018 r., wystawione przez Miasto Kladno wraz z tłumaczeniem. Jednocześnie Konsorcjum wyjaśnia, że referencje zostały wystawione na HOMEPORT s.r.o. z siedzibą w Pradze, tj. na FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze przed zmianą nazwy. Zmianę nazwy HOMEPORT s.r.o. na FREEBIKE s.r.o. potwierdza Pełny wypis z Rejestru handlowego, prowadzonego przez Sąd Miejski w Pradze, dotyczący FREEBIKE s.r.o. (pozycja „Firma” na stronie 1 Pełnego wypisu), który Konsorcjum wraz z tłumaczeniem przedkłada w załączeniu. Konsorcjum przedkłada w załączeniu także oświadczenie własne Członka Konsorcjum - FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze o pomyślnym wdrożeniu systemów wypożyczania rowerów publicznych wraz z tłumaczeniem

oraz oświadczeniem zawierającym wykaz uruchomionych systemów wypożyczania rowerów publicznych wraz z tłumaczeniem. Z dokumentów tych wynika, że FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze posiada doświadczenie w realizacji usług wskazanych w pierwotnym Oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp dotyczące usług, które wykonają poszczególni wykonawcy. Dodatkowo Konsorcjum przekazuje w załączeniu uzupełnione Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp dotyczące usług, które wykonają poszczególni wykonawcy. Wykonawcy wyjaśniają, że ich pierwotną intencją było podkreślenie udziału FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze jako podmiotu wspierającego w czynnościach przypisanych w tym Oświadczeniu do FREEBIKE s.r.o. z siedzibą w Pradze, przy jednoczesnym zapewnieniu realizacji czynności tam wskazanych przez BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Niemniej Konsorcjum przedkłada załączeniu uzupełnione Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp dotyczące usług, które wykonają poszczególni wykonawcy, które lepiej odzwierciedla pierwotne intencje Wykonawców. Z ostrożności Wykonawcy wyjaśniają, że oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, traktowane jest przez Urząd Zamówień Publicznych jako podmiotowy środek dowodowy. Powyższe oznacza, że dokument ten może być składany, poprawiany lub uzupełniany w trybie przewidzianym w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dopuszczalność uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, przesądziła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 czerwca 2021 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1586/21.”

Do pisma Przystępujący załączył m.in. wykaz usług (niezmienionej treści), referencje z dnia 11 sierpnia 2017 r. i z dnia 9 kwietnia 2018 r. wystawione przez Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, potwierdzające należyte wykonywanie usług na moment wystawienia referencji (o treści analogicznej jak załączone do pisma ZTP w Krakowie złożonego na wezwanie Zamawiającego), pismo ZTP w Krakowie z dnia 13 stycznia 2021 r. informujące o zwrocie oryginału gwarancji należytego wykonania umowy, wiadomość e-mail z dnia 16 listopada 2021 r. od przedstawiciela Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie o treści „w nawiązaniu do rozmowy telefonicznej informuję, iż sprawa związana z uszczegółowieniem informacji w zakresie usługi świadczonej w ramach umowy koncesji nr 867/ZIKIT/2016 z 14 lipca 2016 r. pn. Prowadzenie na terenie Gminy Miejskiej Kraków wypożyczalni rowerów Krakowski Rower Miejski jest w trakcie procedowania. Nie mamy możliwości przekazaniu Państwu informacji w przedmiotowej sprawie w terminie do dnia 16 listopada 2021 r.”

Ponadto Przystępujący złożył m.in. list referencyjny z dnia 26 października 2021 r., wystawiony przez Gminę Miasta Toruń – Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, w którym potwierdzono, iż firma BikeU Sp. z o.o. realizuje na zlecenie ww. Gminy System Bezobsługowych wypożyczalni Rowerowych. Wskazano także, iż: „Usługi realizowane są od dnia 31 lipca 2019 r. i w tym dniu system osiągnął przewidzianą w przetargu zakładaną ilość stacji i rowerów. BikeU Sp. z o.o., wykonała należycie zamówienie polegające na uruchomieniu i zarządzaniu systemem wypożyczalni rowerów tj.: 1) przez definicję zamówienia Zamawiający rozumie jedną umowę odpłatną zawartą między Zamawiającym a Wykonawcą, której przedmiotem była usługa. 2) przez „zarządzanie” Zamawiający rozumie zakres działań polegających m.in.: na koordynacji, nadzorze, utrzymaniu systemu informatycznego, serwisie i relokacji rowerów. 3) przez „systemy wypożyczalni rowerów Zamawiający rozumie systemy samoobsługowych wypożyczalni rowerów. System „TORVELO” składa się z 400 szt. rowerów Liczba stacji :47 na co składa się : 44 terminale: 640 stojaków oraz 7 terminali sponsorskich: 130 stojaków Umowa trwa nadal. Usługi są wykonywane właściwie.” Przystępujący złożył ponadto poświadczenie należytego wykonania umowy z dnia 04 listopada 2021 r., wystawione przez Homeport Polska sp. z o.o., w którym wskazano: „wykonawca BikeU Sp. z o.o. świadczy usługi podwykonawcze na zlecenie Homeport Polska Sp. z o.o. na rzecz Systemu Bezobsługowych Wypożyczalni Rowerowych w Bielsku-Białej. Podwykonawca BikeU Sp. z o.o. świadczy usługi zgodnie z ofertą z dnia 12.06.2018 r. Homeport Polska Sp. z o.o. (dawniej EGIS Bike Polska Sp. z o.o.) Zasób świadczonych usług dotyczy: zorganizowania, uruchomienia oraz zarządzania i kompleksowej eksploatacji systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerowych BBbike. Zlecający poprzez uruchomienie rozumie: zaprojektowanie i wdrożenie aplikacji mobilnej, zaprojektowanie i wdrożenie strony internetowej, zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego oraz wdrożenie i uruchomienie Centrum Kontakt. Zlecający poprzez zarządzanie i kompleksową eksploatację rozumie: relokację rowerów, przeglądy rowerów, zarządzanie i eksploatację stacjami, utrzymanie aplikacji mobilnej, utrzymanie strony internetowej, utrzymanie systemu informatycznego oraz utrzymanie Centrum Kontakt. System BBbike składa się ze 202 rowerów, liczba stacji to 24 każda ze stacji wyposażona w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi łącznie z akumulatorami. Zasób świadczonych usług realizowany jest od dnia 01.04.2019r i trwa nadal. Zasób świadczonych usług został należycie wykonany przez trzy pełne sezony: 1 kwietnia-31 października w latach 2019,2020,2021 Usługi są wykonywane należycie.” Przystępujący złożył też list referencyjny wystawiony przez Urząd Miejski w Łomży dnia 10 listopada 2021 r., w którym wskazano czas trwania projektu Łomżyńskiej Komunikacji Rowerowej „ŁoKeR” w roku 2019 jako 27.04-1.11.2019 r.

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego uzupełnił także oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, wskazując, iż wykonawca BikeU Sp z o.o. zrealizuje następujące usługi: 1. wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty strony internetowej oraz aplikacji na urządzenia mobilne; 2. przeszkoli wskazanych pracowników Zamawiającego w zakresie kontroli i pozyskiwania danych z systemu informatycznego; 3. wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty dokumentów określających prawa i obowiązki Klientów systemu RM, w szczególności regulamin korzystania z systemu RM, w tym system kar i zachęt dla użytkowników w zakresie pozostawiania rowerów w wyznaczonych miejscach, a także niezbędne dokumenty w zakresie polityki ochrony danych osobowych; 4. opracuje i przedłoży do konsultacji z Zamawiającym system i zakres raportowania na temat działania systemu RM; 5. opracuje i uzgodni z Zamawiającym plan działań promocyjnych i marketingowych dla systemu RM; 6. będzie prowadził promocję systemu RM zgodnie z ustaleniami z Zamawiającym; 7. przeprowadzi konsultacje z Zamawiającym w zakresie lokalizacji stacji (do decyzji kto będzie odpowiedzialny za uzgodnienia z gminami i projekty stacji: Wykonawca czy Zamawiający); 8. wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty stacji (do decyzji kto będzie odpowiedzialny za uzgodnienia z gminami i projekty stacji: Wykonawca czy Zamawiający); 9. dokona montażu stacji rowerowych w gminach GZM; 10. dokona rozruchu testowego systemu RM; 11. uruchomi i będzie eksploatował system RM, w tym uruchomi i będzie utrzymywał w całym okresie trwania umowy Centrum kontaktu dla użytkowników systemu RM oraz punkty serwisowania rowerów oraz opcjonalnie zorganizuje i będzie prowadził system udostępniania rowerów w trybie najmu długoterminowego Wykonawca BikeU Sp. z o.o. zrealizuje następujące usługi wspólnie (w kooperacji) z Freebike s.r.o.: 1. zapewnienie rowerów dla systemu RM; 2. zapewnienie stacji dla systemu RM; 3. zapewnienie systemu informatycznego do obsługi systemu RM w zakresie bieżącej obsługi, jak i raportowania; 4. dokonanie integracji systemu RM z systemem ŚKUP na zasadach określonych w OPZ.

Zamawiający w dniu 6 grudnia 2021 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wskazując, iż Przystępujący, Odwołujący oraz wykonawca CityBike Global S.A. spełniają warunki udziału w postępowaniu i zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba za zasadne uznała zarzuty nr 1, 2 i 6 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, art. 128 ust. 1 w zw. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp złożył podmiotowe środki dowodowe nieaktualne na dzień ich złożenia oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przywołując regulacje prawne istotne dla rozstrzygnięcia ww. zarzutów należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu [prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego – przyp. Izby] stosuje się przepisy art. 145, art. 146 ust. 1 i art. 147. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Ponadto w ust. 2 tego przepisu wskazano, iż wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych

środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy. W myśl § 10 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamawiający może, zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 6-9, żądać oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPIW wymagał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu usług, do którego należało załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zarówno zatem z treści OPIW, jak i z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wynika, że wykonawca w celu potwierdzenia

należytego wykonania usług zobowiązany jest złożyć dowody (tj. dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi są/były świadczone, ich odbiorcę), określające czy usługi wykonano należycie (co dotyczy usług wykonanych) lub czy usługi są wykonywane należycie (co dotyczy usług wykonywanych). Zarówno w ww. Rozporządzeniu, jak i w OPIW zróżnicowano sytuację, w której dana usługa została już wykonana od sytuacji, w której usługa ta jest wciąż wykonywana. W tym pierwszym przypadku należy przedstawić dokument potwierdzający, że usługę wykonano należycie, czyli dokument wystawiony po zakończeniu realizacji usługi. W tym drugim przypadku należy przedstawić dokument wystawiony w okresie ostatnich 3 miesięcy realizacji usług jeszcze wykonywanych. Zamawiający reprezentował takie podejście również wzywając Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie poz. 2 wykazu usług (zamówienia realizowane na rzecz ZDMiKP w Bydgoszczy), kiedy to powołując się na § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wskazał, iż złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone w trakcie wykonywania usług, podczas gdy na dzień ich złożenia realizacja projektów była już zakończona. Zamawiający zauważył wówczas, że poświadczenia te nie mogą być uznane za dowód, że usługi zostały wykonane należycie, gdyż nie obejmują całego zakresu i okresu realizacji umowy. Takie stanowisko Zamawiającego uznać należy za słuszne, jest ono bowiem zgodne z obowiązującymi przepisami oraz treścią OPIW.

Jakkolwiek zgodzić należy się podnoszoną podczas rozprawy okolicznością, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie może być celem samym w sobie, to jednak postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Dlatego też dopuszczenie Przystępującego do udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy złożone przez niego dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług w sposób, w jaki wymaga tego § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych i w jaki wymagał tego Zamawiający zgodnie z OPIW (o czym szczegółowo poniżej), stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma charakter formalny i następuje na podstawie wymaganych w danym postępowaniu przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca nie dochował należytej staranności przedstawiając podmiotowe środki dowodowe, musi ponieść tego konsekwencje, nawet jeśli są one tak daleko idące jak odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ustawodawca, mając świadomość dotkliwej dla wykonawców sankcji związanej z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przewidział w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek wezwania wykonawców do złożenia,

poprawienia czy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – Przystępujący miał zatem dwie szanse (wraz z wnioskiem, a następnie w odpowiedzi na wezwanie) na przedstawienie prawidłowych dokumentów, czego jednak nie uczynił. Prawidłowego wykonania usługi wskazanej w poz. 1 wykazu przez Przystępującego nie potwierdził nawet podmiot, na którego rzecz usługę tę wykonano, w odpowiedzi na skierowane do niego przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp zapytanie.

Podkreślić należy, że Przystępujący powołując się w poz. 1 wykazu usług na realizację usługi na rzecz Gminy Miejskiej Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (usługa wdrożenia i uruchomienia wypożyczalni rowerów Krakowski Rower Miejski na terenie Gminy Miejskiej Kraków a także usługa zarządzania i utrzymania systemu przez cały okres obowiązywania umowy) wskazał okres jej wykonywania od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. Przystępujący powinien zatem złożyć referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana, potwierdzające jej należyte wykonanie, wystawione po zakończeniu realizacji usługi. Do wykazu usług złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący załączył poświadczenie ZTP w Krakowie z dnia 21 kwietnia 2020 r., a zatem dokument wystawiony po dacie wskazanej jako data zakończenia usługi w wykazie usług, niemniej nie potwierdzający ich należytego wykonania. Z treści tego dokumentu wprost wynika, że Koncesjonariusz (konsorcjum BikeU Sp. z o.o. i Provent Services Sp. z o.o.) zaprzestał świadczenia usług z przyczyn leżących po jego stronie, a umowa została wypowiedziana przez ZTP w Krakowie w dniu 3 lutego 2020 r. Wyjaśniono w nim, że przyczyną wypowiedzenia umowy było zaprzestanie świadczenia usług przez Koncesjonariusza i brak ich wznowienia pomimo pisemnego wezwania. Z pisma tego nie wynika, aby usługa została wykonana należyście.

Prawidłowo zatem Zamawiający uznał, że poświadczenie ZTP w Krakowie z dnia 21 kwietnia 2020 r. nie potwierdza należytej realizacji usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług i wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi. W odpowiedzi jednak na to wezwanie Przystępujący również nie złożył dowodów potwierdzających powyższą okoliczność. Przystępujący posłużył się bowiem referencjami wystawionymi w dniu 11 sierpnia 2017 r. oraz 9 kwietnia 2018 r., a zatem referencjami wystawionymi w początkowym okresie realizacji usługi, w trakcie jej wykonywania. Dokumenty te potwierdzają jedynie, że na moment wystawiania referencji usługi były realizowane należyście i nie stanowią dowodu wykazującego fakt należytego wykonania usługi we wskazanym w wykazie usług okresie (od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r.), gdyż w żaden sposób z nim nie korelują. Argumentacja Przystępującego, iż świadczył on na rzecz ZTP w Krakowie usługę w trzech sezonach, a

zatem posiada doświadczenie trzykrotnie większe niż wymagane w postępowaniu, nie wpływa na fakt, że Przystępujący nie złożył dowodu potwierdzającego należytego wykonanie usługi, a jedynie dokument wskazujący, że w chwili jego wystawienia usługa była należycie realizowana. Co więcej, Przystępujący powołując się na powyższą okoliczność nie wyjaśnił nawet, który konkretnie sezon należałoby uznać za referencyjny w tym wypadku i który dokument miałby poświadczать należyte wykonanie usług w tym sezonie (zwłaszcza, że pierwsza z referencji została wystawiona po niespełna 4 miesiącach świadczenia usługi). W ocenie Izby stanowisko Przystępującego abstrahuje od treści złożonego wykazu usług, jak i jest niezgodne z brzmieniem obowiązujących regulacji prawnych, które wskazują na konieczność złożenia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, a nie jej części, a dodatkowo – jako że mamy do czynienia z usługą wykonaną - wystawionego po zakończeniu realizacji usługi, a nie w trakcie jej wykonywania. Przystępujący takiego dowodu nie złożył (brak jest dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi w pełnym okresie wskazanym w wykazie, brak jest także jakichkolwiek dokumentów, które w ogóle referowałyby do okresu od 9 kwietnia 2018 r. do zakończenia świadczenia usług).

O należyтым wykonaniu usług, wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie przesądza fakt zwrotu Koncesjonariuszowi gwarancji należytego wykonania umowy. Powyższe nie jest równoznaczne z brakiem dochodzenia roszczeń przez ZTP Kraków z uwagi na istniejące inne równoległe drogi odszkodowawcze i możliwość naliczenia kar umownych. Dla dokonanej przez Izbę oceny w powyższym zakresie istotne znaczenie ma także okoliczność, że ZTP w Krakowie, w żadnym z pism znajdujących się w materiale dowodowym sprawy, nie potwierdził faktu należytego wykonania usług w okresie wskazanym w poz. 1 wykazu usług przez Przystępującego, pomimo, że był o to jednoznacznie poproszony (*vide* pismo Zamawiającego z dnia 8 listopada 2021 r., o czym mowa w dalszej części uzasadnienia). Uznanie, że usługi zostały wykonane należycie jedynie na podstawie zwrotu gwarancji należytego wykonania umowy, w sytuacji gdy w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym znajdują się dokumenty potwierdzające, że rozwiązanie umowy miało miejsce z przyczyn zależnych od Koncesjonariusza, wskazujące wprost, że Koncesjonariusz zaprzestał świadczenia usług i pomimo wezwania do ich podjęcia, tego nie uczynił, nie byłoby zasadne. Z kolei złożone przez Przystępującego pismo przewodnie ZTP Kraków, do którego załączono oryginał zwracanej gwarancji, nie wskazuje na żadne okoliczności dotyczące realizacji umowy, a jedynie na fakt zwrotu gwarancji, nie jest zatem zrozumiałe powoływanie się przez Przystępującego na to pismo, jako na dowód należytego wykonania usług. Ponadto w piśmie tym ZTP Kraków odwołał się do innego pisma (z 27 listopada 2020 r.), którego Przystępujący nie przedstawił.

W ocenie Izby również oświadczenia samego wykonawcy nie można w tym przypadku uznać za wystarczające do potwierdzenia należytego wykonania usługi wskazanej przez Przystępującego w poz. 1 wykazu usług. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oświadczenie takie może być złożone jako dowód jedynie w sytuacji wyjątkowej - jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Przystępujący nie wykazał, aby faktycznie nie był w stanie niezbędnych w tym zakresie dokumentów pozyskać. Od profesjonalnego podmiotu, jakim niewątpliwie jest Przystępujący, wymagana jest należyta staranność w działaniu. Już na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca powinien mieć świadomość, jakim dokumentem musi się posłużyć, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPIW. Dokumenty takie wskazano w sposób jednoznaczny w pkt 1.8 OPIW. Już wówczas Przystępujący powinien zatem podjąć działania w celu uzyskania od ZTP w Krakowie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi. Nawet jednak, gdyby uznać, że Przystępujący dopiero w dacie otrzymania wezwania od Zamawiającego powziął wiedzę, że załączone poświadczenie ZTP w Krakowie nie jest prawidłowym dokumentem, to winien niezwłocznie wystąpić do podmiotu, na rzecz którego zrealizował usługę, z prośbą o ponowne wystawienie referencji. Wezwanie zostało skierowane do Przystępującego w dniu 8 listopada 2021 r., a termin na złożenie dokumentów upływał 17 listopada 2021 r., na uzyskanie referencji Przystępujący miał zatem ponad tydzień na uzyskanie nowych referencji. Przystępujący ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym nie udowodnił, że brak uzyskania dokumentu od ZTP w Krakowie nastąpił z przyczyn od niego niezależnych. Nie wykazuje powyższego złożona wiadomość e-mail z dnia 16 listopada 2021 r., nie wynika z niej bowiem kiedy Przystępujący zwrócił się do ZTP w Krakowie o aktualizację referencji, a nadto powołano się tam jedynie na rozmowę telefoniczną. Przystępujący nie złożył dowodu, który potwierdziłby, że wystąpił do ZTP w Krakowie w odpowiednim czasie z prośbą o wystawienie prawidłowych referencji i że brak ich uzyskania wynikał z przyczyn od niego niezależnych. Jednocześnie Przystępujący nie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu na przedstawienie dokumentów. Dochowanie przez Przystępującego należytej staranności w powyższym zakresie poddaje również w wątpliwość okoliczność, że sam Zamawiający w dniu 8 listopada 2021 r. zwrócił się do ZTP w Krakowie o udzielenie informacji w zakresie należytego wykonania usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług złożonego przez Przystępującego i odpowiedź taką otrzymał.

Dalej należy wskazać, iż wspomniana odpowiedź ZTP w Krakowie, udzielona na zapytanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, także nie

potwierdza, że usługa wskazana w poz. 1 wykazu usług przez Przystępującego została wykonana należycie. W szczególności należy tutaj zwrócić uwagę, iż Zamawiający zapytał się ZTP w Krakowie wprost „czy w okresie wskazanym przez wykonawcę, tj. od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. Koncesjonariusz należycie świadczył usługi w ramach umowy koncesji” i odpowiedzi pozytywnej na tak zadane pytanie nie otrzymał. ZTP w Krakowie jedynie wskazał, że pismem z dnia 11 sierpnia 2017 r. i 9 kwietnia 2018 r. wydał referencje potwierdzające, że na dzień ich wydania usługę świadczone należycie, a jednocześnie poinformował, iż umowa została rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Koncesjonariusza z uwagi na zaprzestanie prowadzenia usług, pomimo pisemnego wezwania do ich wznowienia. W dokumentacji postępowania nie ma zatem dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług w podanym tam okresie. Z kolei opieranie się jedynie na dokumentach potwierdzających wykonywanie części usług w sposób należyty, wystawionych w trakcie realizacji umowy, nie byłoby w tym przypadku uprawnione, z przyczyn opisanych już powyżej.

Wskazać ponadto należy na istniejącą rozbieżność w zakresie daty zakończenia świadczenia usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług, która była dostrzegalna już na gruncie dokumentów złożonych przez Przystępującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – jak wskazano w poświadczeniu z dnia 21 kwietnia 2020 r., okres wypowiedzenia umowy upływał dopiero z dniem 31 maja 2020 r., co nie odpowiada wskazanej w wykazie informacją o zakończeniu realizacji usługi w grudniu 2019 r. Przystępujący zdecydował o podaniu w wykazie usług innego, wcześniejszego terminu zakończenia świadczenia usług na rzecz ZTP w Krakowie, niż faktycznie wynikający ze stosunku zobowiązaniowego. W tym zakresie Izba wskazuje, iż nie dała wiary twierdzeniom Przystępującego, jakoby ZTP w Krakowie pominęło fakt skutecznego wypowiedzenia umowy przez Koncesjonariusza, które nie było kwestionowane. Okoliczność przeciwna wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie – Odwołujący przedstawił korespondencję prowadzoną pomiędzy ZTP w Krakowie a Koncesjonariuszem, z której wprost wynikało, że ZTP w Krakowie zakwestionowało skuteczność wypowiedzenia umowy przez Koncesjonariusza, że wzywało Koncesjonariusza do wznowienia świadczenia usług i że ostatecznie samo wypowiedziało umowę z uwagi właśnie na zaprzestanie świadczenia tych usług. Przystępujący zaś nie wykazał się w postępowaniu odwoławczym żadną inicjatywą dowodową, ani mającą odeprzeć twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie, ani mającą wykazać, że usługi w istocie wykonane były należycie. Powoływanie się przez Przystępującego podczas rozprawy na okoliczność, że model prowadzenia przez niego systemu rowerowego w Krakowie był wzorcowy, podobnie jak powoływanie się przez Zamawiającego podczas rozprawy na okoliczność, że w rozmowach z ZTP w Krakowie nie

wskazywano na nienależyte wykonanie umowy koncesji, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż okoliczności te stanowią jedynie niczym nie poparte twierdzenia, które nie zostały wykazane żadnymi dowodami, zgromadzony zaś w sprawie materiał dowodowy wskazuje na okoliczności przeciwnie.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPIW, ponieważ nie przedstawił dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług. Tym samym odwołanie podlegało uwzględnieniu w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2 i 6 odwołania, wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyniku oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Przystępującego oraz nakazała Zamawiającemu odrzucenie wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez uznanie za dopuszczalne niewskazanie w oświadczeniu, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp usług, które będą wykonane przez wykonawcę wykazującego w postępowaniu spełnienie warunku udziału dotyczącego doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego zaniechania wykluczenia Przystępującego, Izba uznała za niezasadny.

Zgonie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z kolei w myśl ust. 4 ww. przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Przedmiotowy zarzut został oparty przez Odwołującego na twierdzeniu, że z uzupełnionego przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika, iż członek konsorcjum, który wykazuje doświadczenie w zakresie wdrożenia systemu na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej będzie wykonywał wszystkie czynności, do których zdolności te są wymagane. Niemniej treść złożonego przez Przystępującego oświadczenia, w ocenie Izby, wskazuje na wniosek przeciwny – wynika z niego wprost, że firma BikeU, na której doświadczenie powołano się w wykazie usług,

wykona wszystkie czynności objęte zakresem zamówienia, a jedynie w części z nich będzie brał udział także inny podmiot. Wskazać należy, iż celem art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów, oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp powinno zatem jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie złożone przez Przystępującego zdaniem Izby na powyższe wprost wskazuje. Stanowisko Odwołującego, iż rola wykonawcy BikeU w spornych elementach zamówienia będzie marginalna, a nie wiodąca i jego udział ograniczy się do jednej czynności, a pozostałe zrealizuje inny członek konsorcjum, jest zdaniem Izby zbyt daleko idące i oparte wyłącznie na przypuszczeniach, które nie zostały niczym poparte. Stoi ono także w sprzeczności z wyjaśnieniami Przystępującego, jakie zawarł on w piśmie przewodnim uzupełniając wymagane dokumenty, a z których wynika, że rola drugiego członka konsorcjum ma jedynie charakter wspierający.

Zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jeśli Izba uzna ponowne wezwanie za dopuszczalne, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę jako zarzut ewentualny, podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 lub 2.

Zarzut nr 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści podmiotowych środków dowodowych Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Przedmiotowy zarzut odnosił się do istniejących w ocenie Odwołującego nieprawidłowości w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPiW, uzasadniających zwrócenie się przez Zamawiającego do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych. Zarzut ten okazał się jednak bezprzedmiotowy w świetle faktu, iż Izba uwzględniła zarzuty dalej idące (zarzuty nr 1 i 2) skutkujące nakazaniem Zamawiającemu odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący jednak, w przeciwieństwie do sposobu skonstruowania zarzutu nr 4, nie wskazał, iż również zarzut nr 5 jest zarzutem ewentualnym. Tymczasem wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, podobnie jak wezwanie do ich uzupełnienia, w tym

przypadku byłoby bezcelowe. Wniosek taki na zasadzie analogii wywieść można z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wprost wskazano, iż wykonawcy nie wzywa się do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

Niezależnie od powyższego, twierdzenia Odwołującego odnoszące się do poz. 3 i 4 wykazu usług Przystępującego okazały się bezzasadne.

Zarzut dotyczący usługi wskazanej w poz. 3 wykazu opierał się wyłącznie na rozbieżnościach istniejących między opisem przedmiotu zamówienia wskazanym przez Przystępującego w wykazie a opisem usługi wskazanym w referencjach wystawionych przez Gminę Miasta Toruń. Jakkolwiek w treści obu tych dokumentów faktycznie dostrzec można nieścisłości zauważone w odwołaniu, to jednak Odwołujący nie wykazał, aby faktycznie dokumenty te dotyczyły różnych usług. Skoro zdaniem Odwołującego posłużenie się dwoma innymi nazwami, tj. „Toruński Rower Miejski” i „TORVELO” miałyby świadczyć o tym, że referencje dotyczą innego systemu rowerowego, to nie byłoby trudno udowodnić okoliczność, że w mieście Toruń od 2019 r. do chwili obecnie funkcjonują równolegle dwa systemy rowerowe, są to niewątpliwie informacje łatwo dostępne i weryfikowalne. Ponadto Przystępujący wyjaśnił w piśmie procesowym do czego odnoszą się wskazane powyżej nazwy, wyjaśnił również, że różnica pomiędzy liczbą stacji wynikającą z referencji a wskazaną w wykazie, na którą zwrócono uwagę w odwołaniu, wynika z faktu, że 7 stacji stanowiło stacje sponsorskie. Z kolei z samej rozbieżności w datach rozpoczęcia świadczenia usług Odwołujący nie wywodził dalszych wniosków, poza wątpliwościami czy referencje faktycznie dotyczą tej samej usługi, co wskazana w wykazie.

Zarzut dotyczący usługi wskazanej w poz. 4 wykazu został oparty na stwierdzeniu, że firma BikeU – w świetle poświadczenia wystawionego przez Homeport Polska – „nie odpowiadała za wdrożenie w zakresie rowerów i stacji, zatem nie wykonała wdrożenia w pełnym zakresie (w tym jego istotnych elementów).” Odwołujący nie wyjaśnił jednak w ogóle, dlaczego zakres zadań wynikający z treści poświadczenia nie jest wystarczający na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W poświadczeniu złożonym przez Przystępującego wskazano bowiem na zorganizowanie, uruchomienie (tj. zaprojektowanie i wdrożenie aplikacji mobilnej, zaprojektowanie i wdrożenie strony internetowej, zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego oraz wdrożenie i uruchomienie Centrum Kontakt) oraz zarządzanie i kompleksową eksploatację (tj. relokację rowerów, przeglądy rowerów, zarządzanie i eksploatację stacjami, utrzymanie aplikacji mobilnej, utrzymanie strony internetowej, utrzymanie systemu informatycznego oraz utrzymanie Centrum Kontakt) systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerowych BBbike przez

BikeU. Z kolei w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPiW wskazano w sposób ogólny na „wdrożenie i zarządzanie przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) co najmniej dwoma systemami roweru publicznego (...)”. Trudno uznać, aby usługa obejmująca wdrożenie całego systemu zarządzania rowerami nie spełniała wymogu „wdrożenia”, o którym mowa w treści warunku. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zakres zadań wynikający z referencji nie wpisuje się w wymagania wynikające z ww. warunku, w szczególności zaś nie podjął nawet próby wyjaśnienia, co należy rozumieć poprzez wskazane w odwołaniu „wdrożenie rowerów i stacji”. Ponadto należy mieć na uwadze, że poświadczenia (referencje) ze swej istoty służą potwierdzeniu należytego wykonania usługi, której dotyczą i nie muszą one w swojej treści zawierać szczegółowego opisu przedmiotu danej usługi. Z kolei z samej rozbieżności w datach rozpoczęcia świadczenia usług Odwołujący nie wywodził dalszych wniosków, poza wątpliwościami czy referencje poświadczają realizację usług w pełnym zakresie. Tym samym stanowisko Odwołującego Izba uznała za niezasadne.

Natomiast rację należy przyznać Odwołującemu, iż okres świadczenia usługi wskazanej przez Przystępującego w poz. 5 wykazu usług nie obejmuje pełnego sezonu, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z OPiW. Zamawiający wskazał, iż przez jeden sezon całoroczny należy rozumieć co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy nieprzerwanego funkcjonowania systemu zaś w przypadku innych systemów sezonowych minimum 7 miesięcy. Zamawiający wymagał zatem, aby w przypadku innych systemów niż całoroczny (jak system w Łomży, na który powołał się Przystępujący w poz. 5 wykazu), usługa realizowana była przez okres minimum 7 miesięcy nieprzerwanego funkcjonowania systemu, przy czym okres 7 miesięcy został wskazany jako minimalny. Skoro – jak wynika ze złożonych referencji - usługa realizowana przez Przystępującego trwała od 27 kwietnia 2019 r. do 1 listopada 2019 r. (a nie od 11 lutego 2019 r., jak podano w wykazie usług), to znaczy, że obejmowała jedynie 6 miesięcy i 5 dni, a jako taka nie kwalifikowała się jako usługa, na którą można było się powołać w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1.5.4.1) OPiW. Zamawiający dopuścił bowiem możliwość sumowania ilości rowerów i stacji, jakie obejmowały poszczególne usługi, ale nie okresów świadczenia tych usług. Niemniej, jak słusznie zauważył Zamawiający, pozostałe usługi wskazane w poz. 2-4 wykazu usług (których prawidłowość nie była kwestionowana – poz. 2 lub nie została podważona w postępowaniu odwoławczym – poz. 3 i 4), spełniały łącznie wymagania warunku w zakresie ilości rowerów i stacji. A zatem gdyby w postępowaniu odwoławczym za prawidłową uznano również usługę wskazaną w poz. 1 wykazu usług, to pomimo, że usługa z poz. 5 wykazu nie mogła być wzięta pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 1.5.4.1) OPiW warunek ten mógłby zostać uznany za spełniony, gdyż

usługi wskazane w poz. 2-4 łącznie obejmowały ponad 1500 rowerów i 150 stacji. W tej sytuacji zarzut dotyczący poz. 5 wykazu usług nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 5 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od wnoszącego sprzeciw Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutów uwzględnionych dla rozstrzygnięcia odwołania – zarzuty te doprowadziły bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przewodniczący: