Sygn. akt: KIO 381/19

WYROK
z dnia 21 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Arkus & Romet Group Sp. z o.o., Podgrodzie 32c, 39-200 Dębica oraz WIM System Sp. z o.o., ul. Handlowa 3, 35-103 Rzeszów,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń**

orzeka:

1.**oddala odwołanie**

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego **Arkus & Romet Group Sp. z o.o., Podgrodzie 32c, 39-200 Dębica oraz WIM System Sp. z o.o., ul. Handlowa 3, 35-103 Rzeszów**, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Arkus & Romet Group Sp. z o.o., Podgrodzie 32c, 39-200 Dębica oraz WIM System Sp. z o.o., ul. Handlowa 3, 35-103 Rzeszów**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od odwołującego **Arkus & Romet Group Sp. z o.o., Podgrodzie 32c,39-200 Dębica oraz WIM System Sp. z o.o., ul. Handlowa 3, 35-103 Rzeszów** na rzecz zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 381/19

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Toruniu, ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM)", nr referencyjny: DZP-271.95.2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 15 grudnia 2017 r., nr 2017/S 241 500397.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, w tym: oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Arkus & Romet Group Sp. z o.o., Podgrodzie 32c,39-200 Dębica i WIM System Sp. z o.o.,ul. Handlowa 3, 35-103 Rzeszów (dalej: „odwołujący") oraz oferta wykonawcy BIKEU Sp. z o.o. Pismem z dnia 20 lutego 2019 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

W dniu 4 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców w wyniku unieważnienia czynności z dnia 04.06.2018 r. polegającej na wyborze oferty odwołującego, mimo iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą a odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji - przez podjęcie bezpodstawnej decyzji o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert,

2)art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo iż odwołujący nie podlega wykluczeniu i wykazał to w postępowaniu w sposób prawidłowy przedstawiając referencje zamawiającego potwierdzające należyte wykonanie wymaganej usługi referencyjnej, a w konsekwencji przy przedstawieniu inforM.ji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu nie wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa,

3)art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż nie zachodziły wobec odwołującego żadne przesłanki uzasadniające jego wykluczenie z postępowania,

4)art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości wskutek żądania od odwołującego dokumentów niebędących dokumentami niezbędnymi dla przeprowadzenia postępowania, które to dokumenty nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp (tj. spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia),

5)przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez żądanie przedstawienia przez odwołującego dokumentów, które nie są przewidziane przepisami prawa,

6)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek prowadzenia postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez uwzględnienia zasady proporcjonalności i przejrzystości poprzez żądanie od odwołującego dokumentów niewskazanych w siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu,

7)art. 198a ust. 1 ustawy Pzp poprzez próbę podważenia prawidłowości orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z pominięciem jedynego dopuszczalnego w takim celu środka zaskarżenia w postaci skargi do sądu.

W szczególności odwołujący wskazał:

„Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, tj. gdy wykonawca udowodni, iż wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegająca na uruchomieniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, działającego nie mniej niż 12 miesięcy. (…) Na

wezwanie zamawiającego wykonawca złożył stosowny wykaz usług z dnia 12-02-2018 r. wykazując w nim, że od dnia 1 czerwca 2016 r. do dnia 30 listopada 2017 r., tj. przez 15 miesięcy wykonawca świadczył usługę polegającą na uruchomieniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego 305 rowerów. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawca przedłożył referencje wystawione w dniu 23-01-2018 r. przez Gminę Miasto Toruń, w której strukturze działa zamawiający, a z których wynika, że usługa świadczona przez wykonawcę została wykonana należycie. Mimo tego zamawiający w dniu 01-03-2018 r. po raz pierwszy wykluczył wykonawcę z postępowania i odrzucił jego ofertę, uznając, że wykonawca nie wykazał spełniania powyższego warunku. Na skutek odwołania wykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28-03-2018 r. sygn. akt KIO 459/18 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazała ponowną ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty, stwierdzając, że „odwołujący udowodnił w niniejszym postępowaniu, że przez co najmniej 12 miesięcy zarządzał systemem publicznego roweru obejmującego co najmniej 300 rowerów". (…)

Dopiero w dniu 04-06-2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, co stanowiło wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28-03-2018 r. sygn. akt KIO 459/18. Czynność tę zaskarżył inny z wykonawców biorących udział w postępowaniu - BIKEU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, któryw odwołaniu kwestionował spełnianie przez wykonawcę tego warunku, mimo iż był on już przedmiotem pozytywnej oceny Izby. Odwołanie wniesione przez BIKEU spółkaz ograniczoną odpowiedzialnością zostało odrzucone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28-06-2018 r. sygn. akt KIO 1180/18, co potwierdziło ponownie, że dokonany przez zamawiającego wybór oferty wykonawcy - Arkus & Romet Group spółkaz ograniczoną odpowiedzialnością i WIM System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jest prawidłowy. Co istotne KIO zwróciła w nim uwagę na to, że okoliczność spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu została już raz pozytywnie oceniona przez KIO w wyroku z dnia 28-03-2018 r. sygn. akt KIO 459/18 i nie może być po raz kolejny weryfikowana przez zamawiającego, ani ponownie przez KIO, ponieważ kwestia ta była już raz przedmiotem prawomocnego rozstrzygnięcia przez KIO. (…)

Mimo rozstrzygnięcia KIO zamawiający podjął kolejną próbę uchylenia się od zawarcia umowy z wykonawcą i pismem z dnia 06-07-2018 r. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy - Arkus & Romet Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i WIM System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz unieważnił postępowanie powołując się na to, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (…) Na skutek odwołania wykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30-07-2018 r. sygn. akt KIO 1402/18 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazała unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Sąd Okręgowy w Toruniu wyrokiem z dnia 09-10-2018 r. sygn. akt VI Ga 186/18 oddalił skargę zamawiającego od wyroku Izby. (…)

Mimo przedstawionych wyżej rozstrzygnięć KIO, przesądzających ponad wszelką wątpliwość, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania oraz że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także - co istotne - że brak jest podstaw do ponownego weryfikowania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający - mimo wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej - nie zawarł z nim umowy o zamówienie publiczne, lecz zaskarżonymi w raM.h niniejszego odwołania czynnościami po raz kolejny unieważnił wybór oferty wykonawcy oraz wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę. W uzasadnieniu tych czynności zamawiający przywołał art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP wskazując, iż wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu inforM.ji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem zamawiającego wprowadzenie go w błąd ma polegać na złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia, iż wykonawca obsługiwał 305 rowerów przez 15 miesięcy faktycznego funkcjonowania systemu. Mimo, iż ustalenie to pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28-03-2018 r. sygn. akt KIO 459/18 oraz postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28-06-2018 r. sygn. akt KIO 1180/18 zamawiający podjął kolejną próbę weryfikowania spełniania przez wykonawcę tego samego warunku udziału w postępowaniu, które zostało już ocenione przez KIO.

W ocenie zamawiającego brak spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ma wynikać z następujących okoliczności: ze stanowiska p. M. N., który miał oświadczyć, że system TRM miał nie liczyć 300 rowerów, z opracowania p. K. C. „ko projekty", która miała stwierdzić, że w raM.h TRM miało funkcjonować dużo mniej rowerów niż zakładała podpisana umowa, z raportów z objazdów 30 stacji przedłożonych przez p. M. N., z braku udokumentowania umów barterowych, ze złożenia nieprawdziwych oświadczeń przez M. D. i P. W., z braku wykazania, że usługi wykonywane przez firmę Sprint-Trans i Studiograf pokrywają się z usługami realizowanymi przez M. N., wreszcie z braku przedstawienia przez wykonawcę dowodów negujących prawdziwość okazanych przez zamawiającego wydruków z systemu TRM24. W ocenie zamawiającegoo zamierzonym wprowadzeniu go w błąd przez wykonawcę ma wreszcie świadczyć postawienie M. M. zarzutu z art. 297 k.k., tj. przedłożenia MZD, jako organowi dysponującemu środkami publicznymi w celu uzyskania zamówienia publicznego oświadczeń M. D. i P. W. o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia, poświadczających nieprawdę.

W pierwszej kolejności wykonawca podnosi, że zarzut zamawiającego jakoby wykonawca przedstawiając inforM.ję, że obsługiwał 305 rowerów przez 15 miesięcy faktycznego funkcjonowania systemu, wprowadził zamawiającego w sposób zamierzony w błąd jest całkowicie chybiony, a przywoływane przez zamawiającego okoliczności na poprawcie tego zarzutu pozbawione jakiegokolwiek znaczenia.

Jak to już wyżej wykazano weryfikacja spełniania przez wykonawcę wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na uruchomieniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, przez okres nie mniej niż 12 miesięcy, była już przedmiotem szczegółowej weryfikacji przez Krajową izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 28-03-2018 r. sygn. akt KIO 459/18. W orzeczeniu tym KIO orzekła ponad wszelką wątpliwość (str. 39 i str. 41 orzeczenia): „Co do świadczenia przez odwołującego usługi systemu roweru publicznego przez co najmniej 12 miesięcy obejmującego 300 rowerów. Z szeregu przeprowadzonych dowodów z dokumentów przywoływanych zarówno przez zamawiającego jak i odwołującego a przedstawionych w części uzasadnienia wyroku obejmującego „ustalenia Izby" wynika, że zgodnie z zawartymi umowami z odwołującym system roweru miejskiego dla M. Torunia w latach 2016 - 2017 obejmował co najmniej 300 rowerów. (...) Izba zamyka postępowanie dowodowe na podstawie przywołanych dokumentów i stwierdza, że odwołujący udowodnił w niniejszym postępowaniu, że przez co najmniej 12 miesięcy zarządzał systemem publicznego roweru obejmującego co najmniej 300 rowerów".

W wyroku tym KIO przyjęła także, że przedłożone przez wykonawcę referencje z dnia 23-01- 2018 r. wystawione przez Gminę Miasto Toruń, w której strukturze działa zamawiający, jak również szereg pozostałych dowodów

przeprowadzonych w toku postępowania odwoławczego, potwierdziły w sposób dostateczny, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie podlega z tego tytułu wykluczeniu.

Z powyższych względów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Wyrok KIO stał się prawomocny wobec braku zaskarżenia go przez strony postępowania. Podkreślić należy, że orzeczenie to jest dla zamawiającego wiążące: zamawiający nie może zatem podważać wynikających z prawomocnego wyroku ustaleń dotyczących spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Koresponduje z tym w szczególności przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP, który stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie.

Wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza w kolejnym wydanym w przedmiotowej sprawie postanowieniu z dnia 28-06-2018 r. sygn. akt KIO 1180/18: „Wyrokiem z dnia 28 marca 2018 r. sygn. akt KIO 459/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego i nakazała ponowną ocenę oraz badanie ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie w treści uzasadnienia ww. wyroku Izba wyraźnie przesądziła, iż „(...) system roweru miejskiego dla M. Torunia w latach 2016-2017 obejmował co najmniej 300 rowerów (...) odwołujący udowodnił w niniejszym postępowaniu, że przez co najmniej 12 miesięcy zarządzał systemem publicznego roweru obejmującego co najmniej 300 rowerów". Wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku o wskazanej powyżej treści, przy uwzględnieniu stanowiska zawartego w pisemnym uzasadnieniu do wyroku, oraz wobec braku zaskarżenia tego orzeczenia do sądu, zobowiązywało Zamawiającego nie tylko do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum WIM System z postępowania, ale także uniemożliwiało Zamawiającemu wykluczenie tych wykonawców z Postępowania wobec niespełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 5.1.2.1 SIWZ, tj. zobowiązywało Zamawiającego do uznania, że Konsorcjum WIM System wykazało spełnienie ww. warunku udziału w Postępowaniu. Zakwestionowanie ww. wyroku Izby było możliwe jedynie w drodze złożenia skargi do sądu okręgowego, co jednak nie nastąpiło. Tym samym po stronie Zamawiającego powstał (prawomocny) obowiązek respektowania wszystkich wskazanych powyżej rozstrzygnięć Izby - zarówno dotyczących unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniej oraz unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum WIM System z Postępowania, jak i uznania, iż wykonawcy ci spełnili warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 5.1.2.1 SIWZ. Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, iż zamawiający wykonuje wyrok Izby nie tylko unieważniając wskazane czynności, ale również poprzez uznanie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania w takim zakresie, w jakim zostało to przez Izbę prawomocnie przesądzone w treści wydanego orzeczenia."

W świetle zapadłych orzeczeń podejmowane przez zamawiającego czynności zmierzające do dalszego weryfikowania, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, ocenić należy jako czynności bezprawne, bo dokonywane wbrew wydanym orzeczeniom. Co więcej zamawiający prowadził czynności, których celem było nie tylko podważenie przesądzonej przez KIO okoliczności spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, ale w istocie podważenie orzeczenia KIO. Czynności te są bezprzedmiotowe i rażąco sprzeczne z prawem i elementarną logiką, skoro fakt należytego wykonania referencyjnej usługi został potwierdzony w piśmie z dnia 23-01-2018 r. przez Gminę Miasto Toruń, w której strukturze działa zamawiający, na co wyraźnie wskazała KIO w swym orzeczeniu z dnia 28-03-2018 r. sygn. akt KIO 459/18. Nie sposób zatem postawić wykonawcy zarzutu, że w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu inforM.ji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, skoro oświadczenie jego jest prawdziwe, a w celu jego wykazania posłużył się referencjami, które wystawiła Gmina Miasto Toruń, w której strukturze działa zamawiający. (…)

Takie działanie zamawiającego uznać należy także za naruszające art. 198a ust. 1 PZP poprzez próbę podważenia prawidłowości orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczejz pominięciem jedynego dopuszczalnego w takim celu środka zaskarżenia w postaci skargi do sądu. Izba uwzględniła bowiem odwołanie wykonawcy uznając, że złożone dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia oraz podczas rozprawy przed KIO należy uznać za prawidłowe i w tym zakresie uwzględniła zarzuty odwołania w całości. Tym samym zamawiający winien był w oparciu o złożone dokumenty i wyjaśnienia dokonać wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Po wydanym wyroku Izby i braku wniesienia skargi w tym zakresie niewątpliwym jest, iż zamawiający winien był wykonać niezwłocznie wyrok KIO, a nie wszczynać dalszego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rozstrzygniętym przez Izbę. Z faktu nakazania przez Izbę powtórzenia badania i oceny oferty nie można bowiem wywodzić pozostawienia zamawiającemu swobody co do oceny okoliczności faktycznych będących przedmiotem odwołania, te bowiem zostały już przez Izbę ocenione. Zamawiający wykonując orzeczenie Izby i ponownie dokonując badania i oceny oferty mógł dokonywać badania oferty w każdym zakresie, poza tym, który został rozstrzygnięty wyrokiem Izby. Zasadny jest zatem zarzut, iż Zamawiający wszczynając po raz kolejny procedurę żądania złożenia dodatkowych dokumentów oraz wyjaśnień nie zgadzał się z orzeczeniem KIO i zamiast wnieść skargę do sądu na orzeczenie Izby, wszczął poszukiwania podstaw, aby po raz kolejny odrzucić ofertę wykonawcy. Trudno przyjąć za logiczne założenie, iż zamawiający prowadzi postępowanie wyjaśniające w celu potwierdzenia zasadności wyroku KIO zapadłego w sprawie. Akceptowanie takiego postępowania zamawiającego byłoby "otwarciem furtki" dla zamawiających, którzy nie chcąc ryzykować (w przypadku oddalenia skargi) ponoszenia kosztów skargowych prowadziliby postępowania wyjaśniające, dopóki nie doszukają się podstaw do odrzucenia po raz kolejny oferty danego wykonawcy. Tymczasem prawidłowość orzeczenia Izby może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na to orzeczenie do sądu przez któregokolwiek z uczestników postępowania odwoławczego, co wynika z art. 198a ust. 1 PZP. Wyłącznie sądowi działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania, czy orzeczenie KIO jest zgodne z prawem oraz czy Izba prawidłowo ustaliła i oceniła stan faktyczny (…)

W ocenie odwołującego wykluczenie go przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP jest w istocie próbą obejścia przez zamawiającego skutków prawomocnego wyroku Izby, stwierdzającego spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który wykazał w sposób prawidłowy spełnienie warunku udziału w postępowaniu (co potwierdza orzeczenie KIO), nie może jednocześnie wprowadzać w tym samym zakresie w błąd zamawiającego. (…)".

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia dokonanej w dniu 20.02.2019 r. czynności polegającej na unieważnieniu wyboru oferty

najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego, unieważnienia czynności polegającej na powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu odwołującego oraz unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty jako oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu,

2)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 14 marca 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1.oddalenie odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w pkt od 1 do 3 oraz odrzucenie odwołania w pkt od 4 do 7, względnie o oddalenie zarzutów zakreślonych w pkt od 4 do 7, a tym samym o oddalenie odwołania w całości,

2.przeprowadzenie dowodów z przedłożonej dokumentacji postępowania, w tym w szczególności z przywołanych w treści pisma zamawiającego z dnia 20.02.2019 r. wezwań do wyjaśnień oraz wyjaśnień konsorcjum wraz z dowodami (k - 103),

3.zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

„I.odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w pkt od 4 do 7.

W ocenie Zamawiającego, odwołanie powinno zostać odrzucone w części dotyczącej zarzutów przytoczonych w pkt od 4 do 7, a to ze względu na treść art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, z którego wynika, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp. Zarzuty te odnoszą się bowiem do czynności Zamawiającego podejmowanych w trybie art. 26 ust. 4 pzp odpowiednio dnia 25.04.2018r., 09.05.2018r., 17.05.2018r. oraz 21.05.2018r. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania inforM.ji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, środki ochrony prawnej w zakresie zarzutów z pkt 4 do 7 odwołania, Konsorcjum zobligowane było wnieść w zawitych terminach 10 dni liczonych od przesłania drogą elektroniczną w tych dniach wezwań do złożenia wyjaśnień. (…) Skoro jednak tego nie uczynił, należy uznać, że zarzuty te podlegają odrzuceniu, a dokonane czynności wywołały określone skutki prawne, o czym szerzej dalej w treści uzasadnienia.

W przypadku gdyby jednak Izba doszła do odmiennego przekonania, wnoszę o oddalenie zarzutów odwołania w zakresie pkt 4 do 7 podtrzymując argumentację na tę okoliczność wyrażoną w piśmie z dnia 20.02.2019r., jak również tę przytoczoną powyżej, odnośnie wywołania w postępowaniu określonych skutków prawnych wyjaśnieniami Odwołującego złożonymi w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

II.oddalenie odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w pkt od 1 do 3.

Argumentacja zawarta w uzasadnieniu zarzutów sformułowanych w pkt od 1 do 3 odwołania sprowadza się w istocie do przywołania wyroku KIO z dnia 28.03.2018r. KIO 459/18. Jednak stanowisko Odwołującego w tym zakresie nawzajem się wyklucza. Z jednej strony Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak wykonania wyroku KIO 459/18, a z drugiej powołuje się na postanowienie KIO z dnia 28.06.2018r., KIO 1180/18, w którym Izba wyraźnie zaakcentowała, iż na skutek pełnego wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO 459/18, odrzuca odwołanie BikeU Sp. z o.o. Odwołujący nawet nie stara się odnieść do ustaleń Zamawiającego obszernie przytoczonych w piśmie z dnia 20.02.2019r., w oparciu o które nastąpiło wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, co zostało również poparte postępowaniem dowodowym przeprowadzonym przez niezależny organ, jakim jest prokuratura. Odwołujący nie przeczy im wcale, konstatując jedynie, że postawienie zarzutów M. M. o czyn z art. 297 kodeksu karnego, tj. o oszustwo gospodarcze polegające na przedłożeniu MZD, jako organowi dysponującymi środkami publicznymi w celu uzyskania zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM), oświadczeń o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia poświadczających nieprawdę, w jego ocenie pozostaje bez znaczenia.

Tego rodzaju wniosek nie może się ostać. Odwołujący zdaje się nie zauważać, że zarówno przepisy pzp, jak i odpowiednie regulacje materialnego prawa karnego, chronią interes publiczny przed jego angażowaniem w stosunki prawne z podmiotami, które nie dają rękojmi należytego, opartego na zasadach uczciwości i rzetelności, wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający jest daleki od przesądzania o czyjekolwiek winie lub niewinności, ale też obligatoryjna przesłanka wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu przywołania w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, nie uzależnia dokonania tej czynności od wykazania przez zamawiającego istnienia rozstrzygnięcia czy to prawomocnego, czy też nie, jakiegokolwiek innego organu, oprócz samego zamawiającego. To zamawiający zobligowany jest podejmując się wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, okoliczności stanowiące tego podstawę odpowiednio uzasadnić. Na tle zaistniałego stanu faktycznego, bagatelizowane przez Odwołującego postanowienie o przedstawieniu zarzutów M. M., nie stanowiło podstawy wykluczenia, ale utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu, że jego wątpliwości, co do prawdziwości składanych przez Odwołującego w trakcie postępowania oświadczeń i dokumentów, są jak najbardziej uzasadnione.

Co do kwestii powagi rzeczy osądzonej, to za wyrokiem Sądu Okręgowegow Warszawie z dnia 04.02.2016r., XXIII Ga 2036/15, podnoszę, iż z res iudicata mamy do czynienia wówczas, gdy zachodzi tożsamość przedmiotowa rozstrzygnięcia na tle zaistniałego stanu faktycznego do daty jego wydania. Koresponduje to z art. 191 ust. 2 pzp nakazującym Izbie przy wydaniu wyroku brać za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Wyrokiem z dnia 28.03.2019r., KIO 459/18, Izba rozstrzygnęła zarzuty Konsorcjum od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp. Przeprowadzone postępowanie odwoławcze dotyczyło oceny spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia według stanu rzeczy na dzień zamknięcia rozprawy dnia 26.03.2018r., natomiast kwestionowane obecnie czynności Zamawiającego zostały dokonane 20.02.2019r. w oparciu o zgoła odmienny stan faktyczny. Konsorcjum zostało wykluczone z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, a więc za celowe wprowadzanie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu inforM.ji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jest to inna czynność Zamawiającego opartao odmienną podstawę prawną i o odmienne okoliczności faktyczne.

Co więcej, Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego dnia 04.06.2018r. postępując zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 28.03.2019r., KIO 459/18, ale ponad wszelką wątpliwość, Zamawiający jest także uprawniony i zobowiązany w toku postępowania do dnia zawarcia umowy korygować swoje czynności, nie tylko nakazane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, ale także samodzielnie, w sytuacji gdy w trakcie ponownej oceny ofert ustali okoliczności, które powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania (za wyrokiem KIO z dnia 04.04.2013r., KIO 672/13). Zamawiający ma obowiązek nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty, w przypadku wystąpienia nowych okoliczności uzasadniających powtórzenie czynności badania i oceny ofert, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i podjąć niezbędne czynności w danym stanie faktycznym, celem doprowadzenia postępowania do stanu zgodnego z

obowiązującymi przepisami prawa (…).

Po dokonaniu czynności wyboru oferty Konsorcjum dnia 04.06.2018r., Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, co do możliwości popełnienia przestępstwa przez osoby występujące w imieniu Konsorcjum, stąd też 06.07.2018r. wykonując obowiązek nałożony art. 304 kodeksu postępowania karnego, złożył stosowne zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa w Prokuraturze Rejonowej Toruń Centrum — Zachód. Prokurator wszczął w tej sprawie śledztwo, o czym Zamawiający, jako poszkodowany, został poinformowany postanowieniem z dnia 13.07.2018r. Śledztwo toczy się nadal, natomiast postanowieniem z dnia 25.01.2019r. Prokurator przedstawił M. M. zarzut popełnieniu przestępstwa z art. 297 kodeksu karnego. Stąd też w ocenie Zamawiającego, trudno w zaistniałych okolicznościach czynić Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców w wyniku unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum z dnia 04.06.2018r. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czy też art. 198a ust. 1 pzp poprzez rzekomą próbę podważenia prawidłowości orzeczenia KIO z pominięciem jedynego dopuszczalnego środka zaskarżenia, jaki jest skarga do sądu.

W związku z postawieniem M. M. zarzutu popełnienia przestępstwaz art. 297 kodeksu karnego, Zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny złożonych ofert, czego skutkiem było poinformowanie Wykonawców pismem z dnia 20.02.2019r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 04.06.2018r., powtórzeniu czynności badania i oceny złożonych ofert, o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Dokonanie tych czynności było obowiązkiem Zamawiającego, który w żaden sposób, w świetle nowych i jakże doniosłych okoliczności, nie mógł pozostawić bez ponownej weryfikacji oświadczeń i dokumentów składanych przez Konsorcjum w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Bez zbędnego powtarzania szeroko omówionych w piśmie z dnia 20.02.2019r. podstaw uzasadniających obowiązek wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, wskazuję, że z ustaleń Zamawiającego wypływa wniosek, iż Konsorcjum poczynając od złożenia JEDZ, z pełną świadomością przedstawiało wprowadzające Zamawiającego w błąd oświadczenia i dokumenty, celem wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu, a w konsekwencji celem pozyskania zamówienia publicznego.

W składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 04.05.2018r., 14.05.2018r., 18.05.2018r. oraz 28.05.2018r., Konsorcjum nie obaliło domniemania prawdziwości ustaleń, co do liczby rowerów funkcjonujących w raM.h systemu TRM wynikających z raportów i wyliczeń p. M. N. orazopracowania p. K. C. (k — 103, str. 21-22). Wyjaśnienia były wymijające, ogólnikowe lub wzajemnie sobie przeczyły. Konsorcjum oświadczając za każdym razem, że spełnia warunek wiedzy i doświadczenia:

twierdziło, że nie zna metodologii zastosowanej przez p. K. C. i na podstawie jakich danych wykonane zostało opracowanie, a gdy okazało się, że na podstawie danych przekazanych przez Konsorcjum, te odmówiło przekazania Zamawiającemu statystyk, które wcześniej udostępniło p. K. C. i z których wypłynął wniosek odnośnie mniejszej niż deklarowana przez Wykonawcę liczby rowerów dostępnych w systemie toruńskiego roweru miejskiego,

- nie odniosło się do raportów z objazdów 30 stacji przedłożonych przez p. M. N. podnosząc jedynie, że o różnych godzinach w ciągu dnia na skutek wypożyczenia rowerów nie było możliwości zweryfikowania ich faktycznej ilości. Z kolei uwagi Zamawiającego, że do obowiązków Wykonawcy, które jako podwykonawca wykonywał p. M. N., należała relokacja rowerów do godz. 6.00 do stanu wyjściowego, a raporty są w większości z godziny 5.00, 4.45, 4.40, co umożliwiało ustalenie liczby rowerów na każdy dzień funkcjonowania systemu, co do całkowitej ich liczby, Wykonawca w ogóle nie skomentował,

podało, że przy drugiej dostawie rowerów doszło do zdublowania ich numeracji, co i tak nie ma znaczenia, bo każdy rower był identyfikowany według unikatowego kodu pin. W związku z tym, że p. K. C. w swojej analizie również powołała się na unikatowe kody pin rowerów przekazane przez Wykonawcę, Zamawiający zwrócił się o ich udostępnienie. Konsorcjum odmówiło argumentując, że nie ma takiej możliwości, ponieważ dane zostały utracone „w miesiącu kwietniu, jak KIO w naszej ocenie dokonało końcowej oceny naszych referencji'",

oświadczyło, że p. M. N. nie świadczył usług serwisowania rowerów TRM, relokacji rowerów TRM, bieżących przeglądów i napraw stacji TRM na wszystkich 30 stacjach, jako jedyny, ponieważ funkcjonowały także inne serwisy, z którymi współpraca odbywała się na zasadzie wymiany barterowej w raM.h reklamy poszczególnych firm na rowerach miejskich, innych nośnikach reklamowych lub stronie internetowej,

nie udokumentowało w żaden sposób umów barterowych, pomimo iż barter musi być odzwierciedlony w dokumentacji księgowej,

- na dowód zawarcia umów barterowych przedstawiło oświadczenia p. M. D. Firma P.U.H. „SPAWMIR" oraz P. W. Skład Fabryczny Rajstopi Skarpet, których prawdziwość podważył Prokurator w postępowaniu karnym, które stały się podstawą postanowienia zarzutu M. M. popełnienia przestępstwa z art. 297 k.k.s

- wykazywało, że oprócz p. M. N., usługi w tożsamym zakresie wykonywała także firma Sprint — Trans i Studiograf, na co przedłożyło faktury, aczkolwiek z ich analizy wynika, że okres świadczenia Sprint — Trans i Studiograf nie nakłada się na okres realizacji usługi przez p. M. o N. — odpowiednio (poz. 24-31 dotyczą okresu od maja 2017 do listopada 2017r.) oraz (poz.32-33 dotyczą okresu od czerwca 2017r. do lipca 2017) - strona 9 niniejszego pisma, co nie podważa oświadczenia p. M. N., który swoje usługi świadczył do 30.04.2017r. Na prośbę Zamawiającego o odniesienie się do tych rozbieżności, stwierdziło jedynie, że rozliczenia były dokonywane z opóźnieniem, a faktury nie muszą dokładnie odzwierciedlać zdarzenia gospodarczego z danego miesiąca lecz mogą być wynikiem zdarzeń wcześniejszych, co jest wprost sprzeczne z oświadczeniem M. M. z pisma z dnia 18.05.2018r. o wypełnianiu obowiązków podatkowych i prowadzeniu pełnej księgowości w sposób transparentny i prawidłowy, bowiem zgodnie z art. 106i ustawy z dnia 11.03.2004r. o podatku od towarów i usług, fakturę wystawia się, co do zasady nie później niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę,

- nie przedstawiło żadnych dowodów negujących prawdziwość przedstawionych przez Zamawiającego wydruków z systemu TRM24, z których wynika, że na dzień 12.11.2016 liczbarowerów systemie wynosiła 149 szt., na dzień 29.11.2016r. 149 szt., na dzień 30.11.2016r. 121 szt., na dzień 16.11.2016r. 134 szt.,

- na wezwanie Zamawiającego do odniesienia się do oświadczenia p. M. D. z dnia 21.05.2018r., w którym ten odwołuje swoje oświadczenie z dnia 14.05.2018r., jako nieprawdziwe, stwierdziło jedynie, że nie ma to żadnego znaczenia w sprawie.

Co istotne, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający weryfikuje zdolności podmiotowe wykonawców w oparciu o ich oświadczenia własne. Przepisy pzp obligują Zamawiającego do wyjaśnienia każdej wątpliwości w tym zakresie i to niezależnie od źródła ich pochodzenia. Służącą temu instytucją jest art. 26 ust. 4 pzp. Zamawiający nie jest ograniczony, co do liczby kierowanych wezwań, jeżeli ciągle pozostają w postępowaniu

niewyjaśnione kwestie, a obowiązkiem wykonawcy leżącym w jego najlepiej rozumianym interesie, jest ich kompleksowe i rzetelne wyjaśnienie. Nie miało to jednak miejsca w tym postępowaniu. Najlepszym na to dowodem jest treść odwołania, w którym koronnym argumentem mającym świadczyć o bezprawnych czynnościach Zamawiającego jest powaga rzeczy osądzonej wyrokiem KIO 459/18, który przecież został w pełni przez Zamawiającego wykonany, o czym mowa w postanowieniu KIO 1180/18. Rozstrzygnięcie Izby zastępuje decyzję zamawiającego na tle zaistniałych w sprawie na dzień orzekania okoliczności faktycznych. Skoro zatem, co jest bezsporne w doktrynie i orzecznictwie, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do przeprowadzenia samokontroli do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest zawarcie umowy, to nie ma podstaw do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy na dzień 20.02.2019r. podjęte przez Zamawiającego czynności naruszają prawomocny wyrok KIO 459/18 i stan rzeczy osądzonej z niego wynikający. Zaniechanie przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów karnych M. M. stanowiłoby legalizację stanu niezgodnego z prawem, tj. wyboru oferty Konsorcjum, która podlega odrzuceniu ze względu na zaistnienie podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ustawy pzp, a w konsekwencji prowadziłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu sprzecznie z przepisami pzp, która następnie mogłaby podlegać unieważnieniu na podstawie art. 705 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy pzp, w którym mowa o sprzecznym z prawem lub też dobrymi obyczajami zachowaniem uczestnika aukcji lub przetargu."

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Z uwagi na przekazanie przez zamawiającego akt postępowania prokuraturze, Izba korzystała także z dokumentacji zgromadzonej w raM.h postępowań odwoławczych o sygnaturach: KIO 459/18, KIO 1180/18 i KIO 1402/18.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM).

W pkt 5.1.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, tj. gdy wykonawca udowodni, iż wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę polegającą na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, działającego nie mniej niż 12 miesięcy.

Pismem z dnia 28 lutego 2018 r. zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę spółki BIKEU. Podstawą wykluczenia było uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Odwołujący wniósł odwołanie, które zostało uwzględnione (sygn. akt KIO 459/18) i Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz ponowną ocenę i badanie ofert. Pismem z dnia 18 kwietnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz o przystąpieniu do ponownej oceny i badania ofert.

Następnie zamawiający skierował do odwołującego i innych podmiotów szereg pism mających na celu uzyskanie wyjaśnień, czy liczba rowerów, które dostarczył i którymi zarządzał odwołujący, wynosiła rzeczywiście co najmniej 300. Pisma te wraz z uzyskanymi przez zamawiającego odpowiedziami zostały przytoczone poniżej w zacytowanej inforM.ji z dnia 20 lutego 2019 r. o wykluczeniu odwołującego.

Pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Wykonawca BIKEU Sp. z o.o. zakwestionował ww. wybór wskazując, że odwołujący (czyli konsorcjum Arkus & Romet Group oraz WIM System) podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp. Odwołanie wykonawcy BIKEU zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp (sygn. akt KIO 1180/18).

Pismem z dnia 6 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 4 czerwca 2018 r. oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący złożył w tej sprawie odwołanie, które zostało przez Izbę uwzględnione (sygn. akt KIO 1402/18). Skarga zamawiającego na ww. wyrok KIO została oddalona wyrokiem Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 9 października 2018 r. (sygn. akt VI Ga 186/18).

Pismem z dnia 6 lipca 2018 r. zamawiający zawiadomił Prokuraturę Rejonową Toruń – Zachód o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 270 i art. 297 kodeksu karnego przez osobę występującą w imieniu odwołującego. Prokuratura wszczęła śledztwo, które w zakresie podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 270 k.k. zostało umorzone, natomiast w zakresie podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 297 k.k. zakończyło się postawieniem zarzutów.

Pismem z dnia 20 lutego 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o:

1. unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 4 czerwca 2018 r. złożonej przez odwołującego,
2. powtórzeniu czynności badania i oceny złożonych ofert,
3. wykluczeniu z udziału w postępowaniu odwołującego, tj. konsorcjum: Arkus&Romet Group Sp. z o.o. i WIM System Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum, gdyż oferta wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności, co następuje.

„Pismem z dnia 19.04.2018r., Zamawiający zwrócił się do Pana M. N., który był podwykonawcą członka Konsorcjum - WIM System sp. z o.o. bezpośrednio zaangażowanym w realizację referencyjnej usługi na rzecz Gminy Miasta Toruń, z zapytaniem o zakres świadczonych przez niego usługo oraz o podanie liczby rowerów funkcjonujących w raM.h systemu od czerwca 2016r. do listopada 2017r.

Z pisma p. M. N. z dnia 24.04.2018r. wynika, iż na mocy umowy z dnia 21.02.2014r. zawartej pomiędzy WIM System sp. z o.o. a Panem W. N. oraz M. N.r, której przedmiotem było świadczenie usługi serwisowej sprzętu rowerowego w miesiącach marzec - listopad każdego roku obowiązywania umowy w raM.h systemu bezobsługowych wypożyczalni rowerów Toruński Rower Miejski (TRM), która została zawarta na czas określony od dnia 01.03.2015r. do dnia 30.11.2017r., był podwykonawcą generalnego wykonawcy tej usługi (WIM System sp. z o.o. i poprzednika prawnego tej spółki).

Z oświadczenia p. M. N. wynika, iż w zakresie świadczonej usługi,w badanym okresie jej realizacji, tj. *od czerwca 2016r. do listopada 2017r. system Toruńskiego Roweru Miejskiego nie liczył co najmniej 300 rowerów i tylko raz w lipcu*

2016r. liczba rowerów wyniosła 201 szt., *w pozostałym zaś okresie wykonywania usługi nie przekroczyła nawet 200 szt.* Pan M. N. zaznaczył również, że jako*jedyna firma* obsługiwał wszystkie 30 stacji funkcjonujące w systemie Toruńskiego Roweru Miejskiego, a także że nikt inny nie świadczył usług tego samego rodzaju na rzecz WIM System sp. z o.o.

Wobec takiego stanu rzeczy, Zamawiający pismem z dnia 25.04.2018r. zwrócił się do Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 4 pzp o podanie faktycznej liczby rowerów obsługiwanych w raM.h systemu Toruński Rower Miejski (TRM) z rozbiciem na poszczególne miesiące wynikające z ostatecznego oświadczenia Wykonawcy z dnia 12.02.2018r. o zdolności technicznej i zawodowej złożonego Zamawiającemu na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, a mianowicie za okres czerwiec 2016r. - listopad 2016r. oraz marzec 2017r. - listopad 2017r. W treści wezwania przywołano również fragment opracowania p. K. C. „ko projekty" wskazującego na ilość rowerów funkcjonujących w raM.h systemu toruńskiego roweru miejskiego oraz przekazano oświadczenie p. M. N. z dnia 24.04.2018r. wraz z raportami obrazującymi liczbę obsługiwanych rowerów.

W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum pismem z dnia 04.05.2018r. (wpłynęło 07.05.2018r.) oświadczyło, iż do opracowania p. K. C., w którym autorka stwierdza, iż „*Analiza statystyk otrzymanych od Operatora wskazuje, że w raM.h TRM mogło funkcjonować dużo mniej rowerów niż zakładała podpisana umowa. Według wszystkich podpisanych umów w Toruniu powinno być dostępnych dla mieszkańców 320 rowerów. W czerwcu 2016 roku odnotowano maksymalną liczbę unikalnych numerów przypisanych do każdego roweru. Ich liczba wynosiła 195 rowerów. Znaczy to, że pozostałe 125 rowerów nie wykonały ani jednej podróży w tym miesiącu. W listopadzie liczba unikalnych numerów wynosiła już tylko 143 a więc ponad połowa rowerów nie wykonała żadnej podróży. Choć teoretycznie jest to oczywiście możliwe, praktycznie wydaje się mało prawdopodobne*", nie może się odnieść, gdyż *nie jest mu znana metodologia wykonywania analiz, w tym na podstawie jakich danych zostały wykonane*. Dalej Konsorcjum stwierdziło, iż odnośnie liczby rowerów, w trakcie ich dostawy, doszło do pomyłki w oznaczeniu, która doprowadziła do tego, iż numery w przedziale od 1 do 120 miały podwójne oznaczenie, co dla funkcjonowania systemu nie miało znaczenia, „*bowiem rowery te były odpowiednio identyfikowane elektronicznie za pomocą unikatowego kodu pin*". Wykonawca wskazał również, że przez cały okres działania dotychczasowego systemu zamawiający nie zwracał się z zastrzeżeniami, co do ilości i jakości rowerów funkcjonujących w systemie, a kwestionowanie ilości rowerów w niniejszym postępowaniu oznacza w istocie kwestionowanie pracy swoich służb w zakresie pełnienia nadzoru nad dotychczasowym systemem roweru miejskiego i wypłatę środków publicznych za nienależyte wykonanie zamówienia, co stoi wprost w sprzeczności z zasadami dyscypliny budżetowej. Dodatkowo Wykonawca oświadczył, że *wbrew oświadczeniu p. M. N., jego firma nie świadczyła usług, jako jedyna, bowiem grup serwisowych, w zależności od potrzeb było dwie albo trzy, a zdarzało się również, że rowery w ilości 30 czy 50 szt. były składowane poza ewidencją systemu. Wykonawca zaznaczył również, że dysponował oddzielnym od p. M. N. magazynem, z którego p. N. nie korzystał, a przedłożone przez niego raporty należy rozważyć w kategoriach pomyłki i nieporozumienia*. Jednocześnie Wykonawca podał ilość rowerów obsługiwanych w raM.h TRM z rozbiciem na poszczególne miesiące, tj. w badanym przez Zamawiającego okresie co najmniej 12 miesięcy, gdzie za okres *od czerwca 2016r. do listopada 2016r. liczba rowerów wynosiła 300-310 szt., a za okres od marca 2017r. do listopada 2QI7r. liczba rowerów wynosiła 305 szt. - ilości rowerów zostały odniesione do 30 stacji funkcjonujących w raM.h systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego*.

Pismem z dnia 09.05.2018r. Zamawiający zwrócił się ponownie do Wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, wątpliwości odnośnie:

1. przedłożenia Zamawiającemu statystyk przekazanych p. K. C. przez Wykonawcę, na podstawie których autorka opracowania wywnioskowała, iż w raM.h systemu Toruński Rower Miejski nie funkcjonowało 300 rowerów - przynajmniej do czerwca 2017r., na który datowane jest opracowanie;
2. przedłożenia dokumentów, które pozwoliłyby na identyfikację za pomocą unikatowego kodu pin rowerów funkcjonujących w raM.h referencyjnej usługi w rozbiciu na 15 miesięcy realizacji usługi w raM.h systemu Toruński Rower Miejski;
3. przedłożenie umów z innymi podmiotami na świadczenie usług w zakresie objętym umową z dnia 21.02.2014r. z Panem W. i M. N. lub też innych dokumentów, które potwierdzą oświadczenie Wykonawcy w tym zakresie wraz z fakturami oraz dowodami zapłaty;
4. wskazania, gdzie mieścił się drugi magazyn, z którego p. M. N. nie korzystał, kto z niego korzystał, w jakim zakresie i okresie realizacji usługi oraz przedłożenie umowy najmu magazynu wraz z fakturami oraz dowodami zapłaty.

Dnia 14.05.2018r. (wpłynęło 16.05.2018r.) Wykonawca odpowiedział na powyższe wezwanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy pzp, przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016r., poz. 1126) – dalej rozporządzenie, art. 7 ust. 1 oraz art. 198a ust. 1 ustawy pzp. Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający wzywając Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, nie wykonał wyroku KIO z dnia 28.03.2018r., KIO 459/18, bowiem w jego ocenie, Izba rozstrzygnęła już wszystkie wątpliwości nakazując wybór oferty Wykonawcy, a w zakresie postępowania wyjaśniającego Zamawiający nie ma swobody, bowiem badać i oceniać oferty może w każdym zakresie, poza tym, który został rozstrzygnięty wyrokiem Izby.

Pomimo tych zarzutów Wykonawca odniósł się do wezwania Zamawiającego z dnia 09.05.2018r. i oświadczył, iż:

1. *nie ma obowiązku przekazania Zamawiającemu statystyk, które przekazał p. K. C., gdyż taki obowiązek nie wynikał z dokumentacji przetargowej;*
2. nie jest możliwe przedstawienie analizy zawierającej unikatowe kody pin rowerów, które funkcjonowały w raM.h referencyjnej usługi, ponieważ *dane te zostały utracone w miesiącu kwietniu, jak KIO w naszej ocenie dokonało końcowej oceny naszych referencji";*
3. *współpraca z innymi serwisami odbywała się na zasadzie wymiany barterowej w raM.h reklamy poszczególnych firm na rowerach miejskich*, innych nośnikach reklamowych lub stornie internetowej, dlatego też nie ma możliwości udokumentowania tej współpracy poprzez dokumenty finansowe, a w tym zakresie powinny Zamawiającemu wystarczyć oświadczenia złożone przez *p. M. D. Firma P.U.H. „SPAWMIR" oraz P. W. Skład Fabryczny Rajstop i Skarpet*, z których wynika, że podmioty te w raM.h umów barterowych świadczyły usługi transportowe i serwisowe dla operatora systemu rowerów miejskich w Toruniu firmy WIM System sp. z o.o. na kwoty odpowiednio 4 -5 tys. zł i 6-8 tys. zł miesięcznie w latach 2016-2017;
4. przedkłada dokumenty na wynajem magazynu, z którego korzystały w trakcie realizacji usługi różne podmioty, co i tak w ocenie Wykonawcy jest bezprzedmiotowe.

(…) Zamawiający pismem z dnia 17.05.2018r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia:

1. Czy magazyn Cezas był tym drugim magazynem, z którego p. M. N. nie korzystał;
2. Czy Sprint - Trans był jednym z podmiotów, który świadczył na rzecz Wykonawcy usługi w zakresie tożsamym ze

świadczeniem p. N., ponieważ współpraca z p. N. zakończyła się *wypowiedzeniem z dnia 30.03.2017r. ze skutkiem na 30.04.2017r.*, a okres świadczenia Sprint – Trans wynikający z przedłożonych faktur nie nakłada się na okres realizacji usługi przez p. N. (poz. 24-31 powyżej dotyczą okresu od maja 2017r. do listopada 2017r,), a o tożsamym z p. N. zakresem realizacji usługi nie może świadczyć jedna faktura za usługi transportowe z 31.03.2016r. (poz. 47 wykazu powyżej);

3. Czy Studiograf był jednym z podmiotów, który świadczył na rzecz Wykonawcy usługi w zakresie tożsamym ze świadczeniem p. N., ponieważ współpraca z p. N. zakończyła się wypowiedzeniem z dnia 30.03.2017r. ze skutkiem na 30.04.2017r., a okres świadczenia Studiograf wynikający z przedłożonych faktur nie nakłada się na okres realizacji usługi przez p. N. (poz.32-33 powyżej dotyczą okresu od czerwca 2017r. do lipca 2017r.),
4. Czy M. D. Spawmir był jednym z podmiotów, który świadczył na rzecz Wykonawcy usługi w zakresie tożsamym ze świadczeniem p. N. w badanym okresie od czerwca 2016r. do listopada 2017r. Z przedłożonych faktur oraz dowodu zapłaty (poz. 35-46 z wykazu powyżej) wynika, iż p. D. wykonywał na rzecz Wykonawcy w raM.h prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej prace ślusarskie. Jednocześnie do dokumentów dołączone zostało oświadczenie p. D. o zrealizowanej umowie barterowej na świadczenie usług transportowych w okresie 2016-2017. Z kolei Wykonawca oświadczył, iż ze względu na wymianę barterową nie może przedstawić dokumentów finansowych, potwierdzających tę okoliczność, ze wskazaniem że Zamawiającemu winno wystarczyć oświadczenie tych firm. Zatem Zamawiający podjął wątpliwości, czy wymiana barterowa z p. M. D. Spawimr pod względem należności publicznoprawnych została rozliczona, czy też pozostaje w tzw. „szarej strefie". Pomimo, że barter jest transakcją bezgotówkową, należy uwzględnić go w ewidencji księgowej, ponieważ powoduje skutki podatkowe, a tym samym obowiązek rozliczenia się z podatku dochodowego i podatku od towarów i usług, co w tym drugim przypadku oznacza konieczność udokumentowania
transakcji fakturą;
5. Czy P. W. Skład Fabryczny Rajstop i Skarpet był jednym z podmiotów, który świadczył na rzecz Wykonawcy usługi w zakresie tożsamym ze świadczeniem p. N. w badanym okresie od czerwca 2016r. do listopada 2017r. Do dokumentów dołączone zostało oświadczenie p. W. o zrealizowanej umowie barterowej na świadczenie usług transportowych w okresie 2016-2017. Z kolei Wykonawca oświadczył, iż ze względu na wymianę barterową nie może przedstawić dokumentów finansowych potwierdzających tę okoliczność, ze wskazaniem, że Zamawiającemu winno wystarczyć oświadczenie tych firm. Zatem Zamawiający podjął wątpliwości, czy wymiana barterowa z p. P. W. Skład Fabryczny Rajstop i Skarpet pod względem należności publicznoprawnych została rozliczona, czy też pozostaje w tzw. „szarej strefie". Pomimo, że barter jest transakcją bezgotówkową, należy uwzględnić go w ewidencji księgowej, ponieważ powoduje skutki podatkowe, a tym samym obowiązek rozliczenia się z podatku dochodowego i podatku od towarów i usług, co w tym drugim przypadku oznacza konieczność udokumentowania transakcji fakturą;
6. Jak się ma oświadczenie Wykonawcy o niewiarygodności stanu rowerów w systemie wynikającym z raportów przedłożonych przez p. N. (raporty są w większości z godziny 5.00, 4.45, 4.40), do obowiązków wynikających z zawartej z Gminą Miasta Toruń umowy w przedmiocie dostawy i zarządzania systemem rowerów miejskich 2014-2017/25 stacji i 250 rowerów oraz stacjami partnerskimi, która zobowiązywała Wykonawcę do relokacji rowerów do godz. 6.00 do stanu wyjściowego?
7. Wobec podważania obliczeń p. N. wynikających z załączonych raportów, oświadczenia Wykonawcy o ilości rowerów w systemie z dnia 07.05.2018r., Zamawiający jeszcze raz zwrócił się do Wykonawcy o przedstawienie analizy statystyk przekazanych p. K. C., skoro w ocenie Wykonawcy statystyki te mogą jedynie potwierdzić przedstawioną przez Wykonawcę liczbę rowerów w systemie;
8. Raportów z systemu TRM24, z których wynika, iż liczba rowerów na dzień 12.11.2016r. wynosiła 149 szt., na dzień 29.11.2016r. wynosiła 149 szt., na dzień 30.11.2016r. wynosiła 121 szt., na dzień 16.11.2016r. wynosiła 134 szt.;
9. Czy podpis złożony pod pismem z dnia 16.05.2018r. jest autentycznym podpisem p. M. M., która w ofercie, jak i w innych oświadczeniach i dokumentach składanych w niniejszym postępowaniu, posługiwała się innym podpisem.

Wykonawca pismem datowanym na 18.05.2018r. (wpłynęło 21.05.2018r.) wyjaśnił, iż:

1. Magazyn Cezas był magazynem, z którego p. N. nie korzystał, za wyjątkiem okresów na początku i końcu sezonu;
2. Sprint - Trans, M. D. Spawmir, Studiograf, P. W. byli tymi podmiotami, które świadczyły usługi tożsame ze świadczeniem p. N., a rozliczenia były dokonywane z opóźnieniem, co oznacza, że faktury nie muszą dokładnie odzwierciedlać zdarzenia gospodarczego z danego miesiąca, lecz mogą być wynikiem zdarzeń wcześniejszych wykonywanych zgodnie ze zleceniem;
3. Odnośnie raportów przekazanych przez p. N., Wykonawca podniósł, że nie było kontroli, która wykazałaby nieprawidłowości;
4. Ze statystyk przekazanych p. K. C. nie da się wyliczyć ilości rowerów w związku z tym Wykonawca *nie odniósł się do tych statystyk*;
5. Podważył wiarygodność wydruków z systemu TRM24, z których wynika ilość rowerów wskazując na stacje nr 2,3,4 i 5, które nie dotyczą TRM24;
6. Potwierdził, że podpis złożony pod pismem z dnia 16.05.2018r. jest autentycznym podpisem p. M. M., a odmienność formy graficznej może być wynikiem zmęczenia lub złej jakości długopisu.

W związku z twierdzeniem Wykonawcy, że nie zna metodologii przyjętej przez p. K. C. „ko projekty" w opracowaniu z czerwca 2017r. „Toruński Rower Miejski" oraz odmową udostępnienia statystyk, które Wykonawca przekazał autorce tego opracowania i które stały się podstawą do stwierdzenia, że „w raM.h TRM mogło funkcjonować dużo mniej rowerów niż zakładał a podpisana umowa", Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 21.05.2018r. do p. K. C. o przekazanie tych statystyk oraz opis metodologii przyjętej w opracowaniu.

Następnie pismem z dnia 21.05.2018r. Zamawiający zwrócił się do p. M. N. z zapytaniem, czy:

1. w trakcie realizacji usługi na rzecz WIM System sp. z o.o. w okresie od czerwca 2016r. do kwietnia 2017r. korzystał z magazynu Cezas, a jeżeli tak to w jakim zakresie, np. sporadycznie, codziennie, czy tylko na początku i na końcu sezonu rowerowego;
2. jest mu wiadome, aby w trakcie realizacji usługi na rzecz WIM System sp. z o.o. podmiot o nazwie Sprint - Trans, Studiograf M. D. Spawmir, czy też P. W. świadczył usługi w tożsamym zakresie i okresie od czerwca 2016r. do kwietnia 2017r.

Z kolei pismem z dnia 21.05.2018r. Zamawiający zwrócił się do p. S. D. Spawmir o odpowiedź na pytanie *czy w latach 2016-2017 świadczył Pan na rzecz WIM System sp. z o.o. w raM.h umowy barterowej usługi transportowe (przewóz rowerów) o wartości 4 -5 tys. zł miesięcznie w zamian za co otrzymywał Pan świadczenie niepieniężne, tj.*

reklamy na różnych nośnikach reklamowych.

Z zapytaniem, jak wyżej, Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 21.05.2018r. do Pana P. W., Skład Fabryczny Rajstop i Skarpet.

Dnia 21.05.2018r. p. S. D. Spawmir złożył oświadczenie, w którym wyjaśnił, że podpisał oświadczenie z dnia 14.05.2018r. *przedłożone mu przez W. M.* w dobrej wierze, nie znając dokładnie jego treści, szczególnie tego fragmentu, który dotyczy umowy barterowej na świadczenie usług transportowych w kwocie 4-5 tys. miesięcznie w latach 2016-2017. Nie ma na tę okoliczność żadnych dokumentów finansowych - ani umów, ani zleceń, a w szczególności faktur, ponieważ usługa taka nie miała miejsca. *Jednocześnie p. M. D. oświadczył, że nie świadczył w raM.h Toruńskiego Roweru Miejskiego w okresie czerwiec 2016 - listopad 2017 usług serwisowych w zakresie tożsamym co p. M. N., ponieważ jego usługa polegała na wykonywaniu na bieżąco zlecanych prac ślusarskich zgodnie załączonymi przez WIM System sp. z o.o. fakturami.*

W e- mailu z dnia 22.05.2018r. p. K. C. „ko projekty" wskazała, że *Metodologia wyliczeń opierała się na następującej analizie:*

- *otrzymano dane od operatora (plik w załączniku),*
- *w kolumnie B znajdują się unikatowe numery roweru tzw. "id roweru",*
- *w kolumnie A znajdują się wszystkie przejazdy,*
- *wyznaczyliśmy listę rowerów, które w ciągu miesiąca przemieściły się przynajmniej raz,*
- *pozostałe nie przemieściły się ani razu w ciągu całego miesiąca.*

Wypożyczania rowerów w różnych systeM.h wahają się od kilku do kilkunastu wypożyczeń na rower każdego dnia. Tymczasem w Toruniu na podstawie otrzymanych materiałów okazało się, że wiele z rowerów nie było wypożyczonych przez cały miesiąc. Stąd pojawił się nasz wniosek. Oczywiście istnieje hipotetyczna możliwość, że akurat tych rowerów nikt nie wypożyczył. W takim przypadku rowerów mogło być 300, ale niektóre z nich nie były wypożyczane. Wydaje się to jednak mało prawdopodobne."

Pismem z dnia 21.05.2018r. (data wpływu do Zamawiającego 22.05.2018r.) p. M. N. poinformował Zamawiającego, iż:

1. korzystał wielokrotnie z magazynu „Cezas" również w okresie czerwiec 2016- kwiecień 2017, aczkolwiek głównie na początku i na końcu sezonu, ponieważ magazyn ten był traktowany, jako skład na uszkodzone rowery, które nie mieściły się w magazynie podstawowym;
2. *żadna firma z wymienionych w piśmie Zamawiającego z dnia 21.05.2018r. nie świadczyła usługi w tożsamym zakresie, co p. M. N.*.

Z dokumentacji postępowania wynika również, iż p. P. W. Skład Fabryczny Rajstop i Skarpet, początkowo odmówił odebrania listu ze zwrotnym potwierdzeniem (notatka służbowa z dnia 23.05.2018r.), a po doręczeniu pisma, nie odniósł się do wezwania Zamawiającego.

Dnia 25.05.2018r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o odniesienie się do rozbieżności, co do treści oświadczenia p. M. D. przedłożonego przez Wykonawcę, a oświadczeniem p. M. D. złożonym Zamawiającemu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum pismem z dnia 28.05.2018r. zarzuciło Zamawiającemu naruszenie art. 7 i 25 ust. 1 pzp, przepisów rozporządzenia, niewykonanie wyroku KIO 459/18. Co do meritum, Konsorcjum stwierdziło jedynie, że oświadczenie p. M. D. nie jest mu znane i nie stanowi żadnego istotnego dowodu w sprawie żądając przy tym podania przez Zamawiającego okoliczności w jakich powstało oraz zarzucając Zamawiającemu nękanie, przesłuchiwanie i zmuszanie do oświadczeń partnerów handlowych Konsorcjum, do których miał się dopuścić Zamawiający.

Po wnikliwym rozważeniu zaistniałych i opisanych wyżej okoliczności, Zamawiający uznał, iż wyczerpane zostały środki prawne dostępne Zamawiającemu w procedurze zamówień publicznych, które pozwoliłyby na dalsze wyjaśnienie wątpliwych nadal kwestii związanych z wykazywanym przez Konsorcjum warunkiem wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe poskutkowało decyzją o wyborze oferty Konsorcjum dnia 04.06.2018r., od której do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 14.06.2018r. odwołał się Wykonawca - BIKEU sp. o.o. (…)

W ocenie Zamawiającego, w stanie faktycznym zaistniałym w przedmiotowej sprawie, zachodzi konieczność wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

Wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu musi poprzedzać unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum z dnia 04.06.2018r., co Zamawiający uczynił na podstawie art. 7 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający jest bowiem uprawniony, aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest zawarcie umowy, samodzielnie zweryfikować prawidłowość dokonanych przez siebie czynności. (…)

I tak przekładając powyższe na zaistniały stan faktyczny, Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, ponieważ:

1. Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania;
2. błąd ten dotyczy przedstawionej inforM.ji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

(…) Wprowadzenie Zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez Wykonawcę nieprawdziwych inforM.ji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną inforM.je niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich inforM.ji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż Konsorcjum (…) wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu złożyło:

1. JEDZ datowany na 18.01.2018r., gdzie w części C: Podstawy związanez niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, pkt 23 na pytanie: „Czy wykonawca może potwierdzić, że:
   a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu inforM.ji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
   b) nie zataił tych inforM.ji;
   c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
   d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję

zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać inforM.je poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd inforM.je, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?" - oświadczyło: „Tak. Rzeszów dnia 18.01.2018r. Podpis Prezesa Zarządu M. M.",

2. oświadczenie w trybie art. 26 ust. 3 pzp z dnia 12.02.2018r. o treści *„obsługiwaliśmy 305 rowerów, co daje łączenie 15 miesięcy faktycznego, funkcjonowania systemu*" i dalej „*Oświadczam, że wszystkie inforM.je podane w powyższym oświadczeniu są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu inforM.ji. Rzeszów dnia 12.02.2018r. Podpis Prezesa Zarządu M. M." wraz z referencjami Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia z dnia 23.01.2018r. oraz zaświadczenie Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia z dnia 05.11.2015r.,*

3. wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp z dnia 04.05.2018r. (wpłynęło 07.05.2018r.), w których Konsorcjum oświadczyło, iż *w okresie od czerwca 2016r. do listopada 2016r. liczba rowerów wynosiła 300-310 szt., a za okres od M. 2017r. do listopada 2017r. liczba rowerów wynosiła 305 szt. — ilości rowerów zostały odniesione do 30 stacji funkcjonujących w raM.h systemu Toruńskiego Roweru Miejskiego. Podpis Prezesa Zarządu M. M.",*

4. wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp z dnia 14.05.2018r. (wpłynęło 16.05.2018r.) zawierające oświadczenie Konsorcjum, iż nie ma obowiązku przekazania Zamawiającemu statystyk, które przekazało p. K. C., gdyż taki obowiązek nie wynikał z dokumentacji przetargowej, nie jest możliwe przedstawienie analizy zawierającej unikatowe kody pin rowerów, które funkcjonowały w raM.h referencyjnej usługi, ponieważ dane te zostały utracone „*w miesiącu kwietniu, jak KIO w naszej ocenie dokonało końcowej oceny naszych referencji*", *współpraca z innymi serwisami odbywała się na zasadzie wymiany barterowej w raM.h reklamy poszczególnych firm na rowerach miejskich*, innych nośnikach reklamowych lub stronie internetowej, dlatego też nie ma możliwości udokumentowania tej współpracy poprzez dokumenty finansowe, a w tym zakresie powinny Zamawiającemu wystarczyć oświadczenia złożone przez p. M. D. Firma P.U.H. „SPAWMIR" oraz P. W. Skład Fabryczny Rajstop i Skarpet, z których wynika, że podmioty te w raM.h umów barterowych świadczyły usługi transportowe i serwisowe dla operatora systemu rowerów miejskich w Toruniu firmy WIM System sp. z o.o. na kwoty odpowiednio 4-5 tys. zł i 6-8 tys. zł miesięcznie w latach 2016-2017, przedkłada dokumenty na wynajem magazynu, z którego korzystały w trakcie realizacji usługi różne podmioty, co i tak w ocenie Wykonawcy jest bezprzedmiotowe. *Podpis Prezesa Zarządu M. M.*

5. wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp datowane na 18.05.2018r. (wpłynęło 21.05.2018r.) gdzie Konsorcjum oświadczyło, że Magazyn Cezas był magazynem, z którego p. N. nie korzystał, za wyjątkiem okresów na początku i końcu sezonu, Sprint – Trans M. D. Spawmir, Studiograf, P. W. byli tymi podmiotami, które świadczyły usługi tożsame ze świadczeniem p. N., a rozliczenia były dokonywane z opóźnieniem, co oznacza, że faktury nie muszą dokładnie odzwierciedlać zdarzenia gospodarczego z danego miesiąca lecz mogą być wynikiem zdarzeń wcześniejszych, wykonywanych zgodnie ze zleceniem, odnośnie raportów przekazanych przez p. N., Wykonawca podniósł, że nie było kontroli, która wykazałaby nieprawidłowości, ze statystyk przekazanych p. K. C. nie da się wyliczyć ilości rowerów w związku z tym Wykonawca nie odniósł się do tych statystyk, podważył wiarygodność wydruków z systemu TRM24, z których wynika ilość rowerów wskazując na stacje nr 2,3,4 i 5, które nie dotyczą TRM24, że podpis złożony pod pismem z dnia 16.05.2018r. jest autentycznym podpisem p. M. M.,a odmienność formy graficznej może być wynikiem zmęczenia lub złej jakości długopisu. *Podpis Prezesa Zarządu M. M.*

6. oświadczenie p. M. D. przedłożone przez Konsorcjum wraz z wyjaśnieniami z dnia 14.05.2018r. oraz oświadczenie p. M. D. z dnia 21.05.2018r. złożone Zamawiającemu na wezwanie do wyjaśnienia z dnia 21.05.2018r. wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp z dnia 28.05.2018r., w których Konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu naruszenie art. 7 i 25 ust. 1 pzp, przepisów ust. 26 ust. 4 pzp, rozporządzenia, niewykonanie wyroku KIO 459/18, a co do oświadczenia p. M. D., że nie jest mu znane i nie stanowi żadnego istotnego dowodu w sprawie żądając przy tym podania przez Zamawiającego okoliczności w jakich powstało oraz zarzucając Zamawiającemu nękanie, przesłuchiwanie i zmuszanie do oświadczeń partnerów handlowych Konsorcjum, do których miał się dopuścić Zamawiający. *Podpis Prezesa Zarządu M. M.*

(…) Zebrane w sprawie dowody wskazują, że Wykonawca w sposób intencjonalny, wykorzystując okoliczność, iż świadcząc referencyjną usługę na rzecz Gminy Miasta Toruń w latach 2014/2017, rozbudowywał system toruńskiego roweru miejskiego o stacje patronackie (komercyjne) zawierając umowy z podmiotami prywatnymi takimi jak centra handlowe: Plaża, Copernicus, Kometa, Fis a Vis, Bielawy, których Gmina nie była stroną i do kontroli których nie była uprawniona, pozyskiwał poświadczenia wykonania tejże usługi od Gminy na podstawie oświadczeń własnych o funkcjonujących stacjach rowerowych i ilości rowerów. W ten sposób wprowadził Zamawiającego w błąd celem wykazania, że spełnia warunek wiedzy i doświadczenia, a ostatecznie, aby pozyskać zamówienie, co niemalże wywołało skutek biorąc pod uwagę, iż oferta Wykonawcy została wybrana dnia 04.06.2018r.

(…) W ocenie Zamawiającego, Wykonawca celowo wprowadzał Zamawiającegow błąd przedkładaj dowody, które obiektywny i niezależny organ, jakim jest prokuratura, uznał za nieprawdziwe oraz dotyczące okoliczności istotnych dla uzyskania zamówienia, co miało przeczyć wątpliwościom Zamawiającego pojawiającym się na tle opracowania K. C. „ko projekty", oświadczenia p. M. N. wraz z przedłożonymi raportami, oświadczenia p. M. D. i P. W., faktur Sprint - Trans i Studiograf oraz potwierdzić spełnianie przez Wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu. (…)"

W związku z wyżej cytowanym zawiadomieniem o wykluczeniu odwołującego, złożył on odwołanie, będące przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba odniesie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w pkt 4 – 6 dotyczących żądania przez zamawiającego od odwołującego dokumentów, które nie zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz i nie są przewidziane przepisami prawa. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania inforM.ji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W niniejszym postępowaniu zamawiający wzywał odwołującego do złożenia kwestionowanych przez niego dokumentów pismami z dnia 9 maja 2018 r. i 17 maja 2018 r. Oznacza to, że odwołanie w sprawie żądania przez zamawiającego ww. dokumentów mogło zostać wniesione w terminie 10 dni od otrzymania przez odwołującego ww. pism, tj. jeszcze w maju 2018 r. Wniesienie odwołania w tym zakresie w dniu 4 marca 2019 r., tj.

prawie rok później, należy uznać za wniesienie go z uchybieniem ustawowego terminu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Biorąc powyżej przytoczone okoliczności pod uwagę, należy stwierdzić, że odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 4 – 6 podlega odrzuceniu.

Następnie Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w pkt 1 – 3 i 7 nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. Tym samym zarzuty opisane w pkt 1 – 3 i 7 podlegają rozpatrzeniu.

Zgodnie z at. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu inforM.ji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te inforM.je lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do kwestii tego, czy w dniu 20 lutego 2019 r. zamawiający był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania w świetle wyroku z dnia 28 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 459/18. W wyroku tym Izba, oceniając m.in. czy odwołujący spełnił warunek zarządzania 300-ma rowerami, stwierdziła, co następuje: „W tym miejscu Izba zamyka postępowanie dowodowe na podstawie przywołanych dokumentów i stwierdza, że odwołujący udowodnił w niniejszym postępowaniu, że przez co najmniej 12 miesięcy zarządzał systemem publicznego roweru obejmującego co najmniej 300 rowerów". W związku z tym Izba orzekła, że: „uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowną ocenę oraz badanie ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty". Odnosząc się do treści ww. wyroku należy zauważyć, że został on oparty o dokumenty w nim przywołane, co koresponduje z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Tym samym Izba oparła się wydając ww. wyrok na stanie faktycznym znanym jej w dniu orzekania. Należy także zauważyć, że uwzględniając odwołanie Izba nie nakazała zamawiającemu wybrania jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a jedynie nakazała unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2018 r. wykonał ww. wyrok Izby informując wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz o przystąpieniu do ponownej oceny i badania ofert.

W tym miejscu należy postawić pytanie, co ma zrobić zamawiający, który dopiero po wykonaniu wyroku Izby uzyskuje inforM.je / dokumenty wskazujące na to, że wybrany zgodnie z ww. wyrokiem wykonawca jednak nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, którego spełnianie Izba oceniała w postępowaniu odwoławczym. Odpowiadając na tak postawione pytanie należy zauważyć, że z jednej strony zamawiający zobowiązany jest wykonać wyrok Izby (jeśli nie wnosi skargi do sądu), ale z drugiej strony jest też zobowiązany, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, udzielić zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego rozpoznającego niniejsze odwołanie, zamawiający nie może ignorować nowych okoliczności faktycznych, o jakich dowiedział się po wykonaniu wcześniejszego wyroku Izby. Zamawiający powinien w takiej sytuacji powtórzyć czynność badania i oceny ofert i dokonać czynności wykluczenia / odrzucenia / wyboru oferty z uwzględnieniem nowych okoliczności faktycznych, jakie pojawiły się w postępowaniu i jakie nie były znane ani jemu, ani Izbie, w czasie trwania postępowania odwoławczego. Na nowe czynności dokonane przez zamawiającego, wykonawcom przysługuje odwołanie.

Nową okolicznością faktyczną, jaka pojawiła się w niniejszym postępowaniu były inforM.je, które zamawiający uzyskał po dniu 18 kwietnia 2018 r., w tym przede wszystkim inforM.je pochodzące od p. M. N., będącego jednym ze wspólników spółki cywilnej Firma Fotograficzno-Wydawnicza PHOTO STUDIO WM s.c. Ww. spółka cywilna była podwykonawcą odwołującego, a zakres jej obowiązków obejmował m.in. objeżdżanie dwa razy w ciągu doby wszystkich stacji rowerowych celem sprawdzenia stanu technicznego stacji, stojaków na rowery, uchwytów oraz samych rowerów i ich wyposażenia, wymianę uszkodzonych elementów i wymianę rowerów na sprawne. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego złożonymi na rozprawie, p. N. z własnej inicjatywy przyszedł do zamawiającego i przekazał inforM.je, że system Toruńskiego Roweru Miejskiego liczył mniej niż 300 rowerów. Po uzyskaniu tych inforM.ji zamawiający, zachowując zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwrócił się do p. N. pisemnie m.in. o podanie liczby rowerów funkcjonujących w raM.h systemu od czerwca 2016 r. do listopada 2017 r. (pismo z dnia 19 kwietnia 2018 r.). W odpowiedzi p. N. przekazał sporządzane przez siebie raporty, z których wynika, że rowerów było mniej niż 300. Powyższe skutkowało wysłaniem przez zamawiającego kolejnych pism do odwołującego i innych podmiotów, w celu jednoznacznego ustalenia, iloma rowerami zarządzał odwołujący w raM.h wykazywanej przez siebie usługi. W dniu 4 czerwca 2018 r. zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Ostatecznie jednak, na podstawie wszystkich uzyskanych inforM.ji, zamawiający stwierdził, że odwołujący wprowadził go w błąd co do liczby rowerów funkcjonujących w raM.h Toruńskiego Roweru Miejskiego i w dniu 20 lutego 2019 r. wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba stwierdza, że pojawienie się nowych inforM.ji i dowodóww postaci m.in. raportów p. N. pokazujących, że rowerów było mniej niż 300, uprawniało zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ww. nowych okoliczności, niezależnie od ustaleń, jakie poczyniła Izba w wyroku KIO 459/18. Należy bowiem raz jeszcze podkreślić, że Izba w ww. wyroku orzekała w oparciu o stan faktyczny znany jej w czasie orzekania, tj. bez znajomości inforM.ji i dowodów uzyskanych przez zamawiającego po wydaniu wyroku, a nawet po jego wykonaniu. Tym samym zamawiający był zobowiązany w trakcie powtórnej czynności badania i oceny ofert ww. nowe okoliczności faktyczne uwzględnić, co w tej konkretnej sprawie skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania, mimo ustaleń zawartych w wyroku KIO 459/18. Oznacza to, w ocenie Izby, że wykluczenie odwołującego w dniu20 lutego 2019 r., nie stanowi naruszenia przez zamawiającego obowiązku wykonania wyroku KIO 459/18. Po pierwsze, wyrok ten został w dniu 18 kwietnia 2018 r. wykonany, po drugie, ponowne wykluczenie odwołującego nastąpiło w oparciu o nowe okoliczności faktyczne, nieznane ani zamawiającemu, ani Izbie, w trakcie postępowania odwoławczego o sygn. akt 459/18. W konsekwencji, podnoszony przez odwołującego fakt wydania ww. wyroku, nie stanowi samoistnie podstawy uznania wykluczenia z dnia 20 lutego 2019 r. za bezpodstawne.

Odnosząc się z kolei do kwestii dowodowej, tj. do oceny tego, czy zgromadzone przez zamawiającego inforM.je i

dowody rzeczywiście potwierdzają, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd, należy stwierdzić, że:

1)Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania wiarygodności raportów przedstawionych przez p. N.. Każdy raport zawiera wskazanie daty, godziny, numeru stacji, liczby rowerów na tej stacji, opisu dokonanych czynności na danej stacji oraz poświęconego na to czasu. Przykładowo: raport z dnia 08.04, godzina 4.50, stacja 25 – „7 szt, oględziny, zabr. 204 [numer roweru – dop.wł.] niewpięty, urw. bolec", stacja 21 – „11 szt, oględziny, zabrano 4 szt", stacja 24 – „5 szt, oględziny, dostarczono 2 szt". Raporty sporządzone są pismem odręcznym, na każdym raporcie charakter pisma jest ten sam, na niektórych raportach widoczne są odręczne dopiski, podliczenia, podkreślenia. Odręczny charakter pisma i osobne wpisy dla każdej stacji każdego dnia wskazują, że raporty musiały być sporządzane na bieżąco. Po podliczeniu liczby sztuk rowerów z każdego raportu Izba stwierdziła, że w żadnym raporcie liczba ta nie wynosi co najmniej 300 rowerów, zwykle jest nawet mniejsza niż 200. Należy przy tym podkreślić, że raporty pochodzą z wczesnych godzin porannych, kiedy nieprawdopodobne jest, aby ponad 100 rowerów (czyli ponad 1/3 z deklarowanej przez odwołującego liczby 300) była w ruchu poza stacjami. Tym samym z ww. raportów wynika, w ocenie Izby, że odwołujący nie zarządzał co najmniej 300-ma rowerami.

2)Kwestionując treść raportów p. N., odwołujący w pisM.h do zamawiającego twierdził, że spółka cywilna, której jednym ze wspólników był p. N., nie była jedynym podwykonawcą odwołującego, zatem pochodzące od p. N. inforM.je nie obejmują wszystkich rowerów. W tym celu odwołujący przedłożył oświadczenie p. D. z firmy P.U.H. Spawmir oraz p. W. Skład Fabryczny Rajstop i Skarpet o tym, że w tym samym czasie, co p. N. świadczyli oni na rzecz odwołującego usługi transportowe, jak też przedłożył faktury wystawione przez firmy: Sprint-Trans oraz Studiograf za usługi przewożenia i naprawy rowerów. Złożone przez odwołującego dokumenty nie mogą być jednak uznane za wiarygodne i podważające inforM.je pochodzące z raportów p. N., ponieważ:

a.P. D. wycofał swoje oświadczenie, wskazując, że nie świadczył usług transportowych na rzecz odwołującego, a jedynie usługi ślusarskie, co potwierdza treść wystawionych przez niego faktur, odwołujący w żaden inny sposób natomiast nie wykazał świadczenia usług transportowych przez ww. podmiot, twierdząc, że umowa między nim, a p. D. miała charakter barterowy (transport za reklamy) i nie została nigdzie udokumentowana. Wobec wycofania oświadczenia przez p. D. i braku jakichkolwiek innych dokumentów potwierdzających świadczenie usług przez p. D. w takim samym zakresie, jak przez p. N., Izba uznała wyjaśnienia zamawiającego za niewiarygodne i nie podważające inforM.ji pochodzących z raportów p. N..

b.P. W. nie wycofał wprawdzie oświadczenia przekazanego przez odwołującego, ale też na wezwanie zamawiającego nie potwierdził prawdziwości tego oświadczenia. Wobec powyższego Izba uznała oświadczenie p. W. za niewiarygodne i nie podważające inforM.ji pochodzących z raportów p. N..

c.Faktury wystawione przez firmy Sprint-Trans oraz Studiograf zostały wystawione po okresie współpracy p. N. z odwołującym, co oznacza, że firmy te nie świadczyły usług na rzecz odwołującego w tym samym czasie, co p. N.. Wprawdzie odwołujący twierdzi, że faktury zostały wystawione z opóźnieniem, ale w ocenie Izby takie wyjaśnienia nie są wystarczającym dowodem na to, że ww. firmy świadczyły usługi w tym samym czasie, co p. N..

Podsumowując wątek raportów p. N., Izba stwierdziła, że wyjaśnienia i dowody składane przez odwołującego nie podważają treści tych raportów i nie dają podstawy do uznania ich za niewiarygodne. Tym samym Izba stwierdziła, że raporty te potwierdzają, że rowerów, którymi zarządzał odwołujący, nie było 300. Jednocześnie Izba wskazuje, że podnoszony przez odwołującego wątek jego konfliktu z p. N., nie dowodzi nieprawdziwości ww. raportów.

3)Izba stwierdziła, że jedynym dowodem, jakim dysponuje odwołujący i w jakim stwierdza się zarządzanie 300-ma rowerami jest zaświadczenie Zastępcy Prezydenta Miasta Torunia z 5 listopada 2015 r., w którym wskazano ilość rowerów na każdej stacji, na podstawie czego można obliczyć, że rowerów było 300. W oparciu m.in. o ww. zaświadczenie Izba orzekała w sprawie KIO 459/18. Należy jednak zauważyć, że w piśmie z dnia 14 marca 2018 r. Kierownik Referatu Turystyki Urzędu Miasta Toruń przyznał, że ww. zaświadczenie zostało wystawione na podstawie danych dostarczonych przez samego odwołującego i że w istocie Urząd Miasta nie ma wiedzy, jaka była ilość rowerów. Powyższe potwierdza pismo odwołującego, które wpłynęło do Urzędu Miasta w dniu 2 listopada 2015 r. i w którym odwołujący prosi o wystawienie zaświadczenia wskazując na 28 stacji i 300 rowerów. Wobec oświadczenia Kierownika Referatu Turystyki Urzędu Miasta Toruń nie można uznać, że treść ww. zaświadczenia z dnia 5 listopada 2015 r., jak też inforM.je zawarte na stronach internetowych powiązanych z Urzędem Miasta Torunia, zostały w jakikolwiek sposób zweryfikowane i oparte na obiektywnych danych. Tym samym, w konfrontacji z ww. inforM.jami (pkt 1 i 2) zebranymi przez zamawiającego, nie są one wystarczającym dowodem na zarządzanie przez odwołującego 300-ma rowerami.

4)Izba nie uznała za wiarygodny, podnoszony przez zamawiającego, dowód w postaci opracowania p. C. „ko projekt". Po pierwsze, w opracowaniu pn. „Toruński Rower Miejski" z czerwca 2017 r. autorka zawiera sprzeczne inforM.je na stronach 15 i 17 (na str. 15 pisze, że udało się rozbudować system do 320 rowerów, a na str. 17 – że liczba unikalnych numerów rowerów w czerwcu 2016 r. wynosiła 195, a w listopadzie – 143, co zdaniem autorki świadczy o tym, że mało prawdopodobne jest, aby zakładana liczba 320 rowerów została osiągnięta). Po drugie, w inforM.jach przekazywanych zamawiającemu w e-mailu z dnia 22 maja 2018 r. autorka nie wyklucza hipotetycznej możliwości, że rowerów było 300, ale wiele z nich nie było wypożyczanych przez cały miesiąc, co uważa za mało prawdopodobne. Wobec niejednoznaczności ww. inforM.ji, Izba nie uznała ich za wystarczające do uznania, że odwołujący nie spełnia warunku.

5)Izba nie uznała za wiarygodny, podnoszony przez zamawiającego, dowód w postaci wydruków z systemu TRM obsługiwanego przez odwołującego. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego na rozprawie, otrzymał on te wydruki od anonimowego nadawcy. Powyższe nie pozwala na uznanie tych wydruków za wiarygodne.

6)Izba nie uznała pozostałych dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie za wnoszące cokolwiek do sprawy. W szczególności: przedstawione umowy w większości nie zawierają wskazania liczby rowerów, zatem na ich podstawie nie można doliczyć się liczby 300 rowerów, inforM.je o wynikach kontroli prowadzonych przez Urząd Miasta Torunia nie zawierają danych o liczbie rowerów, statystyki wypożyczeń nie odnoszą się w ogóle do liczby rowerów, pismo wypowiadające umowę p. N. nie zawiera danych o liczbie rowerów, a sam ew. konflikt odwołującego z ww. osobą nie dowodzi, jak wskazano już wyżej, nieprawdziwości jego raportów, opisy współpracy z p. N. i rozmów urzędników MZDz p. W.em nie zawierają danych o liczbie rowerów, pismo odwołującego kwestionujące zasadność wzywania do wyjaśnień p. D. i p. W. nie zawiera danych o liczbie rowerów, faktury wystawione przez Spawmir oraz oświadczenia p. D. (później wycofane) i p. W. (później nie potwierdzone) nie zawierają danych o liczbie rowerów.

7)Izba postanowiła nie brać pod uwagę przy rozpoznawaniu niniejszego odwołania faktu postawienia przez

prokuraturę zarzutów z art. 297 kodeksu karnego osobie reprezentującej odwołującego. Jeżeli dojdzie do wniesienia aktu oskarżenia, o winie ww. osoby zadecyduje właściwy w sprawie sąd.

W wyniku oceny zgromadzonych przez zamawiającego i przedstawionych przez odwołującego dowodów, Izba uznała, że raporty p. N. przesądzają, że rowerów, którymi zarządzał odwołujący było mniej niż 300. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że poza p. N. inni podwykonawcy (p. D., p. W., Sprint-Trans, Studiograf) w tym samym czasie wykonywali dla niego usługi przewozu i naprawy rowerów, co świadczyłoby o tym, że liczby rowerów podawane przez p. N. mogą być niepełne. Również inne dowody złożone przez odwołującego nie podważają, w ocenie Izby, prawdziwości danych zawartych w ww. raportach. Niezależnie od tego, Izba zwróciła uwagę, że odpowiedzi udzielane przez odwołującego zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, w większości były wymijające i prowadziły do tego, że odwołujący w ostateczności nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu na posiadanie doświadczenia w zarządzaniu co najmniej 300-ma rowerami (nieprzekazanie danych zawierających unikatowe kody pin rowerów z powodu ich utraty, nieprzekazanie dokumentów potwierdzających współpracę ze Sprint-Trans i Studiograf w tym samym czasie, co z p. N., nieprzekazanie dokumentów potwierdzających współpracę z p. D.cm i p. W. poza oświadczeniami tych osób, które zostały później odwołane lub niepotwierdzone). Wyjaśnienia odwołującego sprowadzają się do tego, że nie może on przedstawić wymaganych przez zamawiającego dokumentów, ponieważ albo utracił dane, albo nie dokumentował współpracy z firmami, albo opóźniał fakturowanie, albo nie zna metodologii określonych wyliczeń albo bagatelizuje dowody zamawiającego uznając, że raporty p. N. to pomyłka i nieporozumienie, a wycofanie oświadczenia przez p. D. to nieistotny dowód. Tym samym w swoich wyjaśnieniach odwołujący skupia się na podawaniu powodów, dla których nie może przedstawić dowodów, co nie może przesłonić faktu, że w efekcie dowodów tych nie składa. Zatem wobec treści raportów p. N. i braku złożenia przez odwołującego dowodów podważających dane pochodzące z tych raportów, Izba stwierdziła, że oświadczając w toku postępowania o udzielenie o zamówienie, że posiada doświadczenie w zarządzaniu co najmniej 300-ma rowerami, odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd i nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp).

Aby jednak zachodziła przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, należy jeszcze wykazać, że wykonawca działał w sposób zamierzony lub dopuścił się rażącego niedbalstwa. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w piśmie z dnia 20 lutego 2019 r. zamawiający zarzucił wykonawcy zamierzone działanie poprzez użycie słowa „celowo" (str. 23 pisma) oraz pisząc, że: „Wszystkich wskazanych wyżej okoliczności nie można uznać za rażące niedbalstwo, czy też za lekkomyślność lub zwykłe niedbalstwo" (str. 24 pisma). W ocenie Izby dwie okoliczności rzeczywiście potwierdzają zamierzone działanie odwołującego:

- po pierwsze, fakt że p. N. sporządzał swoje raporty dla odwołującego (zgodnie z oświadczeniem odwołującego na rozprawie, zgodnie z którym raporty były potrzebne odwołującemu do kontrolowania p. N. w zakresie wykonywanych napraw rowerów), co oznacza, że odwołujący znał ich treść i musiał wiedzieć, że rowerów było mniej niż 300 (abstrahując od tego, że nawet bez znajomości ww. raportów odwołujący powinien znać liczbę rowerów, którymi zarządza). Mimo to odwołujący oświadczył w uzupełnionym wykazie usług, że rowerów było 305.
- po drugie, z oświadczenia p. D. z dnia 21 maja 2018 r. wycofującego pierwsze jego oświadczenie o wykonywaniu usług transportowych na rzecz odwołującego, wynika, że ww. pierwsze oświadczenie zostało przedłożone mu do podpisu przez odwołującego. Powyższe oznacza, że odwołujący świadomie i celowo sporządził i dał p. D. do podpisu oświadczenie o treści niezgodnej z prawdą (skoro oświadczenie to zostało następnie przez p. D. wycofane) w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd co do tego, że oprócz p. N. jeszcze inni podwykonawcy wykonywali usługi w tym samym czasie, co miało z kolei na celu podważenie danych pochodzących z raportów p. N..

Wyżej wskazane okoliczności świadczą, w ocenie Izby o tym, że odwołujący działał w sposób zamierzony w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. posiada doświadczenie w zarządzaniu co najmniej 300-ma rowerami.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie naruszył ww. przepisu, jak również pozostałych przepisów podniesionych w treści odwołania. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący …….