

Sygn. akt: KIO 526/15

WYROK

2 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CP OK2 Sp. z o.o. w Tarnowie i Control Process S.A. w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „RADKOM” Sp. z o.o. w Radomiu,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CP OK2 Sp. z o.o. w Tarnowie i Control Process S.A. w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CP OK2 Sp. z o.o. w Tarnowie i Control Process S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CP OK2 Sp. z o.o. w Tarnowie i Control Process S.A. w Krakowie na rzecz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „RADKOM” Sp. z o.o. w Radomiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CP OK2 Sp. z o.o. w Tarnowie i Control Process S.A. w Krakowie kwoty 5000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej nadpłacony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Radomiu.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „RADKOM” Sp. z o.o. w Radomiu, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację i rozbudowę części mechanicznej instalacji MBP w Zakładzie Utylizacji Odpadów Komunalnych w Radomiu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 20 sierpnia 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 158-284045.

W dniu 6 marca 2014 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 16 marca 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: CP OK2 Sp. z o.o. w Tarnowie i Control Process S.A. w Krakowie wnieśli odwołanie względem czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu ich z postępowania i zaniechania zaproszenia ich do złożenia oferty.

Według Odwołującego, powyższe miało stanowić naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3, art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 3.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

I. Zarzut wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w - pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne A3) oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

1) Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazali się wykonaniem:

„3) Dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie projektu technologicznego instalacji do sortowania oraz przeprowadzenie modernizacji polegającej na rozbudowie i doposażeniu stacjonarnych instalacji przeznaczonych do sortowania i odzysku odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnie zbieranych pochodzących z gospodarstw domowych m.in o separator balistyczny zastosowany do rozdzielania mieszaniny tworzyw sztucznych po ich wydzieleniu poprzez separator optyczny z odpadów zmieszanych oraz co najmniej dwa separatory optyczne zastosowane do wydzielenia frakcji materiałowych kierowanych do odzysku.

Zamawiający wymaga, aby co najmniej jedno z zamówień polegających na modernizacji linii technologicznej przedstawianych na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku, o wartości min, 10 mln PLN netto polegało na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostawie, montażu i uruchomieniu kompletnej linii technologicznej sortowania odpadów umożliwiającej przetwarzanie co najmniej 35 Mg/godz. i co najmniej 150.000 Mg/rok zmieszanych odpadów komunalnych, a ponadto zapewniało (po rozbudowie):

a. wydzielenie frakcji materiałowych kierowanych do odzysku na poziomie co najmniej 80 % ich zawartości w strumieniu odpadów komunalnych zmieszanych podawanych na instalację technologiczną,

b. wydzielenie automatyczne, tj. za pomocą separatorów, jednorodnych frakcji surowcowych kierowanych do recyklingu, tj. minimum 10 frakcji surowcowych, w tym co najmniej: papier, PET z podziałem na min, trzy kolory, PP/PE, PS, kartoniki po napojach, folia PB, metale żelazne, metale nieżelazne,

c, kontrolę jakości i doczyszczanie wszystkich frakcji surowcowych wydzielanych automatycznie, za pomocą separatorów, kierowanych do recyklingu (zapewnienie doczyszczania w kabinach sortowniczych manualnych co najmniej takich frakcji surowcowych wydzielonych automatycznie przez separatory, jak: papier, PET z podziałem na min. trzy kolory, PP/PE, PS, kartoniki po napojach, folia PE, metale żelazne,

metale nieżelazne) i na której w ramach modernizacji zastosowano co najmniej następujące urządzenia: separator balistyczny zastosowany do rozdzielania mieszaniny tworzyw sztucznych po ich wydzieleniu

poprzez separator optyczny z odpadów zmieszanych - min. 2 urządzenia, separatory optyczne dedykowane do indywidualnego, tj. niezależnego, wydzielenia co najmniej sześciu jednorodnych frakcji tworzyw sztucznych, m.in. PET z podziałem na min. trzy kolory, PP/PE, PS, folii PE - min. 3 urządzenia,

Należy przedstawić dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przedmiotu: zamówienia w powyżej wyszczególnionym zakresie."

2) W dniu złożenia wniosku o dopuszczanie od udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył:

- kopię zobowiązania firmy Shanghai Shenjia Sanwa Co., Ltd. o udostępnieniu zasobów,

zaś na wezwanie Zamawiającego w trybie art 26 ust 3 PZP z dnia 22.10.2014 r. przedłożył:

- oryginał zobowiązania firmy Shanghai Shenjia Sanwa Co., Ltd. o udostępnieniu zasobów

- wykaz wykonanych usług (zgodny z załącznikiem nr 5) spełniających wymagania Zamawiającego opisane w pkt III,2.3) A.3 (1) oraz III.2.3) A.3

- wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia,

3) W dniu 8 marca 2015 r. Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania za:

a) Przedłożenie oryginału pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd., które faktycznie stanowiło przepisanie warunków udziału w postępowaniu, a nie zobowiązanie z którego wynika co zostało zrealizowane w ramach dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia. Zamawiający podniósł, że przepisanie warunków udziału w postępowaniu nie wskazuje na realne udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia Odwołujący powinien wskazać rzeczywisty zakres, rodzaj i faktyczne dane dotyczące zrealizowanego zamówienia Nie można się zgodzić z Zamawiającym, że zobowiązanie dyskwalifikuje fakt, że udostępniana wiedza i doświadczenie zostały opisane jako umiejętności związane z realizacją zamówień spełniających kryteria określone w ogłoszeniu o zamówieniu dla przedmiotowego postępowania- Należy stwierdzić, że o posiadaniu takich zasobów przez podmiot trzeci świadczy nie ich opis w zobowiązaniu ale realizacje którymi się legitymuje i które służą wykonawcy do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro podmiot trzeci zobowiązał się do udziału w

realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, to w ten sposób udostępnia pełnię swojej wiedzy i doświadczenia jakie dotychczas nabył, w tym w zakresie realizacji kontraktów adekwatnych do warunków podmiotowych w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym stanowisko Zamawiającego kwestionujące skuteczność zobowiązania ze względu na sposób opisanego zakresu udostępnianej wiedzy i doświadczenia narusza art. 26 ust. 2b Ustawy,

b) Rozbieżności pomiędzy treścią złożonego wykazu w zakresie wydajności i efektywności technologicznej linii sortowniczej po rozbudowie (pkt 5 wykazu) i zastosowanie urządzeń w ramach rozbudowy linii technologicznej (pkt 7 wykazu) (uzupełnionego na wezwanie w trybie art, 26 ust 3 PZP), a przedłożonym oryginalnym pisemnym zobowiązaniem tj:

	Informacje zawarte w wykazie	Informacje zawarte w zobowiązaniu
Pkt 5(1) wykazu	Wysoce efektywna linia technologiczna umożliwiająca przetwarzanie 45 Mg/godz. i j 180 000 Mg/rok zmieszanych	Podane wartości: Co najmniej 35 Mg/godz. Co najmniej 150 000 Mg/rok
Pkt 5 (2) wykazu	Skuteczność wydzielenia frakcji materiałowych kierowanych do odzysku na poziomie co najmniej 82 %	Podana wartość: Co najmniej 80%
Pkt 5 (3) wykazu	Liczba i rodzaje wydzielanych automatycznie tj. za pomocą separatorów, jednorocznych frakcji surowcowych kierowanych do recyklingu, tj. 12 frakcji surowych (,..)	Podana wartość: Minimum 10 frakcji
Pkt 7 (1) wykazu	Separator balistyczny zastosowany do rozdzielania mieszaniny tworzyw sztucznych po ich wydzieleniu poprzez separator optyczny z odpadów zmieszanych - 3 urządzenia	Podana wartość: Minimum 2 urządzenia

Pkt 7 (2) wykazu	Separatory optyczne dedykowane do indywidualnego tj. niezależnego wydzielania	Podana wartość: Separatory optyczne dedykowane do indywidualnego tj.
---------------------	---	--

Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że Odwołujący „nie mógł samodzielnie zamienić wartości wpisując odmienne informacje w wykazie, bowiem realizacje na jakie się powołuje stanowią wiedzę innego podmiotu. Ponadto w wykazie nie został potwierdzony wymóg aby wykonano projekt technologiczny instalacji który posiadał separatory optyczne dedykowane do indywidualnego tj.. niezależnego wydzielania co najmniej sześciu jednorodnych frakcji tworzyw sztucznych, m.in. PET, z podziałem na trzy kolory PP/PE, PS, folii PE” oraz, że Zamawiający zastrzegł, iż „w wykazie należy potwierdzić warunki, zaś wzory przedstawione na stronie Zamawiającego mają jedynie charakter pomocniczy”. Co więcej, Zamawiający stwierdził, że „spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie potwierdzają również załączone wraz z uzupełnionym wykazem dokumenty, stanowiące potwierdzenie należytego wykonania zamówienia (referencje)”

Wbrew tezie Zamawiającego - wskazana rozbieżność w żaden sposób nie stanowi o braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Łatwo wszak dostrzec, że w wykazie Odwołujący podał konkretne, dokładne informacje na temat referencyjnych zamówień, natomiast w zobowiązaniu wiedza i doświadczenie zostały opisane poprzez umiejętności takiej, jakich wymagał Zamawiający w ogłoszeniu. Należy dodać, że Wykonawca niczego „samodzielnie” nie zmieniał w stosunku do rzeczywistych parametrów inwestycji wykonanych przez podmiot trzeci, a jedynie umieścił w wykazie odpowiednie dane otrzymane od partnera. Nie stoją one w sprzeczności z treścią zobowiązania, w którym podmiot trzeci, w celu potwierdzenia, że dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem, mając świadomość, że zrealizowane przez niego przedsięwzięcia przewyższają minimalne standardy żądane przez Zamawiającego, zapewnił że przekazuje wykonawcy właśnie ten niezbędny zasób. Ostatecznie, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku tylko dlatego, że treść wykazu odbiegała od zobowiązania w ww. zakresie, zwłaszcza że różnice są łatwo wytłumaczalne.

c) Niepotwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez zrealizowaną usługę opisaną w pkt A.3 (2). Zgodnie z wymogiem, Odwołujący miał przedstawić dostawy z ostatnich 3 lat przed terminem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (okres pomiędzy: 26.09.2011 - 26.09.2014), Zamawiający stwierdził, że z treści listu referencyjnego wynika, iż dostawa miała miejsce w maju 2010 r i nie może uznać za

prawdziwej daty wskazanej w wykazie określonej na dzień 07.10.2012 oraz, że „musi bazować na dokumencie wystawionym przez Inwestora, a nie oświadczeniu wykonawcy”

Ponadto, wątpliwości Zamawiającego budzi fakt, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.01.2015 r. dotyczące potwierdzenia spełnienia innych warunków udziału w postępowaniu tj. III.2,3.) A2 i A4 - uzupełnił z własnej inicjatywy również wykaz A3 (który i tak nie został wzięty pod uwagę przez inwestora).

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego wyjaśniał już jak należy rozumieć datę 2010-05 pojawiającą się w referencji SINOMA. Co więcej, na tę okoliczność przedstawił oświadczenie ww. inwestora, który potwierdził, że jest to data rozpoczęcia dostaw na budowę, które zakończyły się w październiku 2012 r. Nie powinno być więc wątpliwości co do tego w jakim terminie zamówienie zostało wykonane, ani to, że nastąpiło to przed upływem 3 lat od wszczęcia postępowania. Należy zaznaczyć, że podstawą oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jest wykaz, zaś tzw. referencja służy jedynie udowodnieniu, że określone zamówienia zrealizowano należycie.

d) Swobodne i dowolne manipulowanie informacjami dostarczonymi Zamawiającemu. Zamawiający podniósł, że Odwołujący „dostosowuje informacje licząc na to, że z uwagi na odległość, trudność skontaktowania się z podmiotami na rzecz których realizacje były wykonywane, Zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować podanych informacji”. Powyższe stanowisko jest niezrozumiałe w kontekście powołanego powyżej dokumentu z SINOMA, Odwołujący nie zamierzał nikogo wprowadzać w błąd.

e) Złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W niniejszym zakresie Zamawiający skontaktował się z Konsulatem Generalnym Republiki Polskiej w Shanghaju w celu weryfikacji inwestycji podanej w wykazie A.3 (2) W odpowiedzi otrzymał informację, że wystawca referencji SINOMA CBMI Construction Co. Ltd. nie zrealizował dla Shanghai Shenii Sanwa Co.. Ltd. żadnej inwestycji w Pekinie, a jedynie współpracował projektowo w realizacji dla Cypru, a obie firmy nie realizowały żadnych wspólnych projektów*.

Zamawiający ogólnikowo powołał się na ustalenia w konsulacie w Shanghaju, toteż trudno się do nich odnieść. Niewątpliwie jednak otrzymane zwrotnie informacje są nieprecyzyjne, a z całą pewnością nieprzydatne. Wynika z nich, że Sinoma nie realizowała nic dla Shanghai Shenija Sanwa Co. w Pekinie Tyle że Odwołujący nie powołuje się na doświadczenie Sinoma, bo to dla niej (odbiorca) były wykonywane referencyjne dostawy. Zarazem Odwołującemu pozostaje zaprzeczyć, iż obie ww, firmy nie realizowały żadnych wspólnych projektów, gdyż z dokumentów i informacji jakie otrzymał zarówno z Sinoma jak i Sanwa wynika jednoznacznie co zostało wykonane na rzecz tej pierwszej, przez ta drugą firmę.

Zatem zarzut, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje mające (lub mogące mieć) wpływ na wynik postępowania jest bezzasadny.

4) Podsumowując, Odwołujący stwierdza co następuje:

a) W zakresie zarzutu (a):

Powód wykluczenia Odwołującego z postępowania za to, że treść zobowiązania jest spójna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, jest kompletnie niezasadny. Pragniemy wskazać, że wymogi określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu były tak wysublimowane i precyzyjne, że nie było konieczne tworzyć nowych treści w pisemnym zobowiązaniu. Po konsultacji z podmiotami trzecimi i potwierdzeniu, że obiekty referencyjne obejmują swoim zakresem wszystkie wymagania Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że wystarczające będzie powielenie treści wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu, aniżeli tworzenie nowych treści, które mogłyby skutkować wątpliwościami i spekulacjami Zamawiającego czy aby na pewno podmiot trzeci udostępnił wymaganą wiedzę i doświadczenie. W żadnym miejscu ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie zabronił zastosowania takiej możliwości «przełożenia» treści ogłoszenia o zamówienia na pisemne zobowiązanie, co więcej takie rozwiązanie jest powszechnie stosowane przez Wykonawców polegających na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich w postępowaniach publicznych.

Nawiasem mówiąc, potwierdzeniem wyrafinowanych wymogów jest fakt, że tylko dwóch Wykonawców złożyło wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (jeden bazujący na azjatyckich rozwiązaniach technologicznych i drugi który „umaszynowił” cały zakład w ramach I-ego etapu inwestycji dla tegoż Zamawiającego), pomijając czołowych, europejskich dostawców posiadających alternatywne i sprawdzone rozwiązania - ale w tym momencie jest to kwestia drugorzędna.

b) W zakresie zarzutu (b):

Zarzut Zamawiającego dotyczący rozbieżności pomiędzy treścią złożonego wykazu w zakresie wydajności i efektywności technologicznej linii sortowniczej po rozbudowie i zastosowania urządzeń w ramach rozbudowy linii technologicznej (pkt 7 wykazu) jest całkowicie bezpodstawny. Należy tutaj podkreślić, że pisemne zobowiązanie o współpracy zostało sporządzone w oparciu o warunki udziału w postępowaniu stawiane Wykonawcom przez Zamawiającego. Celem dokumentu jest potwierdzenie spełnienia tych warunków i zdaniem Odwołującego, Pisemnemu Zobowiązaniu o współpracy pod tym względem jego treści nie można nic zarzucić- Ponadto Odwołujący podkreśla, że informacje zawarte w wykazie potwierdzają spełnienie warunków w stopniu wyższym niż minimalny. Stwierdzenie „co najmniej zawiera w sobie określenie wartości dotyczących wydajności linii technologicznej, skuteczności wydzielania frakcji materiałowych, rodzaj wydzielanych frakcji,

liczbę separatorów balistycznych zastosowanych linii sortowniczej jak i również liczbę zastosowanych separatorów optycznych. Linia technologiczna, która umożliwia przetwarzanie odpadów komunalnych o wydajności 45 Mg/godz oraz 180 000 Mg/rok to linia o wydajności znacznie większej niż wymaga Zamawiający. Sortownia o wydajności co najmniej 150 000 Mg/rok to linia, która przetwarza rocznie 150 000 Mg/rok i więcej, a więc równie dobrze może to być 180 000 Mg/rok. Odwołujący pragnie również podkreślić, że pierwszy raz spotyka się z tego typu zarzutem ze strony Zamawiającego. Żadna z regulacji Prawa Zamówień Publicznych nie wskazuje przecież, że Pisemne Zobowiązanie o współpracy musi być tożsame w wykazem usług.

Niezrozumiały jest również zarzut, dotyczący nienależytego wykonania usług przez podmiot udostępniający potencjał. Przecież w każdym załączonym dokumencie znajdowała się treść potwierdzająca należyte wykonanie dostaw i usług.

Dowód: Fragment listu referencyjnego wystawionego przez Sinoma CBM1 Construction Co. Ltd.

Wersja Angielska:

All work has been done property, on time We recommend Shanghai Shenjia Sanwa Co ,Ltd as an expert in the -field of technology and reliable partner.

Tłumaczenie wersji angielskiej: Całość prac została wykonana prawidłowo, na czas i rekomendujemy spółkę Sanwa jako eksperta w dziedzinie technologii i wiarygodnego partnera.

Dowód: Fragment listu referencyjnego wystawionego przez REHOO INDUSTRIAL LIMITED

Wersja Angielska:

All work has been done in accordance with the rules of the building practice ana! properly completed.

Tłumaczenie wersji angielskiej:

Wszystkie prace zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.;

c) W zakresie zarzutu (c):

Odwołujący wskazuje, że całość inwestycji dotycząca zaprojektowania i budowy zakładu przetwarzania odpadów w Pekinie wykonana na rzecz Sinoma CBMI Construction Co. Ltd. została zakończona z dniem 7.10.2012 r, wliczając wykonanie wszystkich niezbędnych

dostaw. Zatem Odwołujący pozostaje na stanowisku, że wskazana realizacja spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie terminu realizacji.

d) W zakresie zarzutu (d):

Odwołujący nie zgadza się z postawionymi zarzutami, jakoby swobodnie dostosowywał przekazywane Zamawiającemu informacje do potrzeb wynikających z niniejszego postępowania. Wszystkie przekazywane Zamawiającemu informacje zostały dostarczone bezpośrednio po otrzymaniu ich od podmiotów trzecich, Odwołujący w żadnym zakresie nie ingerował lub dostosowywał ich na potrzeby postępowania. W szczególności należy wskazać, że błąd w dacie który wkradł się podczas przygotowywania odpowiedzi na wezwania do uzupełnienia z dnia 21.01.2015 r. dotyczący modyfikacji daty wykonania inwestycji na rzecz podmiotu Sinoma CBMI Construction Co Ltd., został wykonany przez czystą ludzką omyłkę pisarską, która mogła mieć miejsce z uwagi na dużą ilość uzupełnianych wykazów... Niewątpliwym jest fakt, że pracownik Odwołującego chciał po prostu dochować należytej staranności odpowiadając na kolejne wezwania Zamawiającego - Odwołujący został wzywany do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dot wiedzy i doświadczenia 4-krotnie, zaś drugi wykonawca z niniejszego postępowania tylko raz - aby w sposób jednoznaczny i dobitny udowodnić Zamawiającemu posiadaną wiedzę i doświadczenie. Takie podejście Zamawiającego wskazuje na niechęć do azjatyckich podmiotów trzecich, które chcąc za pośrednictwem Odwołującego udowodnić jaki mają potencjał, borykają się z licznymi trudnościami w niniejszym postępowaniu. Intencją Odwołującego było zrobienie wszystkiego aby wykazać Zamawiającemu poprawność przekazywanych informacji i umożliwić mu ich zweryfikowanie. Jednocześnie pragniemy wskazać, że tylko od Zamawiającego zależało w jaki sposób zweryfikuje przekazywane przez Odwołującego informacje - w dzisiejszych czasach nie ma żadnych barier komunikacyjnych, które uniemożliwiły by sprawdzenie przekazanych przez Odwołującego danych.

e) W zakresie zarzutu (e):

W tym miejscu wskazać należy, że informacje uzyskane przez Zamawiającego za pośrednictwem Generalnego Konsulatu Republiki Polskiej w Shanghaju nijak się mają do stanu faktycznego, do listów referencyjnych jakie zostały przedłożone przez Odwołującego za pośrednictwem podmiotu trzeciego na etapie postępowania, a tym bardziej do informacji jakimi dysponuje Odwołujący. Z załączonych w wykluczeniu informacji wynika, że to wystawca referencji tj. SINOMA CBMI Construction Co. Ltd. miał realizować na rzecz swojego Wykonawcy i dostawcy tj. Shanahai Shenjia Sanwa Co.. Ltd. inwestycje w Pekinie. W takim świetle, to Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. powinna być wystawcą referencji dla

SINOMA CBMI Construction Co. Ltd, nie na odwrót. Kolejną sprzecznością jest fakt, że Zamawiający stwierdza, iż obie firmy współpracowały ze sobą „projektowo w realizacji dla Cypru” (nie wiadomo, jaki projekt był realizowany w tym miejscu) po czym w dalszej części wykluczenia wskazuje, że obie firmy nie realizowały wspólnie żadnych projektów... Nie wiadomo zatem do końca jakimi informacjami dysponuje Zamawiający stwierdzając jednoznacznie, że to Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i tym samym wykluczając go z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Z informacji jakie posiada Odwołujący wynika, że inwestycja w Pekinie wykazana na etapie uzupełnień wniosków została wykonana na rzecz Sinoma CBMI Construction Co Ltd. przez Shanghai Shenjia Sanwa Co., Ltd (która to zaprojektowała i wybudowała cały zakład - co wynika z treści załączonej referencji).

Pragniemy podkreślić, że Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Wszystkie przedłożone dokumenty, którymi dysponował Odwołujący zostały załączone po konsultacji i otrzymaniu ich od podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał.

Mając na uwadze powyższe uzasadnienia, wykluczenie Odwołującego z powodu niespełniania warunku 111.2.3 A.3 i podania nieprawdziwych informacji co do zamówień przedstawionych na potwierdzenie jego spełnienia nie może się ostać i narusza art 24 ust, 2 pkt 3 i 4) Ustawy.

II. Zarzut wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne A5) oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

5) Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazali się następującymi standardami:

„5) Jednego zamówienia, którego przedmiotem była dostawa co najmniej pięciu separatorów optycznych stanowiących wyposażenie jednej Unii technologicznej segregacji odpadów komunalnych i selektywnie zbieranych pochodzących z gospodarstw domowych, gdzie co najmniej jeden separator optyczny przeznaczony jest do wydzielenia mieszaniny tworzyw sztucznych lub komponentów paliwa alternatywnego o przepustowości min. 8 Mg/h, co najmniej jeden separator optyczny przeznaczony jest do wydzielenia papieru przeznaczonego do recyklingu o przepustowości min 6 Mg/h, co najmniej jeden separator

optyczny przeznaczony jest do wydzielania folii PE przeznaczonej do recyklingu o przepustowości min. 2 Mg/h

Poprzez zakończenie realizacji zadania rozumie się dostawę, montaż, dobór i optymalizację parametrów pracy separatorów optycznych, włączając tworzenie oprogramowania dostosowanego do potrzeb wynikających ze specyfiki instalacji I oraz przeprowadzenie rozruchów urządzeń z potwierdzeniem zakładanych

efektów, tj. efektywności (skuteczność wydzielania i czystości) sortowania danej frakcji materiałowej wynoszącej min. 80% zakończone uruchomieniem i rozruchem,,

Doświadczenie winno być potwierdzone przez dostawcę będącego producentem w/w separatorów optycznych lub firmę powiązaną kapitałowo z producentem.

Należy przedstawić dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w powyżej wyszczególnionym zakresie”

6) W dniu złożenia wniosku o dopuszczenie od udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył:

- wykaz wykonanych usług (zgodny z załącznikiem nr 5) spełniających wymagania Zamawiającego opisane w pkt li 1.2.3) (5), wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia przez producenta separatorów optycznych.

7) W dniu 6 marca 2015 r. Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania za:

f) Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania (zgodnie z art. 24. Ust 2 pkt 3 PZP), a tym samym za nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z art, 24 ust 2 pkt 4 PZP).

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że ten świadomie wprowadził go w błąd oświadczając, iż dostawy separatorów optycznych zostały wykonane przez producenta separatorów lub firmę powiązaną kapitałowo z producentem. W tym celu stara się udowodnić Odwołującemu podanie nieprawdy za pomocą informacji uzyskanych od podmiotów trzecich udostępniających potencjał tj. Shanghai Shenjia Sanwa Co., Ltd. oraz Jono Recycling Technology (Suzhou) Co.

8) Odnosząc się do czynności dokonanej przez Zamawiającego, w takich okolicznościach faktycznych Odwołujący stwierdza co następuje:

Po pierwsze, Zamawiający błędnie wskazał w wykluczeniu, że Odwołujący posłużył się wiedzą i doświadczenie zasobu trzeciego tj. Sawna Sanyo Co Ltd Japan.

Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie przedłożył pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów firmy Sawna Sanyo Co. Ltd. Japan, a jedynie Shanghai Sheniiia Sawna Co. Ltd.

Dowód: Pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów załączone do uzupełnień z dnia 3.11.2014 r,

Po drugie, Zamawiający uzyskał błędne informacje, jakoby Shanghai Shenjia Sawna Co. Ltd. oraz Jono Recycling Technology (Suzhou) Co., nie były dostawcami separatorów optycznych. Odwołujący potwierdza, że obie firmy posiadają doświadczenie w realizacji obiektów i instalacji związanych z segregacją odpadów, a wszystkie referencyjne projekty przedstawione na potrzeby niniejszego postępowania zostały selektywnie wybrane z obszernych list projektów każdego podwykonawcy, a co najważniejsze zostały wykonane w oparciu o maszyny własnej produkcji w tym separatory optyczne. Dodatkowo wskazać należy, że samodzielnie przedłożony wykaz A5 z dnia 27.01.2015, „z tak zwanej ostrożności”, został uzupełniony jedynie celem utwierdzenia Zamawiającego w przekonaniu, że oprócz podmiotu Shanghai Shenjia Sawna Co. Ltd., wykonawca posiada również innych, alternatywnych partnerów posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji podobnych zamówień, a nie w celu zamiany podwykonawcy lub konieczności przedłożenia dokumentów nowego podwykonawcy, bo Shanghai Shenjia Sawna Co. Ltd. nie spełnia wymagań.

9) Odwołujący nie ma wiedzy jakiej treści pytania i do kogo dokładnie zostały wystosowane przez Zamawiającego oraz dlaczego zwrotnie Zamawiający uzyskał informacje sprzeczne ze stanem rzeczywistym. Odwołujący bazując na danych uzyskanych od swoich podwykonawców (które udostępniły mu wiedzę i doświadczenie) kategorycznie stwierdza, że treść wniosku jest rzetelna i odpowiada prawdzie, toteż wykluczenie na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4) Ustawy nie powinno mieć miejsca. Mając na uwadze powyższe, wykluczenie Odwołującego jest bezzasadne, a zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie może się ostać.

[...]

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy (w brzmieniu znajdującym zastosowanie do przedmiotowego postępowania – sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, Dz. U. poz. 1232) stanowił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków

udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast według art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp – wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył.

Natomiast w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Ujmując rzecz jak najlapidarniej, wskazać można, iż braki w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być sanowane, natomiast kłamstwa wykonawcy – nie.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich

informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Ponadto w orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W piśmie Zamawiającego z dnia 6 marca 2015 r. informującym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podano następujące podstawy faktyczne czynności zamawiającego (referowane według ich systematyki przedstawionej na rozprawie przez Zamawiającego):

I.

- a) Niewykazanie spełniania warunku opisanego w pkt III.2.3 A3 (1) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie potwierdzenia doświadczenia w dostawie separatorów optycznych opisanego przez zamawiającego przez niewykazanie, iż przedmiotem dostawy były separatory optyczne realizujące następujące funkcje: podział na trzy kolory i selekcja folii PS.

- b) Powyższy brak wykazania spełniania warunku doświadczenia w wymaganym zakresie zasadza się również na niewłaściwej treści zobowiązania podmiotu trzeciego przedstawionego przez wykonawcę, które nie dowodzi możliwości posługiwania się udostępnionym potencjałem.

II.

- a) Niewykazanie warunku opisanego w pkt III.2.3 A3 (2) ogłoszenia o zamówieniu ze względu na fakt, iż wykazywane doświadczenie w rozbudowie linii technologicznej zostało nabyte przed referencyjnym okresem trzech lat.
- b) Dodatkowo zamawiający zarzucił Wykonawcy, iż podał nieprawdziwe informacje w zakresie realizacji polegającej na rozbudowie linii technologicznej, a konkretnie oświadczył, iż realizacja taka została przeprowadzona przez Sanwa na rzecz Sinoma, co według zamawiającego nie miało miejsca.

III.

- a) Niewykazanie warunku opisanego w pkt III.2.3 A5 ogłoszenia o zamówieniu ze względu na fakt, iż wykazywane na potwierdzenie spełniania tego warunku realizacje nie były wykonywane przez producenta separatorów lub podmiot powiązany z nim kapitałowo – wbrew wymaganiom ogłoszenia o zamówieniu.
- b) Ponadto zamawiający zarzucił, że w tym zakresie wykonawca podał nieprawdziwe informacje.

Według oświadczeń Zamawiającego składanych na rozprawie okoliczności wskazane powyżej stanowią jedyne aktualne podstawy wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Tym samym jedynie tego typu podstawy wykluczenia zostały wzięte pod uwagę i rozpoznane przez Izbę i do ww. podstaw odniesiono zarzuty odwołania.

Odnosnie powyższych podstaw wykluczenia wykonawcy wskazanych przez Zamawiającego, Izba stwierdza, co następuje:

Ad I a)

Zarzucony Wykonawcy przez Zamawiającego brak wykazania spełniania cytowanego w odwołaniu warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej wymaganego doświadczenia co do projektu instalacji posiadającej separatory optyczne dedykowane do indywidualnego tj.. niezależnego wydzielania co najmniej sześciu jednorodnych frakcji tworzyw sztucznych, m.in. PET, z podziałem na trzy kolory PP/PE, PS, folii PE – sprowadzał się do wyknięcia braku potwierdzenia wszystkich ww. funkcjonalności w opisie zawartym w

uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie doświadczenia. W wykazie uzupełnionym przy piśmie z dnia 3 listopada 2014 r. przez Odwołującego, w kolumnie trzeciej zawierającej oświadczenie o wiedzy i doświadczeniu wykonawcy (opis dostarczonych urządzeń) zabrakło potwierdzenia segregacji trzech kolorów oraz folii PS.

Tego typu braki w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały nieco chaotycznie (bo pomieszane z innymi podstawami wykluczenia), niemniej jednak wystarczająco i wyraźnie, opisane i wskazane w informacji o wykluczeniu z dnia 6 marca 2015 r. jako podstawy faktyczne tej czynności („*Ponadto w wykazie nie został potwierdzony wymóg aby wykonano projekt technologiczny instalacji który posiadał separatory optyczne dedykowane do indywidualnego, tj. niezależnego wydzielania co najmniej sześciu jednorodnych frakcji tworzyw sztucznych, m.in. PET, z podziałem na trzy kolory PP/PE, PS, folii PS*”). Tymczasem Odwołujący nie objął powyższego zarzutami odwołania rozumianymi jako konkretne i specyficzne wskazanie okoliczności, które stanowią o wadliwości stanowiska i czynności zamawiającego. Nie zakwestionował i nie wskazał z jakich powodów nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie. Dopiero w złożonym na posiedzeniu Izby piśmie procesowym przedstawił, iż wykazywane w ramach referencyjnego doświadczenia separatory optyczne materialnie odpowiadają wymaganiom zamawiającego również w zakresie segregacji trzech kolorów i folii PS, co można ustalić na podstawie innych informacji zawartych w wykazie, a braki w ich opisie tam pomieszczonym stanowią najwyżej wadę formalną, możliwą do sanowania przez zwykłe wyjaśnienia, a na dodatek wynikają z kształtu załączników do ogłoszenia o zamówieniu przygotowanych przez Zamawiającego (wzór wykazu).

W związku z powyższym ze względu na dyspozycję art. 192 ust. 7 Pzp rozpoznanie tego rodzaju zarzutów jako niesformułowanych w treści odwołania było niemożliwe. Tym samym, w świetle normy art. 192 ust. 2 Pzp, nawet potwierdzenie wszystkich innych zarzutów odwołania nie mogłoby doprowadzić do uwzględnienia odwołania – aktualny bowiem pozostawałaby ww. powód wykluczenia Wykonawcy nie objęty odwołaniem.

Ad I b)

W tym zakresie należy podzielić zarzuty odwołania.

Sama treść przedłożonego przez Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. z siedziba w Szanghaju, Chiny, zobowiązania jest prawidłowa i może służyć dowodzeniu okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp – wykonawca będzie dysponował potencjałem pozyskanym od podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. W szczególności zobowiązanie to potwierdza sposób w jaki będzie wykorzystywana wiedza i doświadczenie

(cała wiedza i doświadczenie) podmiotu trzeciego, a sposób ten (podwykonanie zamówienia) dowodzi realności tego udostępnienia.

Natomiast samo wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc ustalenie jakie jest w rzeczywistości doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał oraz czy materialnie odpowiada ono warunkom udziału w postępowaniu, jest kwestią odrębną. Winno być rozpatrywane na podstawie innych dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, które przedkłada wykonawca, i z których doświadczenie to wynika. To za pomocą tych dokumentów (wskazanych w dokumencie przetargowym) wykonawca powinien potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc dokładnie wykazać jakim doświadczeniem dysponuje podmiot to doświadczenie udostępniający i że doświadczenie to odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Truizmem jest przy tym twierdzenie, że wykonawca nie może podawać w tym zakresie informacji nieprawdziwych, co jest sankcjonowane przez normę art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie sposób jednak wymagać od niego jakiegoś szczególnego potwierdzenia rodzaju doświadczenia, którym charakteryzuje się podmiot trzeci, w stosunku do sposobu potwierdzenia doświadczenia własnego, które wykazuje się w ramach postępowania. Innymi słowy, w przypadku gdy dla ustalenia i wykazania doświadczenia własnego generalnie wystarczające jest oświadczenie własne wykonawcy (jakim w istocie jest przedkładany wykaz robót, usług lub dostaw, o którym mowa w § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), również dla ustalenia doświadczenia podmiotu trzeciego nie są potrzebne żadne dodatkowe dowody i poświadczenia (poza dowodami, o których mowa w § 1 ust. 2 ww. rozporządzenia). W szczególności dowodem posiadania takiego doświadczenia nie musi być dodatkowe oświadczenie składane w zobowiązaniu o udostępnieniu potencjału na temat rodzaju posiadanego doświadczenia. Natomiast samo dokładnie opisywanie w treści zobowiązania jakie doświadczenie (doświadczenie z jakich inwestycji lub dostaw) jest udostępniane, skutkuje przeważnie wrażeniem fikcyjności takiego udostępnienia – sugeruje, iż udostępniane są w istocie „referencje”, potrzebne do wykazania warunku udziału w postępowaniu, a nie możliwe do realnego wykorzystania, niepodzielne doświadczenie podmiotu. Generalnie w treści swojego zobowiązania podmiot trzeci może wskazać, że udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie oraz podać informacje na temat sposobu w jaki zasoby te będą możliwe do wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia (chyba, że wykonawca wykazuje fakt dysponowania takim potencjałem podmiotu trzeciego za pomocą innych dowodów niż zobowiązanie), nie musi przy tym swojego doświadczenia opisywać.

Tego rodzaju opis „przedmiotu świadczenia” byłby niezbędny w tego rodzaju „zobowiązaniu” jedynie wtedy, gdyby podmiot trzeci „sprzedawał” tylko swoje referencje, a nie możliwość realnego wykorzystania doświadczenia.

Jeszcze raz należy podkreślić rozgraniczenie dwóch fundamentalnych kwestii często mieszanych na kanwie stosowania art. 26 ust. 2b – udostępniane doświadczenie rozumiane jako potencjał i zdolność danego podmiotu nabywana w trakcie jego działalności jest niepodzielne, natomiast podzielne i różne są jedynie inwestycje/realizacji/referencje, które to doświadczenie w różnych wymiarach potwierdzają. Podmiot trzeci udostępniający swój potencjał w trybie ww. przepisu udostępnia więc całe swoje materialne doświadczenie i tylko to w treści zobowiązania może zaznaczyć. Natomiast jaki konkretnie zakres i potwierdzenia posiadanego przezeń doświadczenia, wykonawca i jego partner zechcą pokazać zamawiającemu dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest kwestią odrębną. Ustalenie jakie jest doświadczenie podmiotu trzeciego oraz czy odpowiada wymaganiom zamawiającego – jak już wskazano – regulowane jest przez inne przepisy i odbywa się na podstawie innych dokumentów składanych w toku postępowania.

Ad II a) i b)

Zarzuty odwołania w tym zakresie są niezasadne.

W ramach uzupełnienia wniosku z dnia 3 listopada 2014 r. Odwołujący w wykazie doświadczenia dotyczącym tabel A3 (1) oraz A.3 (2) stanowiącym wypełniony zał. nr 5 do ogłoszenia, wykazywał doświadczenie podmiotu udostępniającego mu zasoby - Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. z siedziba w Szanghaju, Chiny.

W szczególności Wykonawca wykazywał się spornym pomiędzy stronami zaprojektowaniem i budową zakładu zagospodarowania odpadów w Pekinie, Chiny, który wykonać miała Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. z siedziba w Szanghaju, Chiny na zamówienie SINOMA CBMI Construction Co. Ltd z siedzibą w Pekinie, Chiny. Zamawiający kwestionował zarówno daty zakończenia ww. zamówienia jak też sam fakt jego zaistnienia/wykonania przez wskazywane podmioty.

Do uzupełnionego wykazu załączono referencję z dnia 29.10.2014 r. wystawioną na papierze firmowym SINOMA przez „Eco green management” (podmiot, którego roli w procesie inwestycyjnym nie ustalono), gdzie zaznaczono, że datą dostawy był maj 2010 r. Natomiast w tłumaczeniu referencji datę dostawy przetłumaczono jako „datę rozpoczęcia dostaw”. W samym wykazie datę wykonania określono na 7 października 2012 r. Następnie w trakcie postępowania Wykonawca przedłożył wyjaśnienie SINOMA CBMI Construction Co. Ltd, że data podana w ww. referencji jest jedynie datą dostawy technologii na plac budowy, a całość prac zakończono w dniu 7 października 2012 r.

Poza wskazanymi powyżej dokumentami znajdującymi się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Izba w trakcie wyrokowania uwzględniła i oceniła jako dowody mające znaczenie dla ustalenia okoliczności istotnych dla wydania rozstrzygnięcia i na nich się oparła:

- Umowę pomiędzy Sinoma Suzhou Construction Co. Ltd a Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. z dnia 1 maja 2009 r., której przedmiotem była „Modernizacja Regionalnego Centrum Gospodarki Odpadami w Pekinie” (w języku chińskim), wraz z tłumaczeniem przysięgłym – przedłożoną na rozprawie przez Odwołującego.
- Mail p. A. R. (pracownika Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Konsulatu RP w Szanghaju - WPHI) z dnia 26 stycznia 2015 r. do p. A. K. (pracownika Zamawiającego), w którym autor oświadczył, że służby WPHI uzyskały informacje, iż firma Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. świadczyła na rzecz CBMI Construction usługi doradcze, a obie firmy nie realizowały żadnych wspólnych projektów oraz wkleił informację potwierdzającą powyższe pochodzącą od p. J. Z. z Departamentu Marketingu Międzynarodowego CBMI Construction Co., Ltd. (w języku chińskim - wraz z tłumaczeniem przysięgłym) – przedłożoną na rozprawie przez Zamawiającego.

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego odnośnie zarzutów Zamawiającego względem wniosku Wykonawcy oraz odpowiadających im zarzutów odwołania stwierdzić należało, iż Wykonawca podał w trakcie postępowania nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a tym samym nie potwierdził również spełniania wskazanego wyżej warunku udziału w postępowaniu (dokumenty w tym zakresie były już dokumentami uzupełnianymi).

Nieprawdziwość tych informacji polegała na wykazywaniu jako doświadczenia referencyjnego zamówienia – kontraktu, który nie był wykonywany pomiędzy wskazywanymi stronami.

Odwołujący wykazywał Zamawiającemu doświadczenie w wykonaniu zamówienia dotyczącego zakładu gospodarowania odpadami w Pekinie przez Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. w ramach kontraktu z SINOMA CBMI Construction Co. Ltd z siedzibą w Pekinie. Natomiast w świetle umowy przedstawionej przez Odwołującego stronami umowy były w rzeczywistości Shanghai Shenjia Sanwa Co. Ltd. i Sinoma Suzhou Construction Co. Ltd z siedzibą w Suzhou. Powyższe dodatkowo uwiarygadniają informacje zawarte w mailu WPHI.

Nie jest wykluczone, że Sinoma Suzhou Construction Co. Ltd z siedzibą w Suzhou i SINOMA CBMI Construction Co. Ltd z siedzibą w Pekinie są spółkami tej samej

grupy kapitałowej, chociaż Odwołujący przedstawiał to jedynie jako możliwość i nie podawał żadnych pewnych informacji ani tym bardziej nie powoływał dowodów w tym zakresie. Niemniej jednak są to podmioty różne, które w żadnym razie nie mogą być traktowane zamiennie. Tym samym należało uznać, iż rzeczono go kontraktu na rzecz SINOMA CBMI Construction Co. Ltd z siedzibą w Pekinie spółka Shanghai Shenjia Sanwa nie wykonywała i nie mogła od tego podmiotu uzyskać potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

W świetle powyższego nieistotne jest ustalanie kiedy rzeczona realizacja została ukończona – nie można ustalić daty wykonania umowy, która nie miała miejsca.

Co do postulowanego w orzecznictwie zawinienia podania nieprawdziwych informacji Zamawiającemu, wskazać należy, iż w tym przypadku, tj. podawania informacji pochodzących od podmiotu trzeciego, Wykonawca ponosi niejako „winę w nadzorze”. Wykonawcy powinni w pełni odpowiadać za informacje uzyskiwane od podmiotów, których potencjałem się posługują, a także dołożyć należytej, a nawet podwyższonej staranności przy podawaniu takich informacji zamawiającym, czyli podawać jedynie informacje precyzyjne, wiarygodne i w pełni sprawdzone. W tym kontekście i znaczeniu Wykonawca był winien poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ad III a) i b)

Zarzuty odwołania są niezasadne.

Izba potwierdza prawidłowość ustaleń Zamawiającego, że w ramach wykazywania spełniania warunku opisanego w pkt III.2.3 A5 ogłoszenia o zamówieniu, gdzie wymagano aby wykazywane na potwierdzenie spełniania tego warunku realizacje były wykonywane przez producenta separatorów lub podmiot powiązany z nim kapitałowo, Wykonawca podał nieprawdziwe informacje – firmy, na których doświadczenie się powoływał nie są producentami separatorów optycznych.

Przy czym zaznaczyć należy, iż niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego o wymaganiach „dowodowych” względem wykonawców, które miał rzekomo postawić w ogłoszeniu o zamówieniu w tym zakresie. Cytowane powyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie wymagały w istocie żadnego szczególnego potwierdzenia i wykazania faktu, że wykazywane doświadczenie pochodzi od producenta separatorów lub podmiotu powiązanego. Dla potwierdzenia, że referencyjne doświadczenie spełnia wszystkie materialne wymagania Zamawiającego dotyczące producenta czy podmiotu powiązanego,

wystarczające było więc ogólne oświadczenie wykonawcy, że spełnia warunki, które zostały sformułowane w ogłoszeniu, i które składając wniosek podjął się i zgodził wykazać.

Sposób wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Wykonawcę był więc w tym przypadku jak najbardziej formalnie prawidłowy. Wykonawca nie musiał udowadniać Zamawiającemu, że podmiot przezeń wskazany jest producentem dostarczanych separatorów. Natomiast zgodnie z opisywanymi wyżej zasadami rozkładu ciężaru dowodu, to Zamawiający winien wykazać, że tak nie jest, tj. że Wykonawca podaje w tym zakresie informacje nieprawdziwe. Co zresztą w postępowaniu odwoławczym Zamawiający skutecznie uczynił – jak wynika z prowadzonego postępowania dowodowego, wbrew deklaracjom Wykonawcy, referencyjne doświadczenie materialnie nie odpowiadało wymaganiom zamawiającego. Innymi słowy oświadczenia Wykonawcy w tym przedmiocie z rzeczywistością nie były zgodne.

W tym zakresie Izba uwzględniła i oceniła następujące dowody przedkładane przez strony, na których oparła się wydając rozstrzygnięcie:

1. Pismo Zamawiającego z dnia 24 lutego 2015 r. – tłumaczenie przysięgłe z wersji angielskiej – do JONO Recycling Technology (Suzhou) Co. Ltd. zawierające zapytanie czy firma ta jest producentem separatorów optycznych (NIR) i czy jest je w stanie zaoferować Zamawiającemu (podać wstępny cennik), a także gdzie separatory takie są zainstalowane.
2. Odpowiedź na powyższe firmy JONO Recycling Technology (Suzhou) Co. Ltd. z 26.02.2015 r. – tłumaczenie przysięgłe z wersji angielskiej – udzieloną przez p. E. S., w którym stwierdza się, że firma nie jest producentem separatorów (NIR), ale sprowadza je z Niemiec, dostarczając do nich jedynie niektóre podzespoły. Jest natomiast producentem szeregu innych maszyn do utylizacji odpadów komunalnych.
3. Pismo Zamawiającego z dnia 24 lutego 2015 r. – tłumaczenie przysięgłe z wersji angielskiej – do Shanghai Shenija Sanwa Co. Ltd zawierające zapytanie czy firma ta jest producentem separatorów optycznych i czy jest je w stanie zaoferować Zamawiającemu (podać wstępny cennik), a także gdzie separatory takie są zainstalowane.
4. Odpowiedź na powyższe z firmy Shanghai Shenija Sanwa Co. Ltd, – tłumaczenie przysięgłe z wersji angielskiej – sporządzoną przez Carrie Yu z działu Sprzedaży Międzynarodowej Sanwa, gdzie stwierdzono, iż jakkolwiek firma jest w stanie wyprodukować większość maszyn separujących, to jednak separatorów optycznych nie produkuje, ale je importuje z zagranicy.

- przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego.

5. Oświadczenie z dnia 26 marca 2015 r. Wiceprezesa Zarządu JONO Recycling Technology (Suzhou) Co. Ltd., p. C. L., wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego, w którym zaznacza się, iż informacje dostarczone w dniu 26.02.2015 r. nie były autoryzowane i zaakceptowane przez Zarząd Spółki.
6. Oświadczenie z dnia 30 marca 2015 r. Prezesa Zarządu JONO Recycling Technology (Suzhou) Co. Ltd., p. J. Y., wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego, według którego firma ta jest producentem separatorów optycznych, a także korzystała z własnych produktów w wielu wykonywanych projektach.
7. Oświadczenie z dnia 30 marca 2015 r. Prezesa Zarządu JONO Recycling Technology (Suzhou) Co. Ltd., p. J. Y., wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego, według którego p. C. L. został upoważniony do składania oświadczeń woli w imieniu Prezesa Zarządu, jak też całej Spółki.
8. Oświadczenie pełnomocnika prawnego Shanghai Shenija Sanwa Co. Ltd, p. N. C., z dnia 18.03.2015 r., w którym stwierdzono, iż firma posiada w swojej ofercie taki produkt (separator optyczny) i produkuje go w oparciu o możliwości produkcyjne swojego zakładu, a wcześniejsze informacje w tym zakresie były błędne, niewiarygodne, niezweryfikowane i nieautoryzowane.
9. Wyciąg folderu reklamowego Shanghai Shenija Sanwa Co. Ltd – stronę, na której sfotografowano separator optyczny, z tłumaczeniem z angielskiego. Cały folder okazano.

- przedłożone na rozprawie przez Odwołującego.

Oceniając powyższe Izba oparła się na informacjach pochodzącym od pracowników ww. firm, które uznała za wiarygodne, natomiast oświadczeniom zarządów i pełnomocników tych firm wiarygodności odmówiła.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż nie sposób przyjąć, że odpowiedzialni za kontakty z klientami pracownicy nie znają oferty produkcyjnej swojej firmy oraz nie wiedzą jaki asortyment własny dostarcza i może dostarczyć do swoich klientów. Ponadto informacje te były wyczerpujące, spójne i wiarygodne, a także podawane w odpowiedzi na konkretne i precyzyjne pytania Zamawiającego, które nie zostały zadane w odniesieniu do prowadzonego postępowania, tzn. osoby udzielające odpowiedzi nie wiedziały jakie okoliczności w ten sposób Zamawiający weryfikuje i sprawdza. Wykluczona jest więc w tym zakresie jakakolwiek manipulacja ze strony osób udzielających odpowiedzi (brak motywu), jak też brak tu jakiegokolwiek dialektyki w rozumieniu pojęcia „produkt własny”.

Natomiast oświadczenia członków zarządów ww. spółek lub ich przedstawicieli prawnych składane są w odpowiedzi na zaistniałe okoliczności i zmirzają do osiągnięcia określonego celu. Innymi słowy firmy te są zainteresowane określonym wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto za podawanie jakichkolwiek, nawet nie do końca odpowiadających rzeczywistości informacji lub informacji swoiście pojmowanych, firmom tym, jak i ich pełnomocnikom czy przedstawicielom, nie grozi *de facto* żadna odpowiedzialność.

Należy wziąć tu również pod uwagę brak jakichkolwiek innych dowodów potwierdzających produkowanie separatorów optycznych i ich dostarczanie do klientów, poza wspomnianymi oświadczeniami – pomimo, że dowody takie powinny istnieć i być łatwe do uzyskania i przedstawienia. Z pewnością za dowód tego typu nie można uznać bliżej nieoznaczonego folderu reklamowego (nawet bez daty wydania), w którym nie podano oznaczeń produktów, ani jakichkolwiek innych informacji, pozwalających stwierdzić jakie (czyje) konkretnie urządzenia znajdują się w ofercie firmy.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 3 są w tym przypadku wtórne do zarzutów opisanych powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....