

Sygn. akt: KIO 2061/18

WYROK
z dnia 02 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 i 31 października 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 października 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A., CNIM Poznań Sp. z o.o., PORR S.A.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.**

przy udziale Wykonawcy **Shanghai Electric Group Company Limited, Xing Yi Road 8, 30/F Shanghai** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2061/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Shanghai Electric Group Company Limited i nakazuje wykluczenie tego Wykonawcy z postępowania**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A., CNIM Poznań Sp. z o.o., PORR S.A.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A., CNIM Poznań Sp. z o.o., PORR S.A.** na rzecz Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.** kwotę **49703,68 gr** (słownie: czterdzieści dziewięć tysięcy siedemset trzy złote sześćdziesiąt osiem groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz tłumaczenia dokumentów.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 maja 2017 r., pod numerem 2017/S 098-193065. Odwołujący Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A., CNIM Poznań sp. z o.o., PORR S.A. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 25a ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SEPC z Postępowania z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, określonych w pkt. 6.13.1 A i B IDW; art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, gdy tymczasem SEPC przedstawił nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia, które pozwoliły temu wykonawcy spełnić warunki udziału w Postępowaniu; a w konsekwencji: art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu; powtórzenie czynności badania i oceny w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu; wykluczenia wykonawcy Shanghai Electric Power Corporation Co Ltd. dalej, jako: SEPC z Postępowania; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W Postępowaniu Zamawiający przewidział zastosowanie art. 24aa ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać czy wykonawca, którego

oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 Pzp. Poprzez odwołanie z dnia 19 lutego 2018 r. czynność ta została zakwestionowana przez Odwołującego. Wyrokiem z dnia 6 marca 2018 r. (sygn. KIO 302/18) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie.

6 kwietnia 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zaniechania odtajnienia części niejawniej wyjaśnień SEPC w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując, że nie zostały wykazane przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 UZNK uzasadniające objęcie str. 21144 Wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Postanowieniem z dnia 18 kwietnia 2018 r. (sygn. KIO 659/18) Izba odrzuciła odwołanie, kwestionujące zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego Wyjaśnień, wskazując na jego spóźniony charakter.

27 kwietnia 2018 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Ranking ofert zgłoszonych w Postępowaniu oraz przesłał pocztą elektroniczną Odwołującemu pismo z dnia 26 kwietnia 2018 r. zawierające zestawienie ofert. Kierując się zasadą jawności postępowania, Zamawiający poinformował o punktacji przyznanej poszczególnych ofertom. Zgodnie z Rankiem ofert pierwsze miejsce zajmuje SEPC (100,00 pkt), drugie miejsce Konsorcjum Astaldi (68,41 pkt), natomiast trzecie miejsce Odwołujący (54,90 pkt).

Decyzja Zamawiającego o sklasyfikowaniu ofert na poszczególnych miejscach została zakwestionowana przez Odwołującego oraz konsorcjum Astaldi poprzez wniesienia odwołań do Izby. Wyrokiem z dnia 22 czerwca 2018 r. (sprawa o sygn. KIO 931/18, KIO 935/18) Izba oddaliła oba odwołania.

Pismem z dnia 27 lipca 2018 r. Zamawiający, działając w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał wykonawcę SEPC do złożenia uzupełnień oraz wyjaśnień, m. in. wskazując na wątpliwości w zakresie spełniania przez SEPC warunku w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Do wezwania tego SEPC ustosunkował się pismem z dnia 27 lipca 2018 roku.

27 września 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została ta złożona przez SEPC.

11.1. NIESPEŁNIENIE PRZEZ SEPC WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SEPC z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt. 6.13.1 IDW dotyczących wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zadania będącego przedmiotem Postępowania.

Zgodnie z treścią pkt 6.13.1 IDW, wykonawca musiał wykazać się wiedzą i doświadczeniem tj., Wykonawca wykaże, w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego co najmniej dla branży technologicznej i konstrukcyjnej dla budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie niższej niż 90 000 Mg/rok, w skład której wchodziły min.:

- segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy,
 - segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy, - instalacja oczyszczania spalin, oraz/i
 - Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 90 000 Mg/rok w skład której wchodziły min.:
 - segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy,
 - segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy, - instalacja oczyszczania spalin.
- Wszystkie referencyjne inwestycje miały być wykonane w okresie ostatnich 7 lat.

W celu wykazania spełnienia powyższych warunków Wykonawca SEPC w JEDZ (Część IV: Kryteria Kwalifikacji pkt C: Zdolność techniczna i zawodowa) oraz datowanym na dzień 18 maja 2018 r. Wykazie robót budowlanych, wskazał na realizację następujących inwestycji:

- (a) Zakład Spalania Odpadów Qingdao Xiaojianxi,
- (b) Centrum Obsługi Energii Odnawialnej LaoGang,
- (c) Zakład Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan, (d) Centrum Recyklingu Zasobów Wapna w Szanghaju.

Wykonawca SEPC nie określa, do której kategorii zamówień wymienionych w pkt. 6.13.1 IDW odnoszą się poszczególne projekty.

11.1.1. Zakład Spalania Odpadów Qingdao Xiaojianxi

Odwołujący podniósł, że zarówno za zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych w Zakładzie Spalania Odpadów Qingdao Xiaojianxi odpowiedzialny był nie SEPC, lecz inny podmiot - JFE Engineering Corporation z siedzibą w Tokio. Znajduje to potwierdzenie w informacjach umieszczonych na stronie internetowej JFE Engineering Corporation, gdzie firma ta informuje o powierzonym jej w ramach niniejszej inwestycji zakresie prac: „*JFE Engineering jest odpowiedzialne za dostawę głównych urządzeń do palenisk typu rusztowego, projekt podstawowy, rozruch, kotły odzysknicowe, urządzenia do oczyszczania spalin i inne urządzenia*”. Na tę okoliczność Odwołujący przedstawił dowód: Wydruk ze strony internetowej JFE Engineering Corporation.

SEPC nie był odpowiedzialny ani za projektowanie, ani za wybudowanie Zakładu Spalania Odpadów Qingdao Xiaojianxi, a więc niesłusznie przypisuje sobie doświadczenie zdobyte w ramach niniejszej inwestycji. Na okoliczność tę zwrócił uwagę Zamawiający w treści Wezwania. Ponadto Odwołujący wskazał, że według ustaleń poczynionych przez Zamawiającego, inwestorem w niniejszej inwestycji był Qingdao Environmental Renewable Energy Corporation.

Odpowiadając na Wezwanie SEPC wskazał, że był generalnym wykonawcą inwestycji polegającej na wybudowaniu Zakładu Spalania Odpadów Komunalnych Qingdao Xiaojianxi. Jako dowód załączył dokument mający tę okoliczność potwierdzać, wystawiony dnia 18 lipca 2018 r. przez Qingdao Xiaojianxi Municipal Waste Inceneration Power Plant. Jak zauważył Odwołujący, jest to dokument o takiej samej treści (a nawet układzie graficznym) jak referencje załączone do Wykazu z 18 maja 2018 roku. Jedyna różnica to data jego wystawienia oraz wskazanie daty odbioru końcowego.

Tym samym, w ocenie Odwołującego Wykonawca SEPC nie doprowadził do rozwiania wątpliwości Zamawiającego. Wyjaśnienia Wykonawcy SEPC nie wnoszą do wiedzy Zamawiającego nic, poza oświadczeniem, któremu z oczywistych względów (jest to oświadczenie podmiotu zainteresowanego rozstrzygnięciem wątpliwości na jego korzyść) przypisać należy niską wiarygodność. Skoro więc Zamawiający uzyskał od SEPC jedynie oświadczenie oraz dokument identyczny z tym, któremu wcześniej nie dał wiary, to twierdzenie o rozwianiu wątpliwości Zamawiającego jest nieuprawnione.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca SEPC w treści udzielonych wyjaśnień nie zaprzeczył stwierdzeniu Zamawiającego.

Zgodnie z treścią pkt. 6.13.1 IDW wykonawcy mieli wykazać się wykonaniem zamówienia obejmującego dostawę. Elementy, na które wskazał Zamawiający w treści Wezwania mają kluczowy charakter i determinują spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że Wykonawca SEPC w żaden sposób nie kwestionuje faktu wykonania instalacji

w zakresie paleniska rusztowego oraz systemów kontroli przez inny podmiot (JFE Engineering Corporation). Tym samym prawidłowa interpretacja złożonych wyjaśnień powinna skłonić Zamawiającego do uznania, że SEPC nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu.

Argumentem przemawiający za stanowiskiem SEPC nie może być sprawowanie przez ten podmiot funkcji generalnego wykonawcy w ramach referencyjnej inwestycji (co w żaden sposób nie było kwestionowane). Zgodnie bowiem z aktualnym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Izby wykonawca może przypisać sobie doświadczenie z realizacji danej inwestycji jedynie w takim zakresie, w jakim samodzielnie go realizował.

W kontekście niniejszego zarzutu zdaniem Odwołującego, istotny jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r.

Ponadto Odwołujący wskazał, że analizowany obiekt nie produkuje energii cieplnej więc nie spełnia wymagania polegającego na tym, aby w jego skład wchodził segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i cieplnej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy w zakresie obejmującym wytwarzanie energii cieplnej. Okoliczność braku produkcji energii cieplnej znajduje potwierdzenie zarówno w przywoływanych dokumentach, jak i treści referencji składanych przez SEPC. W zakładzie zainstalowane turbiny parowe Model: N15-3.8 - kondensacyjna, produkcji Qingdao Jieneng Steam Turbinę Group Co., Ltd

Oznacza to zdaniem Odwołującego, że bez znaczenia z punktu widzenia spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 6.13.1 A i B IDW jest to, że referencyjna inwestycja obejmowała swoim zakresem wykonanie paleniska rusztowego czy systemów kontroli spalania, skoro odpowiedzialny był za to w całości inny podmiot. Tym samym SEPC nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

11.1.2. Centrum Obsługi Energii Odnawialnej LaoGang

Odwołujący wskazał, że w zakresie drugiego spośród referencyjnych projektów, którym posługuje się Wykonawca SEPC - Centrum Obsługi Energii Odnawialnej LaoGang, część zamówienia, która jest kluczowa w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (zaprojektowanie, realizacja takich elementów jak ruszt, kocioł, instalacja oczyszczania spalin, dostawa kluczowych komponentów, montaż, uruchomienie) wykonana została przez Hitachi Zosen Corporation, co potwierdzają ogólnodostępne dokumenty. W treści Wezwania Zamawiający zwrócił uwagę, że z posiadanych dokumentów wynika, że zakres robót obejmujący projekt, ruszt, kocioł, oczyszczanie spalin, dostawę kluczowych komponentów, montaż, uruchomienie i nadzór wykonał innych podmiot (Hitachi Zosen

Corporation). Również w tym przypadku Wykonawca SEPC stwierdził, że był generalnym wykonawcą, na dowód czego przedłożył dokument z 18 lipca 2018 roku (przygotowany w takim samym formacie i o takiej samej treści jak dokument odnoszący się do wcześniej omawianej inwestycji). Jednocześnie SEPC nie kwestionuje, że Hitachi Zosen Corporation wykonało wskazywany w treści Wezwania zakres prac.

Odwołujący zauważył, że argumentacja SEPC sprowadza się do próby przekonania Zamawiającego jakoby wskazywany przez Zamawiającego projekt (realizowany przez Hitachi Zosen Corporation) był inną inwestycją od tej, na którą zwrócił uwagę w wezwaniu Zamawiający. Tymczasem w ocenie Odwołującego jest to sama inwestycja, obejmująca budowę Centrum Obsługi Energii Odnawialnej LaoGang. Kolejna faza budowy tego obiektu (o której wspomina SEPC) jest obecnie na etapie realizacji, co można zweryfikować na stronie internetowej jednego z podmiotów w nią zaangażowanych pod adresem: <https://www.mhi.eom/news/story/1706152067.html>.

Ponadto Odwołujący wskazał, że obiekt ten nie produkuje energii cieplnej, więc nie spełnia wymagania polegającego na tym, aby w jego skład wchodził segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i cieplnej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy w zakresie obejmującym wytwarzanie energii cieplnej. Okoliczność braku produkcji energii cieplnej znajduje potwierdzenie zarówno w przywoływanych dokumentach, jak i treści referencji składanych przez SEPC.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, w odniesieniu do tej inwestycji zastosowanie znajdzie podnoszona argumentacja o braku podstaw do przyznania, że to SEPC może posługiwać się doświadczeniem obejmującym zakres prac wskazany w treści Wezwania na potrzeby spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 6.13.1 A i B IDW. Analogicznie jak w przypadku inwestycji, o której mowa powyżej, również w tym przypadku Zamawiający powinien być uznać, że jego wątpliwości nie zostały rozwiane lecz potwierdziły się.

Zakład Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan

Zdaniem Odwołującego, za zaprojektowanie i budowę jedyne w dystrykcie Jinshan zakładu termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych (Shanghai Jinshan municipal solid waste incineration for Power Generation Project) odpowiedzialna była firma JFE Engineering Corporation z siedzibą w Tokio.

W treści Wezwania Zamawiający podzielił się z Wykonawcą SEPC wątpliwościami odnośnie tego, który podmiot faktycznie realizował przedmiotowe zamówienie (zgodnie z informacjami, którymi dysponował Zamawiający była to firma SITA Waste Services Company Limited).

Jednocześnie w Wezwaniu Zamawiający wskazał na udział w realizacji przedmiotowego zamówienia firmy JFE Engineering Corporation. Do tych wątpliwości Wykonawca SEPC w ogóle się nie odniósł. Z informacji posiadanych przez Odwołującego to właśnie ten podmiot odpowiedzialny był za realizację tego zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że obiekt ten nie produkuje energii cieplnej więc nie spełnia wymagania polegającego na tym, aby w jego skład wchodził segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i cieplnej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy w zakresie obejmującym wytwarzanie energii cieplnej. Okoliczność braku produkcji energii cieplnej znajduje potwierdzenie zarówno w przywoływanych dokumentach, jak i treści referencji składanych przez SEPC. Również w tym przypadku, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie powinien więc uznać, że warunek określony w pkt. 6.13.1 A i B IDW został spełniony.

11.1.3. Centrum Recyklingu Zasobów Wapna w Szanghaju EPC

Odwołujący wskazał, że w przypadku tej inwestycji to nie Wykonawca SEPC, lecz inny wykonawca (Hitachi Zosen Corporation) odpowiedzialny był za zaprojektowanie oraz realizację kluczowych elementów referencyjnego zamówienia (takich jak projekt podstawowy procesu spalania i oczyszczania spalin, dostawę kluczowych komponentów - palenisk rusztowych, oraz nadzór nad pracami montażowymi i uruchomieniem).

Ponownie Odwołujący zauważył, że inwestycja wskazana nie jest inną inwestycją od tej, którą faktycznie zrealizował SEPC (o czym świadczyć ma rzekomo inny podmiot zamawiający (Shanghai Liming Resources Reuse Co., Ltd, a nie Shanghai Liming Resources Recycling Co. Ltd). Odwołujący podkreślił, że ponad wszelką wątpliwość mamy do czynienia z tym samym obiektem, o czym świadczą:

- a) lokalizacja obiektu - Shanghai Liming Resource Reuse Center: Pudong New Area, Shanghai, People's Republic of China;
- b) parametry obiektu: 4 linie x 500 t/d; moc wyjściowa 40 MWe;
- c) architektura obiektu i termin przekazania do eksploatacji (2014 r.).

Również w tym przypadku Odwołujący wskazał, że obiekt nie produkuje energii cieplnej więc nie spełnia wymagania polegającego na tym, aby w jego skład wchodził segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i cieplnej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy w zakresie obejmującym wytwarzanie energii cieplnej. Okoliczność braku produkcji energii cieplnej znajduje potwierdzenie zarówno w przywoływanych dokumentach, jak i treści referencji składanych przez SEPC. Oznacza to, że ewentualny udział SEPC w realizacji tego projektu nie może obejmować kluczowego zakresu

wymagań IDW w zakresie pkt 6.13.1 A i B IDW (z uwagi na zakres udziału Hitachi Zosen Corporation).

Odwołujący stwierdził, że w odniesieniu do wszystkich czterech inwestycji Zamawiający nie uzyskał od SEPC informacji pozwalających uznać, że jego wątpliwości były niesłuszne. Wykonawca SEPC w kluczowych kwestiach (udział innych podmiotów w realizacji zamówienia) nie kwestionuje ustaleń Zamawiającego. Z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający zdecydował się zignorować te okoliczności, gdy tymczasem wzięcie ich pod uwagę powinno skłonić go do konstatacji, że SEPC nie potwierdził spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i powinien zostać wykluczony.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że zarówno na etapie przedkładania Zamawiającemu dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp, jak i na etapie wyjaśnień SEPC posługuje się „referencjami” zbudowanymi w oparciu o ten sam wzór, różniący się jedynie wskazaniem inwestycji. Dokumenty te niewątpliwie sporządzone zostały w celu przedłożenia na potrzeby Postępowania. O ich wartości dowodowej świadczy również ten sam błąd, który pojawił się w trzech (na cztery) referencjach złożonych 18 maja 2018 r., który dotyczył możliwości wykonania referencyjnego zamówienia w krótkim czasie (na zwrócił uwagę Zamawiający w Wezwaniu).

Odwołujący zwrócił także uwagę, że wszystkie cztery dokumenty na obecnym etapie podpisane zostały przez zupełnie inne osoby (mimo że pierwotne referencje wystawione zostały raptem rok wcześniej). Zgodnie z informacjami przekazanymi przez SEPC nowe dokumenty podpisały osoby zajmujące się tzw. utrzymaniem, co należy rozumieć jako osoby kierujące działaniami odpowiedzialnymi za bieżące remonty i usuwanie awarii. Okoliczność ta powoduje powstanie wątpliwości co do ich wiedzy na temat procesu realizacji przedmiotowych przedsięwzięć, których przygotowanie i realizacja miała miejsce co najmniej kilka lat wcześniej.

II.2. ZANIECHANIE WYKLUCZENIA SEPC Z UWAGI NA WPROWADZENIE ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD

W ocenie Odwołującego, przedstawiając Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, mające znaczenie z punktu widzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (a więc i całego Postępowania) Wykonawca SEPC doprowadził do ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W ślad za tym Zamawiający powinien wykluczyć SEPC z Postępowania również w oparciu o te przepisy.

W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest zaistnienie stanu dokonanego, tj. wywołanie sytuacji, w której „wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości”.

Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdzie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie, jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.

Jak dalej wskazał Odwołujący, jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy, oświadczenia, stanowiska i dowody Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W treści wykazu złożonego przez Przystępującego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Przystępujący przedstawił informację, że zrealizował zamówienie obejmujące zakres: wykonanie budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, w tym m. in. 1) segment spalania i odzysku energii obejmujący palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy, generator turbiny

2x150MW oraz 2) segment wytwarzania i wyprowadzania energii elektrycznej i ciepłej obejmujący turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy oraz 3) instalacja oczyszczania spalin. Przystępujący wskazał na kompleksową realizację inwestycji.

Przystępujący wskazał podmiot, na rzecz którego zostało wykonane zamówienie: Qingdao Xiaojianxi Municipal Waste Incineration Power Plant. Nadto Przystępujący przedstawił wykaz, w którym wskazał, że kompleksowo zrealizował inwestycję, która obejmowała prace projektowe, które obejmowały m.in. wykonanie projektu budowlanego oraz wykonawczego dla branży technologicznej i konstrukcyjnej dla budowy i instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Tu również wskazano jako podmiot, na rzecz którego zamówienie zostało zrealizowane Qingdao Xiaojianxi Municipal Waste Incineration Power Plant.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy SEPC o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 26 ust. 3 i 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w piśmie skierowanym do wykonawcy wskazał, że według wiedzy Zamawiającego, instalację w zakresie paleniska rusztowego oraz systemów kontroli spalania dostarczył oraz zaprojektował podmiot JFE Engineering Corporation. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, w jakim charakterze Wykonawca realizował przedmiotową inwestycję, czy był generalnym wykonawcą robót, czy podwykonawcą. Zamawiający wyjaśnił także że ustalił, że inwestorem był Qingdao Environmental Renewable Energy Corporation. Zamawiający poprosił o potwierdzenie, czy Wykonawca realizował umowę bezpośrednio na rzecz Inwestora i kto był inwestorem. Zamawiający poprosił także o uściślenie, jaką rolę pełnił w tym projekcie JFE Engineering Corporation.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że wykonał zamówienie polegające na wybudowaniu Zakładu Spalania Odpadów Komunalnych Qingdao Xiaojianxi w charakterze generalnego wykonawcy robót, o czym zaświadcza referencja złożona 18.05.2018r., jak i jej aktualne potwierdzenie z dnia 18.07.2018 r. Dalej wyjaśnił, że Qingdao Xiaojianxi Municipal Waste Incineration Power Plant posiada Zakład spalania odpadów komunalnych, jest podmiotem, który dokonywał odbioru robót (uruchomienie i przekazanie obiektu do eksploatacji) wykonanych przez SEPC oraz eksploatuje wybudowany obiekt, a więc jest podmiotem na rzecz którego roboty te zostały wykonane w rozumieniu § 2 ust. 4 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i stąd podmiot ten wystawił na rzecz SEPC poświadczenie należytego wykonania tego zamówienia.

Przystępujący wskazał równocześnie, że w prawie chińskim nie występuje wskazana przez Zamawiającego definicja „Inwestora” w rozumieniu art. 1 i art. 18 ustawy Prawo budowlane i posługiwanie się tym pojęciem w odniesieniu do uczestników procesu budowlanego w Chinach jest niewłaściwe i mylące. Stąd też wskazywanie w dokumentach posiadanych przez Zamawiającego na to, że określony podmiot był investorem w odniesieniu do omawianej inwestycji wskazuje na ogólnikowy charakter tego materiału (raportaż/materiał marketingowy), który nie powinien być podstawą do formułowania wniosków przez Zamawiającego (w szczególności, jeżeli jest to materiał dostarczony Zamawiającemu przez Konsorcjum CNIM i wskazany w odwołaniu tego wykonawcy z dnia 7 maja 2018 r.). Nadto pojęcie inwestora w rozumieniu ustawy Prawo budowlane nie występuje także w przepisach ustawy Pzp i ponownie posługiwanie się tym pojęciem przez Zamawiającego Przystępujący uznał za niewłaściwe. Wyjaśnił także, że według posiadanej przez SEPC wiedzy podmiotem zapewniającym finansowanie wykonania zamówienia oraz odpowiedzialnym za przekazanie do eksploatacji Qingdao Xiaojianxi Municipal Waste Inceneration Power Plant był Shanghai Environmental Group, zaś wskazany przez Zamawiającego podmiot Qingdao Environmental Renewable Energy Corporation był spółką córką Shanghai Environmental Group, która wykonywała funkcję doradczą i organizacyjną w toku angażowania i wykonywania prac przez SEPC.

W ocenie Izby, przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu zarzuty w odniesieniu do tej inwestycji okazały się zasadne. Przystępujący w żaden sposób nie zakwestionował faktu wykonania instalacji w zakresie paleniska rusztowego oraz systemów kontroli przez inny podmiot (JFE Engineering Corporation).

Izba podziela zatem stanowisko, że prawidłowa interpretacja złożonych wyjaśnień powinna skłonić Zamawiającego do uznania, że Przystępujący nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu w tym zakresie. Skoro Zamawiający uzyskał od Przystępującego jedynie oświadczenie oraz dokument identyczny z tym, któremu wcześniej nie dał wiary, to twierdzenie o rozwianiu wątpliwości Zamawiającego jest nieuprawnione.

Odwołujący przedstawił natomiast szereg dowodów potwierdzających jego stanowisko. W tym w szczególności dowód - Raport Walidacyjny dla inwestycji Qingdao.

Z punktu 2.2 Raportu Walidacyjnego wynika, że Zamawiającym (Project owner) jest spółka Qingdao Environment Renewable Energy Co., Ltd. Informacja ta stoi to w sprzeczności z oświadczeniem Przystępującego, jakoby właścicielem projektu był zakład - Qingdao Xiaojianxi Municipal Waste Incineration Power Plant, albo aby podmiot Qingdao Environmental Renewable Energy Corporation był spółką córką Shanghai Environmental

Group, która wykonywała funkcję doradczą i organizacyjną w toku angażowania i wykonywania prac przez SEPC.

Na powyższe wskazuje także przedstawiony przez Odwołującego dowód, tj. dokument w języku chińskim wraz tłumaczeniem na język polski - wyciąg ze strony https://cdm.unfccc.int/Projects/DB/CEPREI_Cert1352256795.75/view z 19 października 2018, w którym Komisja ds. Rozwoju Narodowego i Reformy Chińskiej Republiki Ludowej wskazuje: „3. Qingdao Environment Renewable Energy Co, Ltd. zostaje niniejszym upoważniona jako uczestnik z ramienia Chin do dobrowolnego uczestnictwa w inwestycji i jej wykonania.”

Powyższe dowody jednoznacznie potwierdzają, że to właśnie podmiot Qingdao Environmental Renewable Energy Corporation Ltd był Zamawiającym dla realizacji inwestycji, na którą powołał się Przystępujący. Przedstawione zaś przez Przystępującego referencje nie pochodziły od tego podmiotu.

Co więcej, w pkt 3.6.5.3 Raportu przedstawiona została tabela zawierająca zestawienie głównych kontraktów zawartych w trakcie realizacji inwestycji Qingdao; m.in. ze spółką Shanghai Power Erection No. 2 Company zawarta została umowa o generalne wykonawstwo głównych robót budowlanych (pkt 1 i 2 tabeli); kontrakt na zakup linii spalarni MSW od spółki JFE (pkt 3 tabeli); kontrakt na zakup paleniska oraz kotła od spółki Suzhou Hailu Heavy Industry Co., Ltd. (pkt 4 tabeli); kontrakt na zakup parowej turbiny i generatora od spółki Qingdao Jieneng Steam Turbine Co., Ltd (pkt 5 tabeli); umowa projektowa ze spółką China Urban Construction Design & Research Institute (pkt 17 tabeli). Powyższe wskazuje na okoliczność, że Przystępujący nie wykonywał głównych prac budowlanych. Informacje zawarte w treści Raportu o kilkudziesięciu innych umowach zawartych w celu zrealizowania tej inwestycji nie oznaczają, że Przystępujący wykonywał prace w charakterze generalnego wykonawcy. Przede wszystkim raport wspomina, że były to jedynie dodatkowe umowy, nie zaś podstawowe. Zatem nawet gdyby Przystępujący pełnił funkcję generalnego wykonawcy tej inwestycji, jego umowa zostałaby wymieniona w pierwszej kolejności, nie zaś pominięta, lub wskazana jako dodatkowa.

Z przywołanego Raportu wynikają okoliczności, które świadczą o braku wykonania przez Przystępującego robót, które ten wskazał w JEDZ jako posiadane doświadczenie i przeczą przedstawionym przez Przystępującego referencjom. Skoro bowiem Raport jednoznacznie wskazuje inny podmiot jako generalnego wykonawcę i nawet nie wspomina o udziale przystępującego w tej inwestycji, to oznacza, że Przystępujący nie wykonywał prac, które wskazał w JEDZ i nie był generalnym Wykonawcą tej inwestycji.

Z treści warunku opisanego w SIWZ wyraźnie wynikało, że Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 90 000 Mg/rok w skład której wchodziły min.: segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy.

Powyższe okoliczności świadczą o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w zakresie, w jakim Przystępujący twierdzi, że realizował poszczególne elementy robót, dostaw czy projektowania na tej inwestycji.

W referencjach wystawionych przez Qingdao Environment Renewable Energy Co. Ltd z 13.10 2014r. zaświadcza się, że spółka JFE Engineering Corporation ukończyła już projekt oraz budowę wymienionej fabryki (Spalarnia Odpadów Komunalnych Qingdao Xiaojianxi). Przeprowadzono standardową budowę zakładów zgodnie z podstawowymi normami konstrukcyjnymi, działają one prawidłowo od wybudowania. Powyższe oznacza, że to właśnie spółka JFE wykonała projekt oraz budowę wymienionej fabryki (Spalarnia Odpadów Komunalnych Qingdao Xiaojianxi).

Ponadto Przystępujący nie przedstawił żadnej umowy łączącej go z firmą JFE. Tym samym wątpliwe jest twierdzenie Przystępującego o tym, że Wykonawca JFE pełnił funkcję podwykonawcy. Jak trafnie wskazał Odwołujący, z treści Raportu wynika, że umowa na zakup linii spalarni MSW została zawarta jako pierwsza pomiędzy Zamawiającym a spółką JFE Engineering Corporation, co wyklucza jakikolwiek stosunek podrzędności pomiędzy Przystępującym a JFE w ramach realizacji inwestycji Qingdao. Powyższa okoliczność stoi w sprzeczności z oświadczeniami Przystępującego, jakoby Wykonawca JFE był podwykonawcą Przystępującego w ramach realizacji inwestycji Qingdao.

Izba uznała za wiarygodne dowody przedstawione przez Odwołującego - Raport Walidacyjny zarówno dla inwestycji Qingdao, jak i inwestycji Shanghai Jinshan (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski). Przede wszystkim jest to oficjalny raport, zawierający bardzo szczegółową analizę inwestycji dokonaną przez niezależny podmiot. Przystępujący podkreślał w trakcie rozprawy, że Raport Walidacyjny to dokument techniczny (przygotowany przez jednostkę certyfikującą CEPREI), nie zaś prawny. Należy jednak mieć na uwadze, że z dokumentu tego wynikają okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Ponadto okoliczność, że jest to dokument techniczny, w żaden sposób nie umniejsza rangi tego

dokumentu. Podkreślić ponownie należy, że jest to dokument sporządzony przez niezależny podmiot i obiektywnie, a zatem informacje w nim zawarte są wiarygodne. Co więcej, treść tego raportu potwierdzają informacje zawarte na różnych stronach internetowych, jak chociażby UNFCCC.

Należy zauważyć, że Przystępujący miał możliwość przedstawienia umów zawartych z Zamawiającymi inwestycji, na które powołał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego nie uczynił.

Przystępujący w treści wyjaśnień wskazał także, że wykonał kompleksowo zamówienie Zakład Spalania Odpadów Komunalnych Qingdao Xiaojianxi [Qingdao Xiaojianxi Municipal Waste Inceneration Power Plant] pełniąc rolę generalnego wykonawcy robót, włączając projektowanie oraz uruchomił przedmiotową instalację i przekazał ją do eksploatacji, o czym zaświadcza referencja i jej aktualne potwierdzenie z dnia 18.07.2018 r. Dalej Przystępujący oświadczył, że wykonał "prace projektowe w zakresie wskazanym w załączonym poświadczeniu należytego wykonania, zamówienia/JFE Engineering Corporation nie zaprojektował Zakładu Spalania odpadów Komunalnych Qingdao Xiaojianxi.

Okoliczności, które są przedmiotem rozpoznania zostały pierwotnie wskazane w odwołaniu w czerwcu br. (wycofane w trakcie posiedzenia z uwagi na przedwczesność zarzutów), stanowiły podstawę wyjaśnień Zamawiającego w lipcu br., jak również były przedmiotem rozpoznania w trakcie rozprawy. Przystępujący nie przedstawił na żadnym etapie umów z zamawiającymi, czym jednoznacznie miał możliwość zaprzeczyć tezom stawianym przez Odwołującego, jak również dowodom składanym przez Odwołującego.

Izba zobowiązała Przystępującego do przedstawienia umów zawartych z zamawiającymi w każdej z inwestycji, na które powoływał się w wykazie, jak również umów z podmiotem JFE, wraz z tłumaczeniem na język polski, wyznaczając termin na ich złożenie. Mimo wezwania Izby do przedłożenia umów, Przystępujący również nie zdecydował się przedstawić tych dowodów.

Należy zauważyć, że Wykonawca SEPC zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego. Oznacza to, że zdecydował się aktywnie wspierać Zamawiającego i aktywnie wykazać prawidłowość podjętej przez Zamawiającego decyzji. Postępowanie przed Izłą ma charakter kontradyktoryjny. Strony postępowania przedstawiają dowody na poparcie swojego stanowiska. Za pomocą twierdzeń i dowodów wykazują prawidłowość swoich racji. Przystępujący, chcąc dowieść swojej racji, miał możliwość samodzielnego przedłożenia jednoznacznych dowodów, w tym umów. Złożenie dowodu na określoną okoliczność, jak również okoliczność nie złożenia dowodu niesie za sobą prawne

konsekwencje – takie działanie lub jego brak jest przedmiotem oceny Izby. W niniejszym postępowaniu Przystępujący nie złożył umów ani z własnej inicjatywy, ani na wezwanie Izby. Fakt ten oznacza, że Przystępujący nie wykazał jednoznacznie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – tak przed Zamawiającym, jak przed Izbą.

Należy także zauważyć, że to na Przystępującym spoczywał ciężar dowodu w postępowaniu wyjaśniającym. To Przystępujący, składając wyjaśnienia, powinien jednoznacznie wyjaśnić wszelkie wątpliwości, jak również przedłożyć dowody w tym zakresie.

Tymczasem Przystępujący w treści wyjaśnień „pouczył” Zamawiającego, że zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdy budzą one wątpliwości tj. gdy nie potwierdzają w sposób jednoznaczny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu. W ocenie Przystępującego, Zamawiający wymaga od Przystępującego podania informacji wykraczających poza informacje, których wymagał Zamawiający w Wykazie robót budowlanych i Wykazie usług projektowych składanych na potrzeby wykazania przez SEPC spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Ponadto zdaniem Przystępującego, pytania Zamawiającego bazują na nieprawdziwych informacjach złożonych przez Konsorcjum CNIM. Zdaniem Przystępującego, postępowanie Zamawiającego narusza art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak i zasadę równego traktowania wykonawców sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przystępujący myli dokumenty, jakich może wymagać zamawiający od wykonawcy celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z procedurą wyjaśnień. Dla tej procedury nie został zastrzeżony jakikolwiek zamknięty katalog dokumentów, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany dokładnie wyjaśnić wszelkie wątpliwości zamawiającego za pomocą dostępnych, dowolnych dokumentów. Nie można uznać za prawidłowe twierdzeń Odwołującego, że na etapie wyjaśnień treści oferty, Zamawiający może żądać tylko takich dokumentów, jakich żądał na etapie składania ofert. Przyjmując takie rozumienie, procedura wyjaśnień byłaby zbędna, gdyż faktycznie prowadziłyby do złożenia przez wykonawcę tych samych dokumentów, które zostały już uprzednio przez niego złożone. Tym samym procedura wyjaśnień prowadziłyby donikąd.

Co znamienne, Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego jednoznacznie przyznał, że: „czeka na ustalenia Izby. Uznanie odwołania spowodowałoby wniesienie odwołania przez Przystępującego.” Stwierdził także, że „Nie zostały wyjaśnione relacje umowne pomiędzy dostawcami części zakładów, a Zamawiającym – generalnym wykonawcą. W dalszym ciągu

ta kwestia jest nieznana.” W zakresie raportu dotyczącego instalacji Qingdao nie wiadomo, kto był generalnym wykonawcą tej inwestycji.

Powyżej przytoczone stwierdzenia Zamawiającego, które padły w trakcie rozprawy, jedynie potwierdzają trafność zarzutu postawionego przez Odwołującego, że Przystępujący nie rozwiązał wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby, Zamawiający nie powinien wybrać oferty wykonawcy do czasu, gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzą jednoznacznie, że wykonawca warunek spełnia. Nie można uznać, że rozwiązały wątpliwości przedstawione w ramach wyjaśnień dokumenty o takiej samej treści, jak złożone w treści oferty.

W zakresie kolejnej inwestycji wskazanej przez Przystępującego – Zakład Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan, Zamawiający również wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

W treści wykazu Przystępujący wskazał na kompleksową realizację inwestycji, obejmującej wykonanie budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych w tym m.in. 1) segment spalania i odzysku energii obejmujący palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy, linia spalania 2x500t/d generator turbiny 15MW oraz 2) segment wytwarzania i wyprowadzania energii elektrycznej i ciepłej obejmujący turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy, linia spalania 2x500t/d, generator turbiny 15MW oraz 3) instalacja oczyszczania spalin. Jako podmiot, na rzecz którego zostały zrealizowane prace Przystępujący wskazał Shanghai Jinshan Baimashi green Energy Co Ltd. Podobnie w kolejnym wykazie wskazano zakres wykonania prac: prace projektowe, które obejmowały m. in. wykonanie projektu budowlanego oraz wykonawczego dla branży technologicznej i konstrukcyjnej dla budowy i instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Jako podmiot, na rzecz którego zostały zrealizowane prace Przystępujący wskazał Shanghai Jinshan Baimashi green Energy Co Ltd.

W treści wezwania prosił o wyjaśnienie, czy instalacja w Zakładzie Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan przetwarza odpady komunalne, czy instalacja została oddana do eksploatacji we wskazanym w wykazie terminie, ponieważ w dostępnych Zamawiającemu dokumentach nie można zidentyfikować tej instalacji we wskazanej przez Wykonawcę lokalizacji, czy Wykonawca wykonał kompleksowo i uruchomił przedmiotową instalację oraz jaką rolę w projekcie pełniły następujące podmioty: JFE Engineering Corporation, SITA Waste Services Company-Limited.

Przystępujący w odpowiedzi wyjaśnił, że wykonał kompleksowo inwestycję oraz uruchomił przedmiotową instalację, o czym zaświadcza referencja złożona pismem z dnia 18.05.2018 r.

oraz jej aktualne potwierdzenie z dnia 18.07.2018 r. Przystępujący był generalnym wykonawcą robót budowlanych w omawianym projekcie.

Przystępujący wskazał, że nie jest mu znana rola SITA Waste Services Company Limited przy realizacji omawianego projektu. JFE Engineering Corporation był jedynie dostawcą części dostaw w toku realizacji przedmiotowej inwestycji i nie był wykonawcą robót budowlanych, które to wykonywał SEPC zgodnie z referencjami. Przystępujący wskazał także, że żądanie przez Zamawiającego informacji w zakresie podwykonawców robót budowlanych, dostawców i usługodawców oraz zakresu wykonywanych przez nich prac, angażowanych w toku realizacji zamówienia polegającego na wybudowaniu Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan, wykracza poza informacje niezbędne i potrzebne do oceny spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ. Przystępujący wskazał, że żądanie tego rodzaju informacji od SEPC nie znajduje podstawy prawnej ani w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, ani w treści SIWZ.

Przystępujący wyjaśnił także, że wykonał kompleksowo zamówienie Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan [Shanghai Jinshan permanent life waste comprehensive plant], pełniąc rolę generalnego wykonawcy robót, włączając projektowanie oraz uruchomił przedmiotową instalację i przekazał ją do eksploatacji, o czym zaświadcza referencja i jej aktualne potwierdzenie z dnia 18.07.2018 r. SEPC wykonał prace projektowe w zakresie wskazanym w załączonym poświadczeniu należytego wykonania zamówienia. JFE Engineering Corporation ani Sita Waste Services Company Limited nie zaprojektowały Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan.

W trakcie rozprawy Odwołujący przedstawił Raport Walidacyjny dla inwestycji Shanghai Jinshan. Z treści tego Raportu wynikają okoliczności świadczące o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w zakresie, w jakim Przystępujący twierdzi, że realizował poszczególne elementy robót, dostaw czy projektowania na tej inwestycji.

Zgodnie z pkt. 2.2 Raportu Walidacyjnego, Zamawiającym (Project owner) jest spółka Shanghai Jinshan Environmental Renewable Energy Co., Ltd., nie zaś spółka Shanghai Jinshan Baimashi Green Energy Co. Ltd., która została wskazana w treści dokumentów przedstawianych przez Przystępującego.

W pkt. 3.6.5.3 tego Raportu przedstawiona została tabela zawierająca zestawienie głównych kontraktów zawartych w trakcie realizacji inwestycji Qingdao, m.in.: umowa na zakup turbiny parowej zawarta z Qingdao Jieneng Steam Turbine Group Co., Ltd (pkt 1 tabeli); umowa na zakup linii spalarni MSW zawarta z JFE Engineering Corporation (pkt 2 tabeli); umowa na

kocioł zawarta z Sichuan Chuan'guo Boiler Co. Ltd (pkt 4 tabeli); umowa generalna na roboty budowlane zawarta z Shanghai Power Erection No. 2 Company (pkt 7 tabeli); umowa projektowa zawarta z Wuzhu Engineering Design & Research Institute/Shanghai Environmental Sanitation Engineering Desing Institute (pkt 19 tabeli). Z dokumentu tego zatem wynika, że generalnym wykonawcą była inna firma - Shanghai Power Erection No. 2 Company, a nie Przystępujący.

Podobnie, jak w poprzedniej inwestycji, z treści Raportu wynika, że umowa na zakup linii spalarni MSW została zawarta pomiędzy Zamawiającym a spółką JFE Engineering Corporation, co wyklucza jakikolwiek stosunek podrzędności pomiędzy Przystępującym a JFE w ramach realizacji tej inwestycji, a skoro tak, to Przystępujący nie może powoływać się na doświadczenie tego podmiotu jako własne.

Z dokumentu Raport Walidacyjny wynika także, że umowa projektowa została zawarta z Wuzhu Engineering Design & Research Institute/Shanghai Environmental Sanitation Engineering Desing Institute, a więc innym podmiotem niż Przystępujący, co oznacza, że także w tym zakresie Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego.

Przystępujący przedstawił jako dowód zaświadczenie o wykonaniu robót z 13.10. 2014 roku wystawione przez Shanghai Jinshan Environement Renewable Energy Co. Ltd., w którym znalazło się zaświadczenie, że spółka JFE wykonała projekt Zakładów Jinshan oraz zakończyła prace budowlane. W wierszu zakres dostawy towaru do budowy zakładów wskazano projekt podstawowy całej inżynierii, dostawa, montaż, rozruch, instruktaż rozruchowy pieca do spalania oraz odpowiednich urządzeń. Powyższe oznacza, że to właśnie spółka JFE wykonała projekt Zakładów Jinshan oraz prace budowlane.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy SEPC o wyjaśnienie treści oferty również w zakresie kolejnej inwestycji. Przystępujący w treści wykazu przedstawił informację, że w ramach inwestycji realizowanej na rzecz podmiotu Shanghai LoaGang solid waste comprehensive development Co. Ltd kompleksowo zrealizował zamówienie obejmujące zakresem wykonanie budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, w tym m.in. 1) segment spalania i odzysku obejmujący palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy, generator turbiny 2x150MW oraz 2) segment wytwarzania i wyprowadzania energii elektrycznej i ciepłej obejmujący turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy oraz 3) instalacja oczyszczania spalin.

Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień wskazał, że z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego wynika, iż część zakresu robót (projekt, ruszt, kocioł, oczyszczanie spalin, dostawa kluczowych komponentów, montaż i uruchomienie oraz nadzór)

realizowana była przez Hitachi Zosen Inova Corporation. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, w jakim charakterze Wykonawca realizował przedmiotową inwestycję, czy był generalnym wykonawcą robót, czy podwykonawcą. Zamawiający prosił o potwierdzenie, czy Wykonawca realizował umowę bezpośrednio na rzecz Inwestora i jaki podmiot był inwestorem. Prosił także o uściślenie, jaka rolę pełnił w tym projekcie Hitachi Zosen Inova.

Przystępujący w treści wyjaśnień wskazał, że Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. realizował roboty budowlane w charakterze generalnego wykonawcy robót, o czym zaświadcza referencja i jej aktualne potwierdzenie z dnia 18.07.2018 r. SEPC nie był podwykonawcą robót budowlanych, ale generalnym wykonawcą robót budowlanych. Shanghai LaoGang solid waste comprehensive development Co., Ltd posiada Centrum Obsługi Energii Odnawialnej LaoGang, jest podmiotem, który dokonywał odbioru robót (uruchomienie i przekazanie obiektu do eksploatacji) oraz eksploatuje wybudowany obiekt, a więc jest podmiotem na rzecz którego roboty te zostały wykonane w rozumieniu § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia i stąd podmiot wystawił potwierdzenie wykonania tego zamówienia. Na gruncie prawa chińskiego nie występuje pojęcie inwestora w rozumieniu art. 17 pkt 1 i art. 18 ustawy posługiwanie się tym pojęciem byłoby niewłaściwe nie tylko z uwagi na to, że wskazany projekt został wykonany pod prawem chińskim zawierającym odmienne rozwiązania prawne i instytucje, ale także z uwagi na to, że pojęcie inwestora nie występuje również na gruncie przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała za uzasadniony zarzut Odwołującego, wskazujący, że ogólnodostępne dokumenty wskazują, że część zamówienia, która jest kluczowa w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (zaprojektowanie, realizacja takich elementów jak ruszt, kocioł, instalacja oczyszczania spalin, dostawa kluczowych komponentów, montaż, uruchomienie) wykonana została przez Hitachi Zosen Corporation. W tym zakresie Odwołujący załączył do odwołania wyciąg z katalogu Hitachi Zosen Corporation 2, który potwierdza, że firma Hitachi Zosen odpowiadała za ogólną koncepcję procesu, ruszt, kocioł, oczyszczanie spalin, projekty wykonawcze, dostawę kluczowych komponentów, nadzór nad montażem i uruchomieniem. Mimo, że Zamawiający wprost w treści wezwania zwrócił uwagę, że z posiadanych dokumentów wynika, że zakres robót obejmujący projekt, ruszt, kocioł, oczyszczanie spalin, dostawę kluczowych komponentów, montaż, uruchomienie i nadzór wykonał inny podmiot (Hitachi Zosen Corporation), Wykonawca SEPC nie zakwestionował, że Hitachi Zosen Corporation wykonało wskazywany w treści wezwania zakres prac. Przystępujący w argumentacji podnosił, że wskazywany projekt (realizowany przez Hitachi Zosen Corporation)

był inną inwestycją od tej, na którą zwrócił uwagę w wezwaniu Zamawiający. Jednocześnie Przystępujący nie rozwił w tym zakresie wszelkich wątpliwości. Jak wskazano powyżej, nie przedstawił w tym zakresie umów z Zamawiającym, pomimo, że miał taką możliwość.

Przystępujący nie wyjaśnił także wątpliwości Zamawiającego powstałych w odniesieniu do inwestycji Centrum Recyklingu Zasobów Wapna w Szanghaju EPC, nie wyjaśnił obecności podmiotów trzecich w realizacji tej inwestycji. Nie przedstawił w tym zakresie umów z Zamawiającym także na wezwanie Izby.

Izba podkreśla, że to na Zamawiającym ciążył obowiązek prawidłowego dokonania czynności wyboru oferty, w tym spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wyjaśnienia wszelkich okoliczności. Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy brak jest pewności co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. W niniejszym postępowaniu wskazywane przez Zamawiającego wątpliwości nie zostały wyjaśnione. Brak złożenia jednoznacznych wyjaśnień, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie może prowadzić do uznania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z pewnością nie można uznać, że zostały wyjaśnione wątpliwości Zamawiającego, gdy wykonawca przedłożył takie same dokumenty jak te złożone w treści oferty. Doświadczenie w niniejszym postępowaniu miało kluczowe znaczenie – stanowiło treść warunku udziału w postępowaniu. I właśnie spełnienie warunku w zakresie doświadczenia Zamawiający był zobowiązany dokładnie zweryfikować.

Zgodnie z pkt. 6.5.3 oraz z art. 22 ust. 1 b ustawy Prawo zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunki te Zamawiający jednoznacznie określił w pkt. 6.13.1 IDW, w którym:

- a. w pkt. 6.13.1 A wskazano na „segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy”;
- b. w pkt. 6.13.1 B wskazano na „segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy”.

Tak sformułowane warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia stanowiły kolejno przedmiot pytania nr 532 jednego z oferentów, przytoczonego na rozprawie w dniu 22 października 2018 roku.

Jak wskazał Odwołujący, istota zadanego przez wykonawcę pytania sprowadzała się do ostatniego zdania pytania: „zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający zrezygnuje z wymogu wyprowadzania energii cieplnej i wymiennika ciepłowniczego, a co za tym idzie referencja z układem zawierającym kondensator pary na wylocie z turbiny zostanie uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego”

Odpowiedź Zamawiającego była jednoznaczna - „Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanej zmiany a w związku z tym pozostawia postanowienia SIWZ w tym zakresie bez zmian.”

Zamawiający zatem nie wyraził zgody na zmianę warunku określonego w pkt. 6.1.3 IDW. warunku, który dla ubiegania się o udzielenie zamówienia wymagał od oferentów wyprowadzania energii cieplnej.

Zamawiający twierdził w trakcie rozprawy, że warunki określone w pkt. 6.1.13 A i B IDW nie wymagają, aby wykonawca miał doświadczenie w wykonaniu i dostawie elementów spalarni, które zapewniają zarówno wyprowadzenie energii elektrycznej, jak i cieplnej, poza instalację. W ocenie Izby, takie twierdzenie Zamawiającego jest nieuprawnione, w szczególności mając na względzie przytoczone postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Brak jest podstaw do twierdzenia, że treść warunku „segment wytwarzania i wyprowadzania energii elektrycznej i cieplnej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy” nie wymagała, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w dostawie i montażu turbin, które nie wymagają wyprowadzenia ciepła na zewnątrz instalacji.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę, należało uznać, że stawiane przez Zamawiającego wymagania wskazują na konieczność posiadania doświadczenia w zakresie instalacji, której jedną z podstawowych cech technologicznych jest wyprowadzanie ciepła poza zakład. Co więcej, w ocenie Izby treść warunku nie powinna być interpretowana w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem stawia warunki udziału w postępowaniu, aby dokonać oceny możliwości wykonawcy w realizacji zamówienia.

W konsekwencji Izba w całości podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym: nieprzekonujące jest twierdzenie Zamawiającego, że wyprowadzanie i generowanie ciepła może ograniczać się wyłącznie do samego zakładu i wykorzystywania na potrzeby własne. Tak samo jak wyprowadzona jest energia elektryczna do sieci energetycznej, tak samo instalacja musi posiadać wyprowadzenie ciepła do sieci ciepłowniczej, a nie wyłącznie możliwość zastosowania ciepła na potrzeby własne instalacji. W takim bowiem przypadku o żadnym segmencie wyprowadzenia ciepła nie można mówić.

W ocenie Izby, zasadny jest zarzut Odwołującego, że instalacje wskazywane przez Przystępującego nie posiadają wyprowadzenia ciepła poza samą instalację. Przede wszystkim Odwołujący wskazał, że wszystkie instalacje realizowane w Qingdao oraz Szanghaju nie posiadają wyprowadzenia ciepła poza samą instalację. Z punktu 3.5 Raportu Walidacyjnego dla Qingdao przedstawionego przez Odwołującego wynika, że projekt składać się będzie z instalacji unieszkodliwiania stałych zanieczyszczeń komunalnych (MSW) oraz generatora energii, natomiast nie przewiduje się odzysku energii cieplnej dla zapotrzebowania cieplnego (thermal demand). Ponadto Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał na dokumentację projektową („Project Design Document Form CDM PDD”), w której na stronie 6 oraz 11 zawarte zostały schematy procesu. Ze schematu nie wynika, żeby w efekcie procesu spalania wytwarzane było ciepło, które następnie jest wyprowadzane poza układ do sieci ciepłowniczej. Jak zauważył Odwołujący, również w tabeli znajdującej się na stronie 16 dokumentacji projektowej wskazane zostało, że nie przewiduje się wytwarzania energii cieplnej.

Odwołujący przedłożył także Raport Walidacyjny dla inwestycji Shanghai Jinshan. W pkt. 3.5 Raportu Walidacyjnego wskazano na wytwarzanie energii elektrycznej. W dokumentacji projektowej („Project Design Document Form CDM PDD”) na stronie 10 zawarty został schemat procesu, z którego nie wynika, aby w efekcie procesu spalania wytwarzane było ciepło, które następnie jest wyprowadzane poza układ do sieci ciepłowniczej.

Odwołujący wyjaśnił także, że w mieście Szanghaj nie ma instalacji ciepłowniczej, wobec czego niemożliwym byłoby, aby trzy instalacje, które przedstawił SEPC, zapewniały ujście energii cieplnej do systemu ciepłowniczego miasta. Co więcej, z zestawienia rodzajów paliwa używanego w ciepłownictwie w Chinach wynika brak wyszczególnienia odpadów jako paliwa. (dowód z Centrum badawczego budownictwa energetycznego Uniwersytet Tsinghua, 2017).

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

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarówno zatem w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa, *„przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”*. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezbędne jest zaistnienie sytuacji, w której *„wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości.”*

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie spełnione zostały przesłanki wprowadzenia

Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje.

Informacje wprowadzające w błąd wynikają z okoliczności złożenia przez Przystępującego referencji wystawionych przez podmiot, który nie był odpowiedzialny za projekt. Ponadto, pomimo wątpliwości zgłoszonych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień, Przystępujący utrzymywał, że jest podmiotem, który był generalnym wykonawcą, wykonał główne roboty budowlane, objęte treścią warunku udziału w postępowaniu, jak i wykonał prace projektowe, co stoi w sprzeczności z dowodami przedstawionymi przez Odwołującego w trakcie rozprawy.

Przystępujący miał możliwość wyjaśnienia wątpliwości powstałych u Zamawiającego, czego nie uczynił i świadomie utwierdzał Zamawiającego w przekonaniu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie każdej z prac. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nawet pod koniec rozprawy nie potrafił wskazać, kto był zamawiającym np. w zakresie inwestycji w Qingdao. Nadto Zamawiający miał szereg wątpliwości, które nie zostały rozwiane przez Przystępującego, mimo że Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia tych wątpliwości. Brak wiedzy, jak przyznał Zamawiający, uniemożliwił Zamawiającemu ewentualne uwzględnienie odwołania. Zamawiający podkreślił, że w chwili podejmowania decyzji o wyborze oferty, kierował się wyjaśnieniami Przystępującego, co jedynie potwierdza, że to na skutek działań Przystępującego Zamawiający uznał, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i dokonał wyboru jego oferty.

W ocenie Izby, ponowne nakazanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiłoby niebezpieczny precedens, osłabiający rolę wyjaśnień treści oferty, jak i zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności za składane oświadczenia, decydujące o wyniku postępowania.

Istotną kwestią jest okoliczność, że Przystępujący utrzymywał, że wykonał wszystkie prace oraz że jest podmiotem, który był generalnym wykonawcą, wykonał główne roboty budowlane, objęte treścią warunku udziału w postępowaniu, jak i wykonał prace projektowe, co stoi w sprzeczności z dowodami przedstawionymi przez Odwołującego w trakcie rozprawy. Bez

znaczenia pozostaje okoliczność, czy choćby jedna z referencji spełnia wymagania Zamawiającego. Przystępujący utrzymywał, że wszystkie inwestycje spełniają wymagania SIWZ, co okazało się sprzeczne z przedstawionymi dowodami. Oznacza to, że także w tym zakresie Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Składając ofertę, wykonawca powinien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Spełnienie tych warunków powinno wynikać z treści oferty lub ewentualnie ze złożonych w toku postępowania wyjaśnień. To na Przystępującym spoczywał obowiązek wykazania, która z inwestycji spełnia wymagania Zamawiającego. Nie jest zadaniem Zamawiającego ustalanie i poszukiwanie, które spośród przedstawionych przez wykonawcę referencji spełniają wymagania.

Z ustaleń Izby wynika, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczające jest samo przedstawienie informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (z czym niewątpliwie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu). Z powyższego wynika, że po stronie Zamawiającego mogło powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez Przystępującego informacji. Powyższe oznacza, że Zamawiający winien wykluczyć Przystępującego z postępowania, co Izba nakazała w treści sentencji.

Izba uznała za uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu konieczności tłumaczenia z języka angielskiego na język polski całości dokumentów Raport Walidacyjny dla inwestycji w Qingdao oraz inwestycji w Shanghai Jinshan w łącznej kwocie 26 103,68 złotych.

Stosownie do §3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby, dokumenty te były niezbędne dla ustalenia istotnych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, stąd też uzasadnione jest zaliczenie ich do uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego. Przystępujący kwestionował wiarygodność dowodu Odwołującego w postaci „wyciągów” z tego dokumentu, z tego też względu Izba zobowiązała Odwołującego do przedstawienia całości Raportów Walidacyjnych wraz z tłumaczeniem w celu możliwości pełnej weryfikacji wiarygodności tych dokumentów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....