

WYROK
z dnia 27 listopada 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Robert Skrzyszewski
Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2017 roku przez wykonawcę **BikeU sp. z o.o., ul. E. Plater 53, 00-113 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **BikeU sp. z o.o., ul. E. Plater 53, 00-113 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BikeU sp. z o.o., ul. E. Plater 53, 00-113 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

KIO 2390/17 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 2390/17 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Bydgoski Rower Aglomeracyjny na lata 2018-2020”, prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz (dalej „zamawiający”) [ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE nr Dz.U./S119 240015-2017-PL z dnia 24 czerwca 2017 roku] wykonawca BikeU sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) i Mega Sonic S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Kabit”) pomimo, że Kabit złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie posiada odpowiedniego potencjału technicznego,
2. błędnym uznaniu, że Kabit wykazał w sposób zgodny z przepisami Pzp spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Kabit,
4. zaniechaniu wykluczenia Kabit z postępowania,

5. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22a ust. 2, 4 i 6, poprzez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Kabit w sytuacji, gdy Kabit nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności warunki udziału w postępowaniu dotyczące wykazania braku skazania za przestępstwa opisane w ustawie oraz dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w art 10.3 pkt 3 ppkt 1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sytuacji, gdy Kabit nie posiada własnej wiedzy i doświadczenia w tym zakresie tylko skorzystał z zasobu podmiotu trzeciego, tj. Changzhou Youon Public Bicycle System Co. Ltd (dalej „PBS”), przy czym z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, aby Kabit dysponowała tym zasobem podmiotu trzeciego w sposób realny, jak również, że

KIO2390/17 3

wskazana usługa została wykonana należyście i odpowiada wymaganiom określonym w art 10.3 pkt 3 ppkt 1) SIWZ,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2), poprzez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i braku wykluczenia Kabit w sytuacji, gdy Kabit nie wykazała, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określonej w art 10.3 pkt 3 ppkt 1) SIWZ,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 24 ust. 5 pkt 5) i 6) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 25 ust. 1, poprzez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Kabit w sytuacji, gdy Kabit, ani podmiot udostępniający zasoby nie wykazał, iż urzędujący członkowie organów zarządzających lub nadzorczych wykonawców oraz podmiotu udostępniającego zasoby nie zostali skazani w zakresie wymaganym przez zamawiającego,
4. art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1), poprzez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Kabit w sytuacji, gdy Kabit przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
5. art. 89 ust. 1 pkt 1) i 3), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kabit pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na niezłożenie przez tego wykonawcę odpowiednich dokumentów, które pozwoliłyby na przeprowadzenie oceny jego oferty, a także ze względu na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
6. art. 91 ust. 1, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie jego właściwego zastosowania przejawiające się tym, że wybrano jako najkorzystniejszą ofertę Kabit, która nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, która to oferta w przypadku wykluczenia Kabit i odrzucenia jej oferty, będzie ofertą najkorzystniejszą,
7. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z wyżej wymienionymi przepisami, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również poprzez wybór wykonawcy, którego oferta zgodnie z przepisami Pzp nie powinna być wybrana, i w konsekwencji nie powinno mu zostać udzielone zamówienie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Kabit,

4 KIO2390/17

-
2. dokonania ponownej oceny i badania oferty, w trakcie której wykluczy on

z postępowania Kabit,

3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł także o przyznanie na rzecz odwołującego kosztów według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W odniesieniu do zarzutu nie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej odwołujący podał, że zgodnie z art. 10.3 pkt 3 ppkt 1) SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi lub dostawy polegającej na dostarczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem systemu wypożyczalni roweru publicznego oraz zarządzaniu i obsłudze tego systemu, gdzie zrealizowany poprawnie, w ramach jednej usługi lub dostawy, system roweru publicznego składał się z minimum 20 stacji rowerowych wyposażonych (każda ze stacji) w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi lub ogniwami fotowoltaicznymi łącznie z akumulatorami, gdzie łączna liczba rowerów we wdrożonym systemie nie była mniejsza niż 160 sztuk oraz system wygenerował rocznie minimum 250 tysięcy wypożyczeń.

Odwołujący podał również, że Kabit – w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu – przedstawiła referencję z chińskiego miasta Linqu wystawioną na rzecz PBS, z której nie wynikało, że usługa spełnia wymagania przedstawione przez zamawiającego w zakresie wyposażenia stacji w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi.

Wskazał, że Kabit – w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (z dnia 26 października 2017 roku) – złożyła nową referencję od Wydziału Transportu i Komunikacji w mieście Linqu, w której w polskim tłumaczeniu zawarto nowe sformułowanie: „*wśród, których 20 stacji wyposażona jest w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi - system zasilania energii słonecznej*”.

Odwołujący podniósł, że tłumaczenie jest nieprawidłowe, a referencja w oryginalnej treści, w języku chińskim, nie zawiera informacji o wyposażeniu w ogniwa fotowoltaiczne. Uzupełnił, że referencja w języku chińskim zawiera wyłącznie informację o tym, że „*stacje są zasilane z energii słonecznej*”.

Staął na stanowisku, że zasilanie z energii słonecznej nie jest równoważne z zainstalowaniem w stacjach automatycznych ogniw fotowoltaicznych. Stwierdził, że technologia fotowoltaiczna polega na automatycznym zasilaniu stacji z energii słonecznej pozyskanej autonomicznie przez stacje za pomocą ogniw. Uznał, że diametralnie czym KIO 2390/17 5

innym jest podłączenie stacji do stałego źródła prądu, który został uzyskany z energii słonecznej w innym miejscu i za pomocą innych mechanizmów.

W ocenie odwołującego przedmiotowa referencja (wykonana usługa) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 10.3 pkt 3. ppkt 1) SIWZ, wobec czego należy uznać, że Kabit nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powinna zostać z postępowania wykluczona zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, a jej oferta odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia w błąd zamawiającego odwołujący stwierdził, że zarzut opisany powyżej obejmuje nie tylko naruszenie przepisów dotyczących prowadzenia postępowania w zakresie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, ale w swojej istocie oznacza również wprowadzenie w błąd zamawiającego, poprzez nieprawidłowe przetłumaczenie referencji wystawionej przez miasto Linqu.

Zdaniem odwołującego błędne tłumaczenie stanowi co najmniej nierzetelne działanie, które należy zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo. Stwierdził, że przetłumaczenie referencji, poprzez dodanie nie występującego w oryginale słowa „ogniwa bezpośrednio uznanie jej jako fotowoltaiczne” spowodowało wystarczającej przez zamawiającego. Podniósł, że właśnie w tym zakresie dla zamawiającego referencja była niewystarczająca i w tym zakresie zażądał, pismem z dnia 26 sierpnia 2017 roku, wyjaśnień.

Uznał, iż przekład doręczony przez Kabit jest niezgodny z oryginałem w zakresie kluczowym dla stwierdzenia, że Kabit spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, że ten

błąd Kabit miał niewątpliwie istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wobec czego należy przyjąć, iż Kabit powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że Kabit w przedmiotowym zakresie została wezwana do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a wykonawca – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, może zostać wezwany w przedmiotowym zakresie wyłącznie jednorazowo, wobec czego zamawiającemu nie przysługuje już uprawnienie do ponownego wezwania Kabit i tym samym spółka ta winna zostać wykluczona z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu braku realności udostępnionych zasobów odwołujący podał, że Kabit, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, skorzystała z uprawnienia opisanego w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp i przedstawiła ww. referencje dla PBS z miasta Linqu oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia od PBS z dnia 15 września 2017 roku.

KIO 2390/17 6

W ocenie odwołującego przedstawione oświadczenie PBS zawiera sformułowania o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, pracowników do asysty i szkoleń oraz ogólnym wsparciu w utrzymaniu systemu oraz ogólne wskazanie PBS, iż będzie brał bezpośredni udział w tym projekcie, a jego zaangażowanie będzie obejmowało w szczególności 7 działań, a w tym dostawę elementów systemu rowerowego oraz dostawę oprogramowania i udział w procesie związanym z kustomizacją oprogramowania.

Odwołujący stanął na stanowisku, że oświadczenie PBS stanowi luźną i niewiążącą formę zamiaru lub potencjalnej możliwości skorzystania z tychże zasobów, ale nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie Kabit, ponieważ zarówno w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia („JEDZ”) jak i w ofercie nie wskazano, że jakkolwiek część zamówienia będzie wykonana przez podwykonawców (Cz. II lit. D JEDZ Kabit), co oznacza, że Kabit zaoferowała wykonanie usługi (zamówienia) samodzielnie, bez udziału podwykonawców, wobec czego przyjąć należy, iż w ramach wykonywania zamówienia, Kabit nie będzie korzystała z zasobów, do których udostępnienia zobowiązał się wstępnie PBS.

Stanął na stanowisku, że oświadczenie o udostępnieniu potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia od PBS zostało złożone tylko i wyłącznie w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Wskazał, iż ustawa Pzp po nowelizacji kładzie nacisk na realność udostępnianych zasobów – w obecnym brzmieniu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nakazuje, aby w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów w zakresie wiedzy, wykształcenia lub doświadczenia podmiot udostępniający zasoby zrealizował roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W ocenie odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym, tj. w sytuacji gdy żaden z wykonawców nie ma żadnego doświadczenia w zakresie dostarczania systemów wypożyczalni rowerów publicznych, niezbędnym zasadniczo jest, aby podmiot udostępniający zasoby (PBS) wykonał całość zamówienia albo przynajmniej brał udział (wykonywał) znaczną część zamówienia bezpośrednio, a nie w formie szkoleń lub konsultacji, albo użyczeniu pracowników, których doświadczenie jest nieweryfikowalne.

Podkreślił, iż ustawodawca w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nakazuje wykonanie danej części zamówienia, a nie szeroko pojęte wsparcie techniczne lub osobowe przy jej wykonaniu.

Podniósł, iż wiedza i doświadczenie jest nierozzerwalnie związane z danym podmiotem i nie można w żadnym przypadku założyć, aby mogły one stanowić *quasi* materię (substrat materialny), które mogą być przedmiotem swobodnego obrotu, z wyłączeniem udziału danego podmiotu, posiadającego wiedzę i doświadczenie w realizacji danego przedsięwzięcia. Uznał, że wobec tego udostępnienie tych zasobów bez bezpośredniego uczestnictwa podmiotu w realizacji zamówienia jest udostępnieniem czysto abstrakcyjnym,

KIO 2390/17 7

w konsekwencji czego zamawiający, uzyskując zobowiązanie podmioty trzeciego (tu PBS) musi mieć pewność co do tego, że takie udostępnienie będzie miało charakter realny, a nie będzie fikcją.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w przedmiotowym stanie prawnym i faktycznym przedłożone zamawiającemu zobowiązanie lub inny dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno pozwalać zamawiającemu na stwierdzenie, że Kabit będzie z tych zasobów korzystała na etapie realizacji zamówienia oraz, że możliwość korzystania z tych zasobów jest rzeczywiście możliwa.

Powołał się na wyrok z dnia 25 kwietnia 2016 r. o sygn. akt KIO 526/16, zgodnie z którym: „Skuteczne udostępnienie wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, a nierozdzielnie związanych z podmiotem udostępniającym (wiedza i doświadczenie) musi łączyć się z zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy”.

Stwierdził, że w niniejszej sprawie jednostronne oświadczenie podmiotu z siedzibą w Chinach w żadnym wypadku nie wypełnia ww. wymogów, szczególnie że Kabit nie będzie miał żadnej możliwości wygegzekwowania udostępnienia zasobów od PBS.

Stwierdził, iż kształtująca się linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do interpretacji nowego ujęcia „realności udostępnianych zasobów” jest jak dotychczas jednolita. Wskazał na wyrok z dnia 4 września 2017 r. o sygn. akt KIO 1755/2017, zgodnie z którym: „ Ustawodawca wprowadzonym - nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) - przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przesądził, budzące dotychczas w praktyce oraz orzecznictwie wątpliwości wynikające z interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a odnoszące się do realności zobowiązań podmiotów trzecich. W świetle przywołanego przepisu podmiot trzeci zobowiązany jest - w szczególności w określonych sytuacjach - do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego - w sposób bezpośredni - w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia - co zostało dostrzeżone przez Ustawodawcę - zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, w których podmiot trzeci musi czynnie uczestniczyć przy realizacji zamówienia.”

Powołał się nadto na wyrok z dnia 13 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 359/17): „Czym innym jest sama ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy też udostępnionego mu w trybie art. 22a p.z.p., prowadzona w oparciu o zapisy SIWZ i ustalone tam kryteria KIO 2390/17 8

weryfikacji podmiotowej wykonawców. Innym natomiast badaniem jest ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany. Nie można zrównywać obu wymienionych zakresów czynności zamawiającego do tezy, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia jest samo przedłożenie zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności. Ustawodawca wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego, dotyczący doświadczenia koniecznego do uznania, iż wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane”.

Stwierdził, iż samo oświadczenie o udostępnieniu zasobów, bez bezpośredniego uczestnictwa w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający traci walor realności, wobec czego uznał, że powołanie się przez Kabit na potencjał podmiotu trzeciego nie jest skuteczne w świetle ustawy Pzp, a w konsekwencji, iż Kabit nie spełniła warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, a zatem powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu nie złożenia wymaganych SIWZ zaświadczeń i dokumentów oraz „pozostałych zarzutów odnośnie nie wykazania spełnienia przez Kabit warunków udziału w podał, że w dniu Postępowaniu” odwołujący zamawiający 20 października 2017 roku zażądał od Kabitu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności,

o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp – w szczególności powyższe dotyczyło informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5) i 6) ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania ofert.

Odwolujący podał także, że Kabit złożyła m.in. zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla członka Konsorcjum, tj. Mega Sonic S.A. z siedzibą w Warszawie.

Podniósł, że żaden z dokumentów nie obejmuje zakresu określonego w art. 24 ust. 5 pkt 5) i 6) ustawy Pzp, wobec czego nie obejmuje żądanej przez zamawiającego informacji.

Stwierdził, że analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku PBS.

Podniósł, że z żadnego ze złożonych dokumentów przez PBS nie wynika ile osób wchodzi w skład organów, których członkowie powinni przedstawić zaświadczenia na

KIO 2390/17 9

podstawie art. 11.18 pkt 1) SIWZ, wobec czego zamawiający nie mógł mieć wiedzy, czy wszystkie osoby, które powinny złożyć przedmiotowe oświadczenia lub zaświadczenia.

Dodatkowo stwierdził, że dokumenty złożone przez Kabit nie odpowiadają ustawie Pzp oraz SIWZ.

Oświadczył, że w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5) i 6) ustawy Pzp istnieje centralny rejestr, z którego można uzyskać informację odnośnie niekaralności, który nazywa się Public Security Bureau, który wydaje certyfikaty dotyczące osób fizycznych.

Podniósł, iż złożony przez Kabit Informujący List z Organu Prokuratorskiego „*jest ważny przez 2 miesiące, a jego kopia jest nieważna*”, co wynika bezpośrednio z jego treści, a co oznacza, że niezależnie od żądań zamawiającego i postanowień ustawy Pzp, złożona kopia zaświadczenia jest nieważna i nie można jej uznać w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego niespotykaną praktyką jest, aby – jak uczyniła to Kabit – samodzielnie interpretować tłumaczenie w zakresie sformułowania „offences”.

Zwrócił uwagę na zjawisko tzw. „handlu referencjami” oraz, że Kabit w swojej ofercie w ogóle nie zakłada, że podmiot trzeci (PBS) będzie brał udział w realizacji zamówienia co oznacza, że oświadczenie PBS o udostępnieniu zasobów zostało złożone i przyjęte przez Kabit tylko i wyłącznie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że nawet jeśliby przyjąć, że udostępnienie zasobów jest realne, to Kabit złożyła nieprawdziwe informacje, poprzez błędne przetłumaczenie referencji z chińskiego miasta Linqu i tym samym dostosowanie oryginalnego dokumentu do żądania zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej łącznie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 20 listopada 2017 roku, w tym: Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), Oferty konsorcjum Kabit (Formularz ofertowy) wraz z załącznikami (w tym dokument JEDZ Kabit Sp. z o.o., dokument JEDZ Mega Sonic S.A., oświadczenie notarialne podmiotu udostępniającego zasoby, zaświadczenie Wydziału Transportu i Komunikacji w mieście Linqu z 31 lipca 2017 roku), wezwań przez do Kabit kierowanych zamawiającego konsorcjum z dnia 14 i 19 września 2017 roku oraz 26 października 2017 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na (wraz te wezwania z z dnia odpowiedzi załącznikami) 18, 20, 27 września 2017 roku oraz 30 października 2017 roku, wezwania zamawiającego skierowanego do konsorcjum Kabit na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 20 października 2017 roku oraz z tego samego dnia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, KIO 2390/17 10

odpowiedzi na te wezwania z dnia 23 października 2017 roku (dwa pisma z tego samego dnia z załącznikami), *Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty* z 3 listopada 2017 roku, *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie* (pismo z dnia 21 listopada 2017 roku), złożonych przez odwołującego na rozprawie: wyjaśnień odwołującego co do różnic pomiędzy wykorzystaniem energii pochodzenia słonecznego a zasilaniem ogniwami fotowoltaicznymi (pisemne stanowisko strony), tłumaczenia przysięgłego z języka chińskiego na język polski

zaświadczenia Changzhou Youon Public Bicycle System Co., Ltd. z dnia 27 października 2017 roku, korespondencji elektronicznej: z 17 listopada 2017 roku pomiędzy a RP w adwokatem **Maciejem Grzesik. M. G.** Ambasadą Pekinie, z 21 listopada 2017 roku pomiędzy Ambasadą RP w Pekinie (dyżurny) a Konsulatem Generalnym RP w Szanghaju, z dnia 22 listopada 2017 roku pomiędzy Wicekonsulem, Kierownikiem Referatu ds. współpracy z Polonią, Prawnych i Ruchu Osobowego Konsulatu Generalnego RP w Szanghaju a **Maciejem Grzesikiem M. G.**, a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne zaniechanie odrzucenie oferty konsorcjum Kabit oznacza, że stwierdzenie w tym zakresie naruszeń przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert (oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu II w rankingu ofert, za ofertą konsorcjum Kabit).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie dopuścił do postępowania odwoławczego wskazanego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z dnia 16 listopada 2017 roku konsorcjum w składzie: Kabit Sp. z o.o. oraz Mega Sonic S.A., ponieważ zgłoszenie to okazało się nieskuteczne.

Wada zgłoszenia polegała na niewykazaniu przez osobę podpisującą zgłoszenie, tj. Kazimierza Adamczyka faktu umocowania do zgłoszenia przystąpienia w imieniu członków KIO 2390/17 11

konsorcjum. Nie złożono Izbie żadnych dokumentów – pełnomocnictw, z których wynikałoby umocowanie pełnomocnika do działania w imieniu członków konsorcjum.

Jednocześnie wskazać należy, że – odmiennie niż w przypadku odwołania – przepisy o zamówieniach publicznych nie przewidują uzupełnienia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia, poprzez wezwanie do ich usunięcia – o ile niezłączenie do wniesionego odwołania pełnomocnictwa jest brakiem formalnym podlegającym uzupełnieniu, o tyle analogiczna sytuacja w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego uzasadnia odmowę nadania wykonawcy statusu przystępującego. Przepisy Pzp nie znają instytucji uzupełniania braków formalnych przystąpienia do postępowania odwoławczego, ta bowiem znajduje zastosowanie, w ściśle określonych sytuacjach, jedynie w odniesieniu do odwołania (argument z przepisu art. 187 ust. 3 i 7 Pzp).

Na rozstrzygnięcie Izby co do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym nie służy odrębny środek zaskarżenia. Z kolei, jak wynika z art. 196 ust. 5 ustawy Pzp, orzeczenia Izby doręcza się wyłącznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. Wykonawcy, którzy zgłosili nieskuteczne zgłoszenie do postępowania odwoławczego nie posiadają statusu uczestnika postępowania, zatem w myśl ww. przepisu nie ma obowiązku doręczenia im orzeczenia Izby.

Odwołujący złożył odwołanie wobec wymienionych czynności i zaniechań zamawiającego (punkty 1-5 na str. 2), wskazując w dalszej części, naruszenie jakich przepisów zarzuca zamawiającemu (punkty 1-7 na str. 2-3) oraz prezentując w uzasadnieniu argumentację dotyczącą czterech zarzutów:

1. Zarzutu nie posiadania (przez konsorcjum Kabit) odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej (str. 4),
2. Zarzutu wprowadzenia (przez konsorcjum Kabit) w błąd zamawiającego (str. 5),
3. Zarzutu braku realności udostępnionych (konsorcjum Kabit) zasobów (str. 6),
4. Zarzutu nie złożenia wymaganych SIWZ zaświadczeń i dokumentów oraz

pozostałych zarzutów odnośnie nie wykazania spełnienia przez konsorcjum Kabit warunków udziału w postępowaniu (str. 8).

Skład orzekający Izby odniesie się do sformułowanych przez odwołującego zarzutów, zachowując przyjętą przez odwołującego konstrukcję odwołania, tj. odniesie się do ww. czterech zarzutów.

KIO 2390/17 12

Skład orzekający Izby ustalił, w odniesieniu do wszystkich zarzutów, co następuje.

Zamawiający postawił warunek, aby wykonawca posiadał doświadczenie, polegające na wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –

w tym

okresie, co najmniej jednej usługi lub dostawy wraz z instalacją i uruchomieniem systemu wypożyczalni roweru publicznego oraz zarządzaniu i obsłudze tego systemu, który składał się z minimum 20 stacji rowerowych wyposażonych (każda ze stacji) w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi lub ogniwami fotowoltaicznymi łącznie z akumulatorami, gdzie łączna liczba rowerów we wdrożonym systemie nie była mniejsza niż 160 sztuk oraz system wygenerował rocznie minimum 250 tysięcy wypożyczeń – 10.3.3.1) SIWZ.

Zamawiający ujął doświadczenie wykonawcy w ramach pkt. 3 – „zdolność *techniczna lub zawodowa* – warunek Nr 3”.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu „dotyczących *zdolności technicznej*”; zamawiający – w pkt. 11.14. SIWZ – zażądał złożenia wykazu usług lub dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, sporządzonego wg wzoru zamawiającego wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie.

Zamawiający zażądał w pkt. 11.1. SIWZ załączenia do oferty, aktualnego na dzień składania ofert, oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”), wskazując w pkt. 11.2. SIWZ, że informacje zawarte w JEDZ stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś odpowiednio w pkt. 10.6. oraz 11.7. SIWZ, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia załączają odrębny JEDZ dla każdego z tych wykonawców, a wykonawca który powołuje się na zasoby innych ma podmiotów ma obowiązek załączenia do oferty odrębnego JEDZ dla każdego z tych podmiotów.

Zgodnie z pkt. 11.9. SIWZ, w odniesieniu do wykonawcy, który w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych innych podmiotów „*jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając w tym celu ich pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub jego części wraz z dowodami*”.

KIO 2390/17 13

Zamawiający zażądał: „*Pisemne zobowiązanie musi w sposób wyraźny i jednoznaczny wyrażać wolę udzielenia wykonawcy, ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu oraz w szczególności musi wskazywać:*

1. (...), 2. (...), 3. (...), 4. Zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu (tj. informacje, jakie konkretnie zasoby zostaną udostępnione), 5. Sposób wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, (tj. informacje, w jaki sposób udostępnione zasoby będą wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia publicznego, 6. (...), 7. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, 8. czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą (zgodnie

Nasze zaangażowanie w projekcie realizowanym przez z Kabit sp. z o.o. polegać będzie na naszym bezpośrednim udziale w tym projekcie i obejmować będzie w szczególności następujące zakresy:

1. Dostawa elementów systemu rowerowego zgodnego ze specyfikacją przetargową;
KIO 2390/17 15

2. Dostawa oprogramowania do obsługi systemu rowerowego;
3. Udział w procesie związanym z kustomizacją oprogramowania;
4. Udział w procesie wdrożeniowym i rozruchowym systemu rowerowego;
5. Udział w realizacji projektu w całym okresie jego trwałości;
6. Stała pomoc przy rozwiązywaniu i likwidowaniu ewentualnych problemów w trakcie realizacji projektu;
7. Stała i bezpośrednia współpraca z Kabit sp. z o.o. polegająca na przekazaniu przez nas zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz kontrola prawidłowej realizacji projektu przez Kabit przy dostarczonym przez nas systemie rowerowym.

Od 2010 roku Changzhou Youon Public Bicycle System Co., Ltd. uruchomił ponad 220 systemów wypożyczalni rowerów w kilku krajach, z całkowitą liczbą rowerów około 800.000, całkowitą liczbą stacji około 30.000 częściowo wyposażonych w panele fotowoltaiczne, wszystkie z systemów operowane są do dziś.

Wymóg ten stosuje się w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu pod nazwą: „Bydgoski Rower Aglomeracyjny na lata 2018-2020” prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy

Jednocześnie upoważniamy firmę Kabit Sp, z o.o. do użycia referencji w trakcie procedury przedmiotowego postępowania i w trakcie jego realizacji, a także do poświadczania za zgodność z oryginałem składanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentów dotyczących naszej firmy (w tym referencji).

Oświadczamy, że jesteśmy partnerem biznesowym firmy Kabit Sp. z o.o., a stosunek, który nas łączy, jest gwarancją na to, że korzystanie z naszych zasobów, w postaci wiedzy i doświadczenia, będzie miało charakter faktyczny i pozwoli należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Zakres współpracy obejmuje działania naszej firmy w zakresie doradztwa i konsultacji przez cały okres trwania projektu.

Data: 15.09.2017”.

Pismem z dnia 19 września 2017 roku zamawiający wezwał konsorcjum Kabit – wobec powołania się przez to konsorcjum na zasoby podmiotu trzeciego, tj. Changzhou Youon Public Bicycle System Co., LTD do złożenia dokumentu JEDZ dla tego podmiotu.

Konsorcjum Kabit, przy piśmie z dnia 20 września 2017 roku, przekazało zamawiającemu żądany dokument z dnia 17 sierpnia 2017 roku na formularzu w wersji angielskiej, zaś przy piśmie z dnia 27 września 2017 roku tłumaczenie tego dokumentu na język polski.

KIO 2390/17 16

W części IV lit. C pkt 1b) ujęto tożsamą usługę jak w części IV lit. C pkt 1b) dokumentu JEDZ Kabit Sp. z o.o..

Pismem z dnia 20 października 2017 roku zamawiający wezwał konsorcjum Kabit, z powołaniem się na art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z najwyższą oceną oferty

tego

konsorcjum, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, określone w pkt 10 SIWZ:

1. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt. 10.3 SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące dokumenty dotyczące:
 - 1.1. zdolności technicznej lub zawodowej – dokumenty określone w pkt 11.14.1) SIWZ, z wyłączeniem referencji bądź innych dokumentów potwierdzających

należyte wykonanie zamówienia, które zostały przez Wykonawcę dołączone do oferty;

1.2. (...),

Przy piśmie z dnia 23 października 2017 roku konsorcjum Kabit złożyło wykaz wykonanych usług lub dostaw, w którym opisano zamówienie wartości 28 785 000 RMB, tj. ok. 15 645 000 PLN o nazwie „Dostawa i zarządzanie systemem publicznej wypożyczalni rowerów”, realizowane na rzecz Wydziału Transportu i Komunikacji w Linqu w Chinach (od 8 czerwca 2017 roku) przez Changzhou Youon Public Bicycle System Co., Ltd. w następujący sposób: „budowa oraz zarządzanie systemem publicznych wypożyczalni rowerów, skala budowy 120 stacji, 2600 rowerów, ilość wypożyczeń około 1 679 000 razy rocznie”.

Pismem z dnia 26 października 2017 roku zamawiający wezwał konsorcjum Kabit, wobec tego, że nie przedstawił w wykazie usług lub dostaw informacji dotyczących systemu zasilania stacji w terminalach, do złożenia „uzupełnienia wykazu o brakujące informacje”

Konsorcjum Kabit, do pisma z dnia 30 października 2017 roku załączył uzupełniony wykaz, w którym opisano zamówienie o nazwie „Dostawa i zarządzanie systemem publicznej wypożyczalni rowerów” w następujący sposób: „budowa oraz zarządzanie systemem publicznych wypożyczalni rowerów, skala budowy 120 stacji, w tym ponad 20 terminali zasilanych ogniwami fotowoltaicznymi, 2600 rowerów, ilość wypożyczeń około 1 679 000 rocznie”.

Konsorcjum Kabit załączyło także oświadczenie z dnia 27 października 2017 roku Wydziału Transportu i Komunikacji w mieście Linqu w języku polskim wraz z tłumaczeniem KIO 2390/17 17

na język polski, w którym ujęto treść: „skala budowy 120 stacji (wśród, których 20 stacji wyposażona jest w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi – system zasilania z energii słonecznej)”.

Zarzut nie posiadania przez konsorcjum Kabit odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby za całkowicie gołosłowny uznał zarzut nie posiadania przez konsorcjum Kabit odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej w części dotyczącej tego, że z dokumentów załączonych do oferty Kabit nie wynika, „aby (...) wskazana usługa została wykonana należycie”, ponieważ odwołujący nie zaprezentował w tym zakresie żadnej argumentacji, ani dowodów. Na rozprawie odwołujący wręcz oświadczył, że w dalszej części odwołania, tj. poza zacytowanym powyżej twierdzeniem ze str. 2 pkt 1 odwołania „kwestii tej nie poruszył” (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Odwołujący oparł zarzut na istnieniu w SIWZ wymogu, aby wykonawca – w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, tj. realizacji co najmniej jednej usługi lub dostawy o cechach opisanych przez zamawiającego w pkt. 10.3.3.1) SIWZ złożył referencje podmiotu na rzecz, którego zamówienie o tych cechach została wykonana (str. 5 odwołania, akapit drugi: „Kabit w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przedstawił referencję z chińskiego miasta Linqu wystawioną na rzecz PBS. Z dokumentu miasta Linqu w żadnym wypadku nie wynikało, że usługa spełnia wymagania przedstawione przez Zamawiającego w zakresie wyposażenia stacji w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi.”)

Stwierdzić stanowczo należy, że wymóg taki nie został sformułowany przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rola, jaką (prawidłowo) przypisał zamawiający „referencji” to – co wynika wprost z pkt. 11.4 SIWZ – potwierdzenie, że usługa lub dostawa zostały wykonane należycie i w tym właśnie celu – jako dowód należytego wykonania, oświadczenie odbiorcy usługi lub dostawy miał obowiązek złożyć wykonawca.

Odwołujący, co podniesiono na wstępie, gołosłownym pozostawił twierdzenie, że zamówienie wykonane przez udostępniający konsorcjum Kabit podmiot trzeci, tj. Changzhou Youon Public Bicycle System Co., LTD na rzecz Wydziału Transportu i Komunikacji w Linqu (Chiny) nie zostało wykonane należycie.

Cecha przedmiotu zamówienia, w ramach którego podmiot trzeci uzyskał

doświadczenie, którą kwestionował odwołujący (tj. wyposażenie każdej ze stacji w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi lub ogniwami fotowoltaicznymi łącznie z akumulatorami)
KIO 2390/17 18

miała wynikać (pkt 11.4. SIWZ) i wynikała z wykazu usług lub dostaw sporządzonego przez wykonawcę – w przedmiotowym stanie faktycznym cecha ta znalazła się w opisie zamówienia ujętego w wykazie usług i dostaw, złożonym przez konsorcjum Kabit przy piśmie z dnia 30 października 2017 roku (na wezwanie z dnia 26 października 2017 roku) do uzupełnienia tego wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec tego, że tożsamość opisu usługi/dostawy w referencjach z opisem usługi/dostawy w pkt 10.3.1.1) SIWZ nie jest ani konieczna, ani nie była wymagana (konieczna jest identyfikacja zamówienia oraz weryfikacja na podstawie referencji, czy usługa/dostawa została wykonana należycie), treść referencji w zakresie cech usługi/dostawy nie ma kluczowego znaczenia. Tożsamości zaś zamówienia wskazanego przez konsorcjum Kabit w wykazie usług i dostaw z zamówieniem „ocenionym” w referencjach odwołujący nie kwestionował.

Innymi słowy, z referencji nie musiało w ogóle wynikać, że stacje były zasilane ogniwami fotowoltaicznymi, wobec czego złożenie przez konsorcjum Kabit, z jego własnej inicjatywy, „nowych referencji” było zbędne.

Podkreślenia wymaga, że odwołujący nie wskazał jako okoliczności faktycznej zarzutu, iż zrealizowane przez Changzhou Youon Public Bicycle System Co., LTD zamówienie nie obejmowało 20 stacji wyposażonych w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi, ale że sposób zasilania – choć powinien (jak błędnie twierdził odwołujący) to nie wynika z treści referencji, wobec czego skład orzekający Izby za bezprzedmiotowe w tym zakresie uznał złożone przez odwołującego na rozprawie pisemne wyjaśnienia odwołującego co do różnic pomiędzy wykorzystaniem energii pochodzenia słonecznego a zasilaniem ogniwami fotowoltaicznymi.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut wprowadzenia przez konsorcjum Kabit w błąd zamawiającego nie potwierdził się.

Jak wskazano powyżej rolą referencji, w świetle postanowień SIWZ, było potwierdzenie, że usługa lub dostawa zostały wykonane należycie, podczas gdy wykaz usług lub dostaw wykonawca miał obowiązek złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku – posiadania doświadczenia w realizacji zamówienia, które obejmowało 20 stacji wyposażonych w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi.

Skoro istotna dla oceny wykazania przez konsorcjum Kabit posiadania wymaganego doświadczenia (zasób podmiotu trzeciego) informacja (objęcie zamówieniem 20 stacji wyposażonych w terminale zasilane ogniwami fotowoltaicznymi) podlegała weryfikacji na podstawie wykazu usług lub dostaw, to informacja dotycząca sposobu zasilania z referencji KIO 2390/17 19

nie mogła wprowadzić zamawiającego w błąd, ponieważ nie mógł się na tej informacji oprzeć zamawiający (nie popadając w sprzeczność ze sposobem weryfikacji warunku podanym w pkt. 11.14. SIWZ i nie naruszając tym samym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji).

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby uznał, iż odwołujący nie udowodnił, że sformułowanie „z funkcją korzystania z energii pochodzenia słonecznego” – tj. sformułowanie zawarte w referencjach z dnia 27 października 2017 roku wg tłumaczenia przysięgłego, jakie odwołujący złożył na rozprawie oznacza, że wystawca referencji nie miał na myśli zasilania ogniwami fotowoltaicznymi.

Odwołujący, poprzez pisemne wyjaśnienia co do różnic pomiędzy wykorzystaniem energii pochodzenia słonecznego a zasilaniem ogniwami fotowoltaicznymi wykazał co najwyżej, że on sam rozumie przez sformułowanie „z funkcją korzystania z energii pochodzenia słonecznego” w taki sposób, iż wyklucza to zasilanie ogniwami fotowoltaicznymi.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut braku realności udostępnionych konsorcjum Kabit zasobów nie potwierdził się.

Odwołujący postawił zarzut braku realności udostępnianych zasobów, argumentując że oświadczenie podmiotu udostępniającemu konsorcjum Kabit swoje zasoby „stanowi *luźną formę zamiaru lub potencjalnej możliwości skorzystania z tychże zasobów, ale nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie Kabit*”, wskazując że „Kabit zarówno w Jednolitym Dokumentcie Zamówienia („JEDZ”) jak i w ofercie nie wskazał, że jakkolwiek część zamówienia będzie wykonania przez podwykonawców (Cz. II lit. D JEDZ Kabit). Oznacza to, że Kabit zaoferował wykonanie usługi (zamówienia) samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Wobec tego przyjęć należy, iż w ramach wykonywania zamówienia, którego dotyczy Postępowanie nie będzie korzystał z zasobów, do których udostępnienia zobowiązał się wstępnie PBS.”(str. 6, ostatni akapit odwołania).

Odwołujący uznał zatem, że w części II lit. D dokumentu JEDZ konsorcjum Kabit, dla wykazania realności udostępnienia zasobu przez Changzhou Youob Public Bicycle System Co., Ltd. winno wskazać, którą część zamówienia zamierza zlecić temu podmiotowi.

Podnieść jednak należy, że twierdzenie odwołującego jest nieuzasadnione, ponieważ we wskazanej przez odwołującego części II lit. D JEDZ, zgodnie z opisem dla tej litery, wykonawca wskazuje informacje dotyczące podwykonawców jednak tych tylko podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega – „D: *Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega*”, co bezsprzecznie nie dotyczy konsorcjum Kabit.

KIO 2390/17 20

Uzupełniająco skład orzekający Izby wskazuje, że ww. sposób udzielania informacji wynika z pkt. 8.3. SIWZ, gdzie zamawiający podał, iż „w części II, sekcja D – wykonawca podaje podwykonawców – podmioty trzecie, na zasoby których nie powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile ich nazwy są wiadome”. Nie można pominąć, że w toku rozprawy odwołujący wyjaśnił, iż „formułując stanowisko o braku odzwierciedlenia w ofercie konsorcjum Kabit podwykonawstwa (podmiot z Chin) miał na myśli dokument JEDZ” (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy), co pozwala uznać, że owo odzwierciedlenie, wedle odwołującego, miało nastąpić wyłącznie w dokumencie JEDZ w części II sekcja D.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Obecnie obowiązująca regulacja oznacza, że ustawodawca przesądził, że realne udostępnienie zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający usług lub robót budowlanych, do których takie zdolności są wymagane. Innymi słowy, oparcie się przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego należy odczytywać przez pryzmat reguły, że podmiot taki będzie wykonywał usługę (lub robotę budowlaną) w jakiejś choćby części.

Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że pierwotnie złożone przez konsorcjum Kabit zobowiązanie podmiotu trzeciego zamawiający uznał za nieprawidłowe, tj. nie uwzględniające treści art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, natomiast za prawidłowe, uwzględniające treść art. 24a ust. 4 ustawy Pzp uznał zobowiązanie złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 14 września 2017 roku.

Z odpowiedzi na odwołanie wynika także, że za kluczowe dla oceny, że konsorcjum Kabit wykazało realność udostępnienia zasobów zamawiający uznał treść zobowiązania Changzhou Youob Public Bicycle System Co., Ltd. z dnia 15 września 2017 roku, a to ze względu na zobowiązanie się tego podmiotu do dostarczenia elementów systemu rowerowego i oprogramowania do obsługi systemu rowerowego, co zamawiający zakwalifikował jako wykonanie znacznej części zamówienia (str. 4 Odpowiedzi na odwołanie) oraz oświadczenie konsorcjum Kabit zawarte w piśmie przewodnim z 18 września 2017 roku o treści: „(...) w celu rozwiania wszelkich potencjalnych wątpliwości dotyczących tego, czy konsorcjum, którego liderem jest Kabit sp. z o.o. prawidłowo zrealizuje objęte niniejszym postępowaniem przedkładamy nowe oświadczenie naszego chińskiego partnera (...)

z którego jednoznacznie wynika, że podmiot ten bezwarunkowo będzie aktywnie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia przez cały okres jego realizacji.”

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko zamawiającego, ponieważ bezsprzecznie zobowiązanie do „dostawy elementów systemu rowerowego zgodnego ze specyfikacją przetargową” (pkt 1 oświadczenia z dnia 15 września 2017 roku) oraz „dostawa oprogramowania do obsługi systemu rowerowego” (pkt 2 tegoż oświadczenia) stanowi część przedmiotu zamówienia.

Nadto dostrzec należy, że odwołujący w odwołaniu z jednej strony przyznał w istocie, że wykonanie przez podmiot udostępniający zasoby znacznej części zamówienia jest wystarczające („W przedmiotowym stanie faktycznym (...) niezbędnym, zasadniczo jest, aby podmiot udostępniający zasoby (PBS) wykonał całość zamówienia, albo przynajmniej brał udział (wykonywał) znaczną część zamówienia bezpośrednio, a nie w formie szkoleń lub konsultacji, albo użyczenia pracowników, których doświadczenie jest nieweryfikowalne.” – str. 7, drugi akapit odwołania), z drugiej nie kwestionował, że dostarczenia elementów systemu rowerowego i oprogramowania do obsługi systemu rowerowego nie stanowi znacznej części zamówienia, co wynika ze stanowiska zamawiającego zajętego przez niego w odpowiedzi na odwołanie,

Nie sposób, wobec co najmniej ww. treści zobowiązania z 15 września 2017 roku, uznać, że zobowiązanie to „stanowi luźną formę zamiaru lub potencjalnej możliwości skorzystania z tychże zasobów” skoro podmiot udostępniający zasoby sprecyzował zakres „bezpośredniego udziału w tym projekcie”, w siedmiu punktach, w tym „dostawa elementów systemu rowerowego zgodnego ze specyfikacją przetargową” oraz „dostawa oprogramowania do obsługi systemu rowerowego”.

Biorąc powyższe pod uwagę, nadto uwzględniając kontekst przedstawienia przez konsorcjum Kabit, przy piśmie z dnia 18 września 2017 roku, nowego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. „w celu rozwiania wszelkich potencjalnych wątpliwości dotyczących tego, czy konsorcjum, którego liderem jest Kabit sp. z o.o. prawidłowo zrealizuje zamówienie objęte niniejszym postępowaniem” (co uzasadnia wniosek, że konsorcjum Kabit uznaje, że prawidłową realizację przez nie zamówienia zapewni mu zobowiązanie podmiotu trzeciego do realizacji części tego zamówienia zgodnie z wyspecyfikowanym zakresem), a dodatkowo uwzględniając oświadczenie konsorcjum Kabit w piśmie z dnia 23 października 2017 roku, zgodnie z którym *”Nasz partner biznesowy Changzhou Youob Public Bicycle System Co., Ltd., który jest dostawcą systemu, jak i podmiotem udostępniającym nam wymagane w niniejszym postępowaniu i określonych w oświadczeniu tej firmy zasoby (...)”* skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do uznania zarzutu braku realności udostępnionych zasobów.

KIO 2390/17 22

Zarzut nie złożenia wymaganych SIWZ zaświadczeń i dokumentów oraz pozostałe odnośnie do nie wykazania spełnienia przez konsorcjum Kabit warunków udziału w postępowaniu nie potwierdziły się.

Odwołujący kwestionował złożone przez konsorcjum Kabit zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do członka konsorcjum, tj. Mega Sonic S.A. z tego względu, iż nie obejmują one zakresu określonego w art. 24 ust. 5 pkt 5) i 6) ustawy Pzp.

W odniesieniu do tego zarzutu skład orzekający Izby dodatkowo ustalił, że *Zapytania o udzielenie informacji o osobie* dotyczące członków zarządu, prokurenta i członków rady nadzorczej Mega Sonic S.A., tj. *Marcina Długoleckiego M. D., Radosława Głuszkiewicza R. G., Pawła Grzonka P. G., Waldemara Siwaka W. S., Mirosława Kłuska M. K., Sławomira Kołoto S. K., Marcina Ernta M. E.* w pkt. 11 nie wskazywały art. 24 ust. 5 pkt 5) i 6) ustawy Pzp, a „jedynie” art. 24 ust. 1 pkt 3, 14 i 21 oraz, że wszystkie udzielone informacje zawierały adnotację „NIE FIGURUJE”.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 5) ustawy Pzp dotyczy wykonawcy, będącego osobą fizyczną („5. Z postępowania o udzielenie zamówienia

zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 5) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych”), wobec czego przepis ten nie może znaleźć zastosowania do wykonawcy Mega Sonic, będącego spółką akcyjną, czego odwołujący nie kwestionował.

Wskazać także należy, że brak wskazania w formularzu Ministerstwa Sprawiedliwości Krajowego Rejestru Karnego *Zapytania o udzielenie informacji o osobie* w pkt. 11 wzoru tego zapytania („Wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie”) przepisu art. 24 ust. 5 pkt 6) ustawy Pzp, który to punkt wypełniany jest przez osobę ubiegającą się o wydanie informacji, nie oznacza, że w zakresie, który nie został wskazany osoba, której zapytanie dotyczy była karana.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że informacja z KRK dotyczy pełnego zakresu danych z rejestru. Adnotacja „NIE FIGURUJE” oznacza, że zachodzi sytuacja opisana art. 20 ust. 1 pkt 2) ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym z dnia 24 maja 2000 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 678), zgodnie z którym: „Informacja o osobie, sporządzona na podstawie danych zgromadzonych w Rejestrze, zawiera: (...) 2) dane osobowe w zakresie objętym zapytaniem lub wnioskiem albo stwierdzenie, że osoba nie figuruje w Rejestrze.”

KIO 2390/17 23

Odwołujący kwestionował także, w odniesieniu do podmiotu udostępniającemu konsorcjum Kabit swoje zasoby, że zamawiający nie miał wiedzy, „czy wszystkie osoby, które powinny złożyć przedmiotowe oświadczenia lub zaświadczenia”, ponieważ „z żadnego ze złożonych dokumentów przez PBS nie wynika ile osób wchodzi w skład organów, których członkowie powinni przedstawić zaświadczenia na podstawie art. 11.18 pkt 1) SIWZ”

(str. 9,

akapit 3 odwołania).

Innymi słowy, wedle stanowiska odwołującego, wiedza zamawiającego na temat „składu organów, których członkowie powinni przedstawić zaświadczenia na podstawie art. 11.18 pkt 1) SIWZ” po pierwsze – mogła pochodzić wyłącznie z dokumentów złożonych przez podmiot udostępniający zasoby, po drugie – nie wynikała z tych dokumentów, które zostały przez ten podmiot złożone.

W odniesieniu do pierwszej kwestii podnieść należy, że odwołujący nie wskazał, które z postanowień SIWZ ustanawiało obowiązek złożenia przez podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby dokumentów, na podstawie których zamawiający stwierdziłby, „czy wszystkie osoby, które powinny złożyć przedmiotowe oświadczenia lub zaświadczenia”.

Zauważenia wymaga, że obowiązku takiego nie było w odniesieniu do wykonawcy, który miał jedynie wskazać w dokumencie JEDZ w części IV lit. A, czy figuruje w odpowiednim rejestrze zawodowym lub handlowym prowadzonym w państwie członkowskim siedziby wykonawcy, a w razie odpowiedzi twierdzącej miał podać gdzie odnośna dokumentacja jest dostępna w formie elektronicznej, a w pkt. 11.24. SIWZ zamawiający wskazał, że „samodzielnie pobiera z tych baz wskazane oświadczenia lub dokumentu”.

Stwierdzić dodatkowo należy, że z korespondencji e-mail złożonej przez odwołującego na rozprawie wynika istnienie zarówno ogólnokrajowej, jak i dla prowincji Jiangsu publicznej, aktualizowanej na bieżąco platformy internetowej, pozwalającej na uzyskanie informacji m.in. co do zarządu spółki (str. 2, pierwszy akapit).

W odniesieniu do drugiej kwestii podnieść należy, że odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do informacji wynikających ze złożonych przez ten podmiot dokumentów, tj. przykładowo informacji, iż prawnym przedstawicielem tego podmiotu jest **Sun JishengS. J.** (str. 51), prezes (str. 48).

Dostrzeżenia także wymaga, że odwołujący – jak oświadczył na rozprawie – „nie ma wiedzy, czy zaświadczeniami/oświadczeniami winny zostać objęte dodatkowo inne osoby, niż te w odniesieniu do których te dokumenty zostały złożone”.

Na powyższej podstawie skład orzekający Izby uznał, że twierdzenie odwołującego o braku wiedzy zamawiającego co do składu organów podmiotu udostępniającego zasoby

KIO 2390/17 24

konsorcjum Kabit, wynikającym z niezłożenia przez ten podmiot dokumentów nie zostało wykazane.

W odwołaniu odwołujący twierdził, iż „w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5) i 6) istnieje centralny rejestr, z którego można uzyskać informację odnośnie niekaralności, który nazywa się Public Security Bureau, który wydaje certyfikaty dotyczące osób fizycznych” (str. 9, czwarty akapit odwołania).

Na rozprawie odwołujący złożył odpowiedź Kierownika Referatu ds. Współpracy z Polonią, Prawnych i Ruchu Osobowego Konsulatu Generalnego RP w Szanghaju (wiadomość e-mail z dnia 22 listopada 2017 roku) na pytania odwołującego z dnia 17 listopada 2017 roku, zgodnie z którą „Zaświadczenie o niekaralności wydawane jest osobom fizycznym i prawnym (w tym także firmom i spółkom) na wniosek i po uiszczeniu opłaty, przez lokalne Posterunki Policji (Biura Bezpieczeństwa Publicznego) zgodnie z miejscem zamieszkania lub siedzibą firmy.”

Stwierdzić należy, że z ww. odpowiedzi w żadnym razie nie wynika istnienie centralnego rejestru o nazwie „Public Security Bureau”, ale co najwyżej, przyjmując, że „Public Security Bureau” to „Biura Bezpieczeństwa Publicznego”, czyli lokalne posterunki policji, że zaświadczenia o niekaralności są wydawane przez te posterunki, przy czym podkreślenia wymaga, że w odpowiedzi nie wskazano zakresu takich informacji.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z pkt. 11.8. SIWZ dotyczącym dokumentów podmiotów zagranicznych, zamawiający wskazał, że w przypadku braku informacji z KRK składa się „informacje z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 UPZP”.

Wobec braku wykazania przez odwołującego istnienia centralnego rejestru w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13), 14) i 21) oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp twierdzenie o możliwości złożenia przez podmiot udostępniający zasoby konsorcjum Kabit zaświadczeń z tego rejestru jest niezasadne.

Wątpliwości składu orzekającego Izby budzi nadto, wobec braku wskazania w odpowiedzi zakresu zaświadczeń wydawanych przez lokalne posterunki policji, czy rzeczywiście chodzi o wszystkie przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 13), 14) oraz ust. 5 pkt 5) i 6) ustawy Pzp (abstrahując od wiedzy osoby udzielającej odpowiedzi

KIO 2390/17 25

pozwalającej na porównania katalogu przestępstw wskazanych w ustawie Pzp z katalogiem przestępstw w Chinach).

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego nieważności Informującego listu z organu prokuratorskiego, złożonego przez konsorcjum

Kabit w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby podnieść należy, że dokument ten został złożony przez konsorcjum Kabit w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień (nie dokumentów) co do czynności notariusza (czy czynności te ograniczały się do potwierdzenia podpisu oraz pieczęci, czy obejmowały także zapoznanie się przez notariusza z treścią oświadczenia, aby ustalić czy oświadczenie to może być uznane jako oświadczenie złożone przede notariuszem) i temu tylko celowi miał służyć. Innymi słowy nie był to dokument stanowiący podstawę oceny braku podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotu trzeciego.

Skład orzekający Izby pominął przy rozpoznaniu zarzutu spostrzeżenie odwołującego co do „niespotykanej praktyki, zgodnie z którą Kabit samodzielnie dokonał interpretacji tłumaczenia dokonywanej przez tłumacza, w zakresie sformułowania „offences” (str. 9, akapit szósty odwołania), ponieważ odwołujący nawet nie sprecyzował, jakie wnioski i znaczenie dla postawionego zarzutu miałyby z owej praktyki wynikać.

W konsekwencji nie potwierdzenia się żadnego z powyższych zarzutów skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Kabit skoro nie potwierdził się zarzut dotyczący tego, iż konsorcjum to nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia. W dalszej konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego skoro zamawiający dysponuje niepodlegającą odrzuceniu ofertą konsorcjum Kabit, które nie podlega wykluczeniu.

Tym samym uznać należało, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. ze wskazanymi przez odwołującego naruszeniami innych przepisów ustawy Pzp, tj. zamawiający nie prowadził postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

KIO 2390/17 26

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 2) lit. a) 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 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 2390/17 27