

Sygn. akt KIO 2785/10

Sygn. akt KIO 2814/10

WYROK
z dnia 13 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Bogdan Artymowicz
Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **5 stycznia 2011 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A (pełnomocnik), 2. Doosan Power Systems Limited, 3. SKODA PRAHA Invest s.r.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alstom Power Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Alstom Power Systems GmbH, 3. PBG S.A., adres dla pełnomocnika: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Energetyczny S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**

przy udziale:

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alstom Power Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Alstom Power Systems GmbH, 3. PBG S.A., adres dla pełnomocnika: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2785/10 po stronie odwołującego,

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. China Overseas Engineering Group Co. Ltd. (pełnomocnik), 2. China National Electric Equipment Corporation, adres do korespondencji: ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2785/10 i KIO 2814/10 po stronie zamawiającego,

- **wykonawcy BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2814/10 po stronie zamawiającego

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SNC-LAVALIN Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. SNC-LAVALIN Inc., 3. Hitachi Power Europe GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2814/10 po stronie zamawiającego,

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A (pełnomocnik), 2. Doosan Power Systems Limited, 3. SKODA PRAHA Incest s.r.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2814/10 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje ponowne badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

2. kosztami postępowania obciąża:

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. China Overseas Engineering Group Co. Ltd. (pełnomocnik), 2. China National Electric Equipment Corporation, adres do korespondencji: ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa, oraz**
- **Południowy Koncern Energetyczny S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**

i nakazuje:

2

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych w poczet kosztów postępowania kwotę w wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:

A wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A (pełnomocnik), 2. Doosan Power Systems Limited, 3. SKODA PRAHA Invest s.r.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,**

B wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alstom Power Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Alstom Power Systems GmbH, 3. PBG S.A, adres dla pełnomocnika: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,**

2) dokonać wpłaty kwoty **47 200 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. China Overseas Engineering Group Co. Ltd. (pełnomocnik), 2. China National Electric Equipment Corporation, adres do korespondencji: ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A (pełnomocnik), 2. Doosan Power Systems Limited, 3. SKODA PRAHA Invest s.r.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
oraz

kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. China Overseas Engineering Group Co. Ltd. (pełnomocnik), 2. China National Electric Equipment Corporation, adres do korespondencji: ul. Transportowców 12, 02-858 Warszawa** na rzecz **Południowego Koncernu Energetycznego S.A, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

B kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Południowy Koncern Energetyczny S.A, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alstom Power Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Alstom Power Systems GmbH, 3. PBG S.A, adres dla pełnomocnika: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO/ 2785/10

Sygn. akt: KIO/ 2814/10

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn., Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w PKE SA - Budowę Bloku Energetycznego o mocy 800 - 910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II w zakresie: kocioł parowy, turbozespoł, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku".

1. W sprawie o sygn. akt: KIO/2785/10

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego - Konsorcjum – WARBUD S.A. z Warszawy i Doosan Power Systems Limited z Anglii (Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) oraz SKODA PRAHA Invest s.r.o. z Prahy (Republika Czeska) [Konsorcjum WARBUD]. Zamawiający - Południowy Koncern Energetyczny S.A. z Katowic – zdaniem wykonawcy naruszył art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3; ust 2 pkt 3 i 4, w związku z art. 26 ust 1 i 2a) ustawy Pzp oraz § 2 ust 2 i § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U z 2009 r. nr 226 poz. 1817) zwane dalej „rozporządzeniem”. Naruszenie powyższych przepisów doprowadziło do zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) oraz China National Electric Equipment Corporation (CNEEC) z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej Dystrykt Haidian, Pekin, [dalej: Konsorcjum COVEC], pomimo, iż nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku przesłanek do wykluczenia, a także mimo tego, iż złożyli nieprawdziwe informacje, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W związku z podniesionymi zarzutami, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokonanie powtórnej czynności oceny wniosków, oraz wykluczenie konsorcjum Covec z postępowania. W uzasadnieniu wykonawca podał, że Konsorcjum COVEC winno zostać wykluczone z postępowania z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia dokumentów zawierających błędy, albowiem złożone dokumenty dotyczące członka konsorcjum są nieprawidłowe. Wskazał na § 4

rozporządzenia, podając, że wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedstawić w ofercie dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Dopiero w przypadku, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się tego typu dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Wykonawca stwierdził, że we wniosku Konsorcjum COVEC przedstawione zostały oświadczenia obu członków Konsorcjum podpisane w obecności notariusza, wskazujące, iż nie zachodzą wobec nich przesłanki wykluczenia z postępowania w postaci otwarcia likwidacji bądź ogłoszenia upadłości, zalegania ze składkami na ubezpieczenie oraz podatkami, zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Oświadczenia te nie mogą być przyjęte przez zamawiającego, gdyż w Chińskiej Republice Ludowej wydaje się dokumenty, które wykonawcy zastąpili oświadczeniami. Fakt istnienia organu uprawnionego do potwierdzania

likwidacji lub upadłości przedsiębiorstwa wprost wynika ze złożonych wraz z wnioskiem dokumentów podmiotów wchodzących w skład konsorcjum COVEC. Jest nim Sąd Ludowy, do którego zgodnie z postanowieniami umów wszystkich mających siedzibę w CHRL spółek załączonych do wniosku zgłaszany jest wniosek o ogłoszenie upadłości. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezydenta CHRL „Prawo o upadłości przedsiębiorstw” obowiązującego od 1 czerwca 2007 r. Zgłoszenie wniosku o upadłość wszczyna procedurę upadłościową, (art. 5 rozporządzenia), a po jej zakończeniu zgodnie z art. 121 rozporządzenia dokonywany jest wpis do rejestru bankructw. Istnienie takiego rejestru zgodnie z przepisami przywołanego rozporządzenia ma chronić prawa wierzycieli. Oznacza to, że istnieje do niego dostęp, a tym samym możliwe jest przedstawienie informacji w nim zawartych. Wyklucza to możliwość zastąpienia ich oświadczeniem, zgodnie z § 4 rozporządzenia. Podniósł także, że podmioty z siedzibą na terytorium CHRL przedkładają w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednie zaświadczenia z Sądów Ludowych. Wskazał także na niewłaściwą formę oświadczeń, albowiem zgodnie z treścią § 4 rozporządzenia oświadczenia powinny być złożone przed notariuszem. Tymczasem z oświadczeń przedstawionych przez wykonawców wynika, że są to wyłącznie oświadczenia z notarialnym poświadczeniem autentyczności podpisu i pieczęci. Kolejny zarzut, dotyczy braku dokumentu potwierdzającego, że wykonawca COVEC nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W tym przypadku Odwołujący stwierdził, że w CHRL wydawane są także dokumenty

6

potwierdzające brak zaległości w uiszczaniu podatków i opłat, w szczególności w dystrykcie w którym prowadzą działalność obaj członkowie Konsorcjum tj. dystrykcie Haidan. Potwierdza to stanowisko Ambasady RP w Chinach zawarte w piśmie z dnia 26 maja 2009 r. – informujące o możliwości uzyskania takiego zaświadczenia. Ponadto w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w Polsce, w których COVEC uczestniczy, składał takie zaświadczenia. W dniu 22 lipca 2008 roku Urząd Podatkowy wydał dla COVEC takie zaświadczenie, które zostało złożone w postępowaniu na budowę stadionu Baltic Arena w Gdańsku Letnicy, prowadzonym przez Zamawiającego tj. Euro Gdańsk 2012 Sp. z o.o., ul. Kartuska 5, 80-103 Gdańsk i dostępne jest w dokumentacji tego postępowania co zamawiający może ze względu na jej jawność z łatwością sprawdzić. Kolejny zarzut dotyczy braku dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (CRT. Podobnie jak w odniesieniu do braku dokumentu potwierdzającego, że wykonawca COVEC nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat, Odwołujący stwierdził, że taki dokument jest wystawiany w CHRL. Potwierdza to stanowisko Ambasady RP w Chinach wskazujące na możliwość uzyskania takiego zaświadczenia i tym samym podmioty z siedzibą na terytorium CHRL przedkładają w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednie zaświadczenia z Urzędów Zarządzających Funduszami Ubezpieczeń Społecznych.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że informacje o niewydawaniu w CHRL wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych dokumentów, są informacjami nieprawdziwymi i mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Z tych też względów wniósł o wykluczenie Konsorcjum COVEC z postępowania. W przypadku dalszego uczestnictwa Konsorcjum COVEC w postępowaniu, mimo iż winno być ono wykluczone, możliwość takiego wpływu jest oczywista, gdyż dążąc do uzyskania zamówienia Konsorcjum to może złożyć ofertę najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia: po stronie odwołującego Konsorcjum - ALSTOM Power Sp. z o. o. [Lider] oraz ALSTOM Power Systems GmbH (Członek) i PBG S.A. (Członek). ALSTOM, a po stronie zamawiającego - China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) i China National Electric Equipment Corporation (CNEEC) [Konsorcjum COVEC].

7

2. W sprawie o sygn. akt: KIO/2814/10

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego - Konsorcjum - ALSTOM Power Sp. z o. o. [Lider] oraz ALSTOM Power Systems GmbH (Członek) i PBG S.A. (Członek). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Południowy Koncern Energetyczny S.A. z Katowic - naruszenie art. 57 ust.2 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3; ust 2 pkt 3 i 4, w związku z art. 26 ust 1 i 2a) ustawy Pzp oraz § 2 ust 2 i § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U z 2009 r. nr 226 poz. 1817). W uzasadnieniu wykonawca podał, że zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższa zasada uzupełniana jest przez przepisy traktujące o cechach wykonawcy niezbędnych do ubiegania się o udzieleni zamówienia publicznego (art. 22 ust. 1 PZP), jak również o przesłankach negatywnych, których wystąpienie rodzi nakaz wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 26 ust. 1 i 2 PZP). Podniósł także, że do dalszego udziału w postępowaniu zostały dopuszczone podmioty, które bezwzględnie powinny zostać z niego wykluczone na podstawie przepisów PZP, bądź które ewentualnie winny zostać wykluczone z postępowania po wcześniejszym wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentacji. Powyższe dotyczy:

- (1) Konsorcjum SNC w składzie: SNC - LAVALIN Polska [Lider], SNC-LAVALIN Inc. [członek] oraz Hitachi Power Europe GmbH [członek];
- (2) Konsorcjum COVEC w składzie: China Overseas Engineering Group Co. Ltd. [Lider], oraz China National Electric Equipment Corporation [członek];
- (3) Konsorcjum Tencimont w składzie: Tecnimont S.p.A. (Lider), Tecnimont Poland Sp. z o.o. (Członek), SICES MONTAŚ Sp. z o.o. (Członek), Burmeister & Wain Energy A/S (BWE A/S) [Członek] oraz KTI Poland S.A. (Członek);
- (4) Wykonawca Budimex S.A. i
- (5) Konsorcjum Energomontaż w składzie: ENERGOMONTAZ-POŁUDNIE S.A. (Lider) oraz HARBIN POWER ENGINEERING COMPANY LIMITED (Członek)

I. w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum SNC podniesiono następujące zarzuty:

- 1) brak wykazania przez Konsorcjum SNC zdolności finansowej i ekonomicznej wymaganej do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej;

8

Powołując się na pkt III.2.2) a) Ogłoszenia stwierdził, że Zamawiający określił wyraźnie warunek dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci posiadania własnych środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę minimum 9-cyfrową w wysokości nie mniejszej niż 200.000.000,00 PLN lub równowartości tej kwoty w innej walucie. Wymaganiem dokumentem potwierdzającym spełnianie powyższego warunku miała być informacja z instytucji finansowej, w której wykonawca posiada rachunek lub rachunki, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność finansową danego wykonawcy na wyżej wskazaną kwotę, przy założeniu możliwości złożenia wielu takich informacji i sumowania się kwot w nich potwierdzonych [pkt. III.2.2) 1) Ogłoszenia o Zamówieniu]. Ponadto Zamawiający stwierdził w Ogłoszeniu, że przedmiotowa informacja powinna jednoznacznie wskazywać, czy dany wykonawca posiada wymagane środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości odpowiadającej stawianym wymogom [pkt. III.2.2) 1) myślnik nr 1 Ogłoszenia], jak również wskazał zwroty językowe, które w prawidłowy sposób potwierdzać będą spełnienie warunku finansowego (pkt. III.2.2) 1) myślnik nr 2 Ogłoszenia o Zamówieniu). Odwołujący stwierdził, że dokumenty przedstawione Zamawiającemu nie wykazują spełniania przez Konsorcjum SNC warunku zdolności finansowej niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. Odwołujący oparł powyższą tezę na faktach ujawnionych w następujących dokumentach: (a) informacja „BNP Paribas” (Kanada) z dnia 2 czerwca 2010 r. dotyczy zdolności kredytowej podmiotu, który nie wchodzi w skład Konsorcjum SNC, bowiem w treści tej informacji przedmiotowy bank umieścił następujące stwierdzenie: „Obecnie BNL parias (Kanada) udostępnił SNC-Lavalin Group Inc. linię kredytową o wartości 1.100.000.000,00 CAD. Jest nam miło poinformować Państwa, że SNC-Lavalin Group Inc. wywiązuje się z wszystkich zobowiązań, o jakich nam

wiadomo, w pełni zadowalający sposób."; (b) informacja „MIZUHO Corporate Bank” Ltd. Z dnia 25 maja 2010 r. nie spełnia wymagań określonych w treści Ogłoszenia o Zamówieniu, w szczególności ze względu na brak wskazania, że wykonawca „Hitach Power Europe” GmbH posiada rachunek bankowy w tym banku, jak również ze względu na brak potwierdzenia, że wykonawca „Hitach Power Europe” GmbH posiada w tym banku wymagane środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości odpowiadającej stawianym wymaganiom, bowiem w treści tej informacji stwierdzono jedynie, że: „Jako, że Wnioskodawca jest częścią Hitachi Group, dysponuje i dysponował on zawsze wystarczającymi środkami finansowymi nie mniejszymi niż 200 milionów PLN do realizacji nawet bardzo dużych projektów.” Podał także, że Konsorcjum SNC nie wskazało żadnych przyczyn uzasadniających brak możliwości przedstawienia informacji o spełnieniu warunku finansowego zgodnie z wyraźnym postanowieniem Ogłoszenia (pkt. III.2.2) 1) myślnik nr 3 Ogłoszenia). Ponadto w swoim wniosku Konsorcjum SNC nie powołało się na to, że w zakresie spełnienia omawianego warunku polegać będzie na zdolności finansowej innych podmiotów (tzn. SNC-Lavalin Group

9

Inc.) wobec takiej możliwości określonej w treści Ogłoszenia (pkt. III.2.2) 1) myślnik nr 4 Ogłoszenia). W konkluzji stwierdził, że Konsorcjum SNC we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu nie wykazało spełniania wyraźnie określonego w treści Ogłoszenia o Zamówieniu warunku zdolności finansowej niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

- 2) brak wykazania przez Konsorcjum SNC zdolności finansowej i ekonomicznej wymaganej do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie warunku posiadania określonych średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych;

Zamawiający określając szczegóły dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej, sformułował między innymi wymaganie posiadania przez wykonawców średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych na poziomie nie niższym niż 800.000.000,00 PLN (słownie: osiemset milionów złotych) lub równowartości tej kwoty w innej walucie (pkt. III.2.2 b) Ogłoszenia o Zamówieniu). Dla wykazania powyższego, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia sprawozdań finansowych albo ich części (a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części), potwierdzające posiadanie średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej na poziomie nie niższym niż 800.000.000,00 PLN (słownie: osiemset milionów złotych) - za 3 (trzy) ostatnie lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to za ten okres. W przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności, potwierdzające spełnianie powyższych warunków za 3 (trzy) ostatnie lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to za ten okres. W przypadku, gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, należy przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe wykonawcy. W przypadku wykonawców wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wymóg posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej będzie spełniony, jeżeli spełniać go będzie jeden albo kilku albo łącznie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum SNC dla wykazania spełniania opisanego wyżej warunku przedłożyło następujące dokumenty: sprawozdanie finansowe „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. za 2006 r. wraz z opinią biegłego; sprawozdanie finansowe „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. za 2007 r. wraz z opinią biegłego; sprawozdanie finansowe „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. za 2008 r. wraz z opinią biegłego; zbiorcze skonsolidowane sprawozdanie finansowe „SNC-Lavalin” Inc. za lata 2006, 2007 i 2008 wraz z opinią biegłego. Powołane

10

dokumenty nie potwierdzały wymaganej od wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej i Zamawiający wezwał Konsorcjum SNC do przedłożenia dokumentów, które by spełnienie tego warunku potwierdziły. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum

SNC przedstawiło następujące, dodatkowe dokumenty: (a) wyjaśnienia do sprawozdania finansowego „SNC-Lavalin” Inc.; (b) sprawozdanie finansowe „SNC-Lavalin Group” Inc.; (c) sprawozdanie finansowe „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. za 2009 r. wraz z opinią biegłego. Uwzględniając dokumenty dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również dokumenty uzupełnione po stosownym wezwaniu Konsorcjum SNC przez Zamawiającego należy wskazać, że Konsorcjum SNC nie posiada zdolności finansowej i ekonomicznej wymaganej przez Zamawiającego. Dokumenty dotyczące podmiotu „SNC-Lavalin” Inc. nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie spełniania powyższego warunku, gdyż nie odpowiadają one wymaganiom określonym w Ogłoszeniu o Zamówieniu. Jak zostało wykazane, w przypadku gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, powinien przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe wykonawcy. Bezsporne jest, że „SNC-Lavalin” Inc. wchodzi w skład grupy kapitałowej, dlatego też zobowiązany był przedstawić jednostkowe sprawozdanie finansowe, czego nie uczynił. Powyższe wymaganie Zamawiającego jest logiczne, gdyż w skład grupy kapitałowej często wchodzi wiele podmiotów, wykazujących bardzo zróżnicowane wyniki finansowe. Z przedłożonego sprawozdania finansowego dotyczącego całej grupy kapitałowej, nie wynika czy „SNC-Lavalin” Inc. posiada zdolność finansową i ekonomiczną niezbędną do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. W związku z powyższym, Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP, zobowiązał Konsorcjum SNC, do uzupełnienia powołanego braku. Konsorcjum SNC nie przedłożyło jednostkowych sprawozdań finansowych „SNC-Lavalin” Inc., tłumacząc to faktem braku obowiązku sporządzania takich sprawozdań. W Postępowaniu nie zostały przedłożone, żadne inne dokumenty, które potwierdzałyby zdolność ekonomiczną i finansową spółki „SNC-Lavalin” Inc. Podkreślił także, że w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego (jak w odniesieniu do spółki „SNC-Lavalin” Inc. twierdzi Konsorcjum SNC), Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności. Takie dokumenty również nie zostały przedłożone. Wobec powyższego, dokonując oceny zdolności ekonomicznej i finansowej Konsorcjum SNC, należy brać pod uwagę wyłącznie dokumenty przedłożone przez spółkę „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. Jak wynika z analizy sprawozdań finansowych „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych tego podmiotu wynosi ok. 170 mln PLN. Wymagany przez Zamawiającego poziom wynosi minimum 800.000.000 PLN. Porównując te dwie liczby uznać należy, że Konsorcjum SNC nie posiada zdolności finansowej i ekonomicznej na

11

poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Wskazał także, iż załączone do pisma uzupełniającego dokumentację Konsorcjum SNC sprawozdanie finansowe „SNC-Lavalin Group” Inc. w ogóle nie może być brane pod uwagę w niniejszym Postępowaniu, bowiem należy je traktować jako sprawozdanie finansowe podmiotu trzeciego, nie wchodzącego w skład Konsorcjum SNC, jak również pobieżna analiza tego dokumentu prowadzi do konkluzji, iż jest to jedynie dokument stworzony na potrzeby public relations tegoż podmiotu (dokument ten nie został nawet podpisany przez przedstawicieli podmiotu). Konsorcjum SNC było już wezwane do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie, zatem kolejne wezwanie do uzupełnienia nie jest dopuszczalne. Tym samym Konsorcjum SNC nie złożyło wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP.

3) brak wykazania przez Konsorcjum SNC prawidłowego umocowania Pasquale D. oraz Yves L. do działania w imieniu członka konsorcjum - „SNC-Lavalin” Inc.; Zamawiający w treści Ogłoszenia o Zamówieniu określił wyraźnie, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia oryginał wniosku o dopuszczenie do udziału musi być podpisany przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego albo przez pełnomocnika prawidłowo umocowanego do reprezentowania wszystkich wykonawców w postępowaniu (V1.3) pkt. 2. Ogłoszenia o Zamówieniu). Dokumenty przedstawione Zamawiającemu nie wykazują prawidłowego umocowania panów Pasquale D. oraz Yves L. do działania w imieniu członka konsorcjum - „SNC-Lavalin” Inc., w ramach udzielania w dniu 23 czerwca 2010 r. pełnomocnictwa przez „SNC-Lavalin” Inc. dla „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o., przez co nie można stwierdzić

prawidłowości umocowania lidera Konsorcjum SNC - „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o., do działania w imieniu wszystkich członków tegoż konsorcjum. Konsorcjum nie złożyło żadnych urzędowych bądź prywatnych dokumentów wykazujących, że możliwość wspólnego reprezentowania „SNC-Lavalin” Inc. przez panów Pasquale D. (pełniona funkcja - Dyrektor) oraz Yves L. (pełniona funkcja - Sekretarz). W powyższym zakresie Zamawiający wezwał Konsorcjum SNC do przedstawienia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentacji wykazującej sposobu reprezentacji „SNC-Lavalin” Inc. W ramach wyjaśnień, Konsorcjum SNC przedłożyło: „zaświadczenie” sporządzone i podpisane przez pana Yves L. (pełniącego funkcję sekretarza) a przedstawiające wykaz osób oraz pełnionych funkcji w „SNC-Lavalin” Inc., oraz „zaświadczenie” podpisane przez pana Rejean G. (pełniącego funkcję starszego Wiceprezesa), a dotyczące art. 25 statutu „SNC-Lavalin” Inc., w którym postanowiono m.in., iż: „Sekretarz podpisuje sporządzone w formie pisemnej kontrakty oraz dokumenty i akty wymagające jego podpisu oraz posiada takie inne kompetencje i pełni takie inne obowiązki, jakie wyznaczy mu zarząd w drodze uchwały lub które wynikają ze sprawowanej przez niego

12

funkcji.” Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, pełnomocnik posługujący się pełnomocnictwem ma obowiązek złożyć wraz z pełnomocnictwem dokument, z którego wynika uprawnienie osób, które udzieliły pełnomocnictwa do reprezentowania podmiotu udzielającego pełnomocnictwa. Z przedłożonych przez Konsorcjum SNC dokumentów nie wynika, iż panowie Pasquale D., oraz Yves L. byli prawidłowo umocowani do działania w imieniu „SNC-Lavalin” Inc. w ramach udzielania w dniu 23 czerwca 2010 r. pełnomocnictwa spółce „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. do reprezentowania „SNC-Lavalin” Inc. w Postępowaniu. W związku z powyższym, nie można również potwierdzić, że wniosek Konsorcjum SNC (podpisany przez przedstawicieli lidera konsorcjum „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o.) o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został złożony i podpisany w imieniu przedmiotowego członka konsorcjum - „SNC-Lavalin” Inc. Konsorcjum SNC było już wezwane do uzupełnienia dokumentów w wyżej wskazanym zakresie, zatem kolejne wezwanie do uzupełnienia nie jest dopuszczalne w świetle brzmienia oraz przyjętej wykładni art. 26 ust. 3 PZP. Tym samym należy uznać, że Konsorcjum SNC nie złożyło wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP.

- 4) brak wykazania przez Konsorcjum SNC zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia;

Zamawiający w treści Ogłoszenia o Zamówieniu określił warunek dopuszczenia do udziału w Postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym w pkt. III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu wyraźnie wskazał jakie projekty będą uznawane za spełniające ten warunek. Zamawiający określił, że za spełnienie warunku zdolności technicznej wykonawcy (wykonawców w konsorcjum) uznawane będzie wykazanie się wykonaniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji: 1) 1 (jednego) bloku energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 2) 1 (jednego) kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 3) 1 (jednego) kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto. Niezbędnymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie omawianego warunku miały być: wykaz wykonanych przez wykonawcę (wykonawców konsorcjum) zamówień, w którym podane być miały podstawowe dane dotyczące zrealizowanych projektów (dalej „Wykaz”), jak również dokumenty potwierdzające, że zamówienia z Wykazu zostały

13

wykonane przez wykonawcę (wykonawców konsorcjum) zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru (pkt. III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu). Dodatkowo Zamawiający stwierdził w

Ogłoszeniu o Zamówieniu, że uwzględniane przez Zamawiającego będą tylko te zamówienia znajdujące się w Wykazie, dla których będą załączone dokumenty potwierdzające, że zostały one wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (pkt. III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu).

Dokumenty przedstawione Zamawiającemu nie wykazują spełniania przez Konsorcjum SNC warunku zdolności technicznej niezbędnej do realizacji przedmiotu Zamówienia Publicznego. W Wykazie, Konsorcjum SNC umieściło tylko jeden projekt odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, tj. blok energetyczny o mocy 460 MWe dla Elektrowni Pątnów II, wykonany przez jednego z członków konsorcjum - „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. Ponadto Konsorcjum SNC załączyło do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia Publicznego następujące dokumenty związane z Wykazem: protokół wstępnego odbioru obiektu o mocy 464 MW w elektrowni Pątnów II; protokół zakończenia ruchu próbnego bloku o mocy 464 MW w elektrowni Pątnów II; list referencyjny wystawiony przez Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin S. A. z siedzibą w Koninie. W powołanym wyżej liście referencyjnym zleceniodawca Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin S. A. z siedzibą w Koninie stwierdził, że „SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. podjęła się dokończenia projektu po poprzednim Generalnym Realizatorze, tj. Elektrim Megadex (...)”. W dalszej części tegoż listu referencyjnego wskazano również, że wykonawca „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. w zakresie prac projektowych wykonał jedynie projekt wykonawczy. Zdaniem Odwołującego określenie przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu, zwrotu, iż wykonawca musi wykazać się zrealizowaniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji, oznacza, że Zamawiającemu, ze względu na gwarancję należytej realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, zależało na tym, aby wykonawca wykazał się kompleksową realizacją zamówienia, tzn. obejmującą wszystkie etapy realizacji inwestycji. Wspomniany wyżej list referencyjny Zespołu Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin S.A. nie potwierdza, aby „SNC-Lavalin Polska” Sp. z o.o. wykonała kompleksowo projekt, którego ten list dotyczy. Stwierdzenie, że wykonawca ten jedynie dokończył realizację zamówienia po innym podmiocie, jak również potwierdzenie, że nie wykonał on tak kluczowych etapów realizacji inwestycji, jak np. wykonanie projektu budowlanego, jednoznacznie prowadzi do wniosku, że przedstawiona referencja nie odpowiada założeniom określonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu. Powyższe tezy prowadzą do konkluzji, że Konsorcjum SNC we

14

wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu nie wykazało zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem.

- 5) niewykazania przez Konsorcjum SNC braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;

W zakresie dokumentów przedłożonych przez członka Konsorcjum „SNC-Lavalin” Inc, wykonawca stwierdził, że Konsorcjum SNC załączyło do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu oświadczenie członka konsorcjum „SNC-Lavalin” Inc. z dnia 23 czerwca 2010 r. dotyczące braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Oświadczenie to jest zbiorcze, tzn. dotyczy wszystkich elementów mogących stanowić podstawę do wykluczenia z postępowania. W pkt. III.2.1) ust. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu (informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) Zamawiający określił, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy pzp, wykonawca ten zastępuje je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraj, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powołane wyżej oświadczenie członka konsorcjum „SNC-Lavalin” Inc. z dnia 23 czerwca 2010 r. nie zostało złożone przed notariuszem w rozumieniu ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r., nr 189, poz. 1158 z późniejszymi zmianami). Teza ta wynika z faktu, iż: oświadczenie zostało przedłożone notariuszowi na piśmie na papierze firmowym

„SNC-Lavelin” Inc.; oraz pod treścią pisemnego oświadczenia notariusz kanadyjski Manone W. umieścił jedynie następującą klauzulę: „Uroczyście potwierdzono w mojej obecności w Montrealu”. Uznać zatem należy, że w dokumencie przedłożonym przez „SNC-Lavelin” Inc. znajduje się jedynie poświadczenie podpisów złożonych na piśmie przez osoby reprezentujące ten podmiot, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia woli przed notariuszem. W świetle powyższego, „SNC-Lavelin” Inc. nie dochował formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. W punkcie a) oświadczenia z dnia 23 czerwca 2010 r. „SNC-Lavelin” Inc. stwierdził, że na gruncie prawa kanadyjskiego nie jest możliwe uzyskanie zaświadczenia potwierdzającego, że nie jest prowadzone postępowanie likwidacyjne oraz, że wykonawca nie ogłosił upadłości, za wyjątkiem wydruku wyników wyszukiwania w elektronicznej bazie danych Biura Inspektora dw. Upadłości w Kanadzie. Wykonawca „SNC-Lavelin” Inc. załączył do swojego oświadczenia wydruk wyników wyszukiwania w elektronicznej bazie danych Biura Inspektora dw. Upadłości w Kanadzie oraz oświadczenie,

15

że dokument ten stanowi wierną kopię oryginału wydruku. Odwołujący w związku z tym zgłosił następujące uwagi: wydruk wyników wyszukiwania w elektronicznej bazie danych Biura Inspektora dw. Upadłości w Kanadzie nie może stanowić dowodu braku ogłoszenia upadłości wobec „SNC-Lavelin” Inc. ponieważ wydruk ten nie może być w ogóle uznany za dokument. Wydruk ten nie może stanowić oświadczenia jakiegokolwiek organu kanadyjskiej administracji publicznej, bowiem nie został on ani wydany przez odpowiedni organ ani podpisany przez właściwego przedstawiciela tegoż organu oraz, że wydruk wyników wyszukiwania w elektronicznej bazie danych Biura Inspektora dw. Upadłości w Kanadzie dotyczy tylko i wyłącznie ogłoszenia upadłości, całkowicie zaś pomija kwestię otwarcia postępowania likwidacyjnego wobec „SNC-Lavelin” Inc. Uwzględniając powyższe, zgodnie z treścią Ogłoszenia (pkt. III.2.1) ust. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu - informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) na okoliczność braku prowadzenia postępowania likwidacyjnego oraz ogłoszenia upadłości powinien zostać złożony oddzielny dokument zawierający oświadczenie „SNC-Lavelin” Inc. złożone przed notariuszem lub innym organem publicznym, czego wykonawca ten nie uczynił. W punkcie b) oświadczenia z dnia 23 czerwca 2010 r. „SNC-Lavelin” Inc. stwierdził, że na gruncie prawa kanadyjskiego nie jest możliwe uzyskanie żadnego konkretnego dokumentu urzędowego potwierdzającego brak zaległości w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne. Zgodnie zatem z treścią Ogłoszenia (pkt. III.2.1) ust. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu - informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) na powyższą okoliczność powinien zostać złożony oddzielny dokument zawierający oświadczenie „SNC-Lavelin” Inc. złożone przed notariuszem lub innym organem publicznym, czego wykonawca ten nie uczynił. W punkcie c) oświadczenia „SNC-Lavelin” Inc. stwierdził, że na gruncie prawa kanadyjskiego nie jest możliwe otrzymanie żadnego konkretnego dokumentu urzędowego potwierdzającego brak orzeczenia wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Zgodnie zatem z treścią Ogłoszenia (pkt. III.2.1) ust. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu - informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) na powyższą okoliczność powinien zostać złożony oddzielny dokument zawierający oświadczenie „SNC-Lavelin” Inc. złożone przed notariuszem lub innym organem publicznym, czego wykonawca ten nie uczynił. W punkcie d) oświadczenia „SNC-Lavelin” Inc. stwierdził, że żaden z obecnych członków kierownictwa (panowie Pierre D., Rejean G., Pasquale D. i Gilles L.) nie został prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Ponadto „SNC-Lavelin” Inc. załączyło 5 (pięć)

16

zaświadczeń policji kanadyjskiej dotyczących panów Pierre D., Rejean G., Pasquale D., Gilles L. i Gerasimos G. Odwołujący zwrócił uwagę, iż badanie dotyczące karalności członków kierownictwa „SNC-Lavelin” Inc. zostało dokonane na podstawie podanego imienia i nazwiska oraz daty urodzenia, natomiast we wszystkich zaświadczeniach policji

kanadyjskiej dotyczących widniejącej urzędowej adnotacji, iż „Stwierdzenie, czy w krajowym repozytorium Rejestru Karnego znajdują się czy nie dane o karalności można potwierdzić jedynie na podstawie porównania odcisków palców. Nie wszystkie przestępstwa zgłaszane są do krajowego repozytorium Rejestru Karnego.” Analizując treść zaświadczeń należy zatem uznać, iż ich zakres przedmiotowy nie odpowiada wymaganiom stawianym przez przepisy PZP oraz treść Ogłoszenia o Zamówieniu, tzn. nie potwierdzają jednoznacznie braku karalności za przestępstwa opisane w art. 24 ust. 1 PZP. Oświadczenie „SNC-Lavelin” Inc. z dnia 23 czerwca 2010 r. nie może być traktowane jako złożone przed notariuszem i zgodnie z treścią Ogłoszenia (pkt. III.2.1) ust. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu - informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) na powyższą okoliczność braku karalności członków organu kierowniczego „SNC-Lavelin” Inc. za przestępstwa opisane w art. 24 ust. 1 PZP powinny zostać złożone oddzielne dokumenty zawierające oświadczenia złożone przed notariuszem lub innym organem publicznym, czego wykonawca ten nie uczynił.

W zakresie dokumentów przedłożonych przez członka konsorcjum „Hitachi Power Europe” GmbH, Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum SNC załączyło do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (1) oświadczenie członka konsorcjum „Hitachi Power Europe” GmbH z dnia 25 maja 2010 r. dotyczące braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP. Oświadczenie to jest zbiorcze, tzn. dotyczy wszystkich elementów mogących stanowić podstawę do wykluczenia z postępowania. Wykonawca podał, że w pkt. III.2.1) ust. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu (informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) Zamawiający określił, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 PZP, wykonawca ten zastępuje je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraj, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powołane wyżej oświadczenie członka konsorcjum „Hitachi Power Europe” GmbH z dnia 25 maja 2010 r. nie zostało złożone przed notariuszem w rozumieniu ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r., nr 189, poz. 1158 z późniejszymi zmianami). Teza ta wynika z faktu, iż: (a) oświadczenie zostało przedłożone notariuszowi na piśmie na papierze firmowym „Hitachi Power Europe” GmbH;

17

(b) pod treścią pisemnego oświadczenia notariusz niemiecki Detlef K. umieścił jedynie następującą klauzulę: „Niniejszym poświadczam autentyczność złożonych w mojej obecności podpisów”. Zatem w dokumencie przedłożonym przez „Hitachi Power Europe” GmbH znajduje się jedynie poświadczenie podpisów złożonych na piśmie przez osoby reprezentujące ten podmiot, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia woli przed notariuszem. W świetle powyższego, „Hitachi Power Europe” GmbH nie dochował formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. Ponadto (2) Wykonawca stwierdził, że do wniosku Konsorcjum SNC o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu załączono zaświadczenie z 8 kwietnia 2010 r. Sądu Upadłościowego w Duisburgu dotyczące „Hitachi Power Europe” GmbH zawierające stwierdzenie, iż: wobec tego podmiotu „nie toczy się ani nie toczyło się żadne postępowanie w sprawie niewypłacalności.”. Zaświadczenie to zatem ewidentnie dotyczy jedynie kwestii ogłoszenia upadłości wobec przedmiotowego członka Konsorcjum SNC, pomija natomiast kwestię ewentualnego otwarcia postępowania likwidacyjnego. Zgodnie zatem z treścią Ogłoszenia o Zamówieniu (pkt. III.2.1) ust. 3 - informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) na okoliczność braku otwarcia wobec „Hitachi Power Europe” GmbH postępowania likwidacyjnego powinien zostać złożony oddzielny dokument zawierający oświadczenie „Hitachi Power Europe” GmbH złożone przed notariuszem lub innym organem publicznym, czego wykonawca ten nie uczynił. Kolejny zarzut dotyczy zaświadczenia z Kasy Chorych. W tym zakresie wykonawca stwierdził, że do wniosku Konsorcjum SNC o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu załączono zaświadczenie z 11 maja 2010 r. Kasy Chorych dotyczące „Hitachi Power Europe” GmbH zawierające następująco stwierdzenia, iż: (1) przez Kasę Chorych prowadzone jest dla „Hitachi Power Europe” GmbH konto składkowe, (2) „Na konto to wpłacano do miesiąca kwietnia 2010 r. łącznie składki na ubezpieczenie społeczne.”, oraz (3) „Niniejsze

zaświadczenie nie zawiera poświadczenia prawidłowości ani kompletności dokumentowania i uiszczania składek." W świetle powyższych stwierdzeń, zaświadczenie to nie może być traktowane jako urzędowy dokument potwierdzający brak istnienia zaległości w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne. Zgodnie zatem z treścią Ogłoszenia o Zamówieniu (pkt. III.2.1) ust. 3 - informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) na powyższą okoliczność powinien zostać złożony oddzielny dokument zawierający oświadczenie „Hitachi Power Europe GmbH złożone przed notariuszem lub innym organem publicznym, czego wykonawca ten nie uczynił. W podsumowaniu wykonawca stwierdził, że Konsorcjum SNC we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia Publicznego nie wykazało braku podstaw do wykluczenia wykonawców „SNC-Lavelin” Inc. oraz „Hitachi Power Europe” GmbH z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP. Konsorcjum SNC nie złożyło wszystkich wymaganych bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz

18

postanowieniami Ogłoszenia o Zamówieniu dokumentów, a ponadto znaczna część złożonych dokumentów nie odpowiada wymaganiom określonym w treści Ogłoszenia o Zamówieniu.

II. W odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum COVEC podniesiono następujące zarzuty:

- 1) brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości COVEC i CNEEO;

Konieczność złożenia dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wykonawcy (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy) wynika z pkt. III.2.1) 1. a) Ogłoszenia o Zamówieniu (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty, które powinny być wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Uwzględniając różne porządki prawne, Ustawodawca przewidział, że może dojść do przypadku, że w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. W takiej sytuacji, możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone np. przed notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozporządzeniu) - tzn. oświadczenie zastępcze. Przedłożenie zatem dokumentów zawierających oświadczenie wykonawcy złożone przed notariuszem, jest dopuszczalne tylko i wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym ma siedzibę dany wykonawca, nie wystawia się dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Ustawodawca bardzo wyraźnie wskazał taką kolejność i nie dopuścił w tym zakresie swobody wykonawcy w zakresie wyboru formy. Wykonawca jest zobligowany do przedłożenia odpowiednich dokumentów wystawianych w danym kraju, a jeśli w danym kraju nie wystawia się określonych dokumentów, to może je zastąpić stosownym oświadczeniem.

COVEC i CNEEC dla potwierdzenia, że wobec tych podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, przedstawiły zastępcze oświadczenia, które zostały podpisane przez notariusza. Powyższa forma uchybia obowiązkowi określonemu w Rozporządzeniu oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Zarówno COVEC i CNEEC miały możliwość uzyskania urzędowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego. Działające na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej wydziały rejestracji wniosków poszczególnych sądów ludowych wydają na wniosek zainteresowanych podmiotów zaświadczenie dotyczące złożonych wniosków o otwarciu likwidacji i ogłoszeniu upadłości przez dany podmiot. Dokonując wnioskowania a maiori ad minus, skoro w stosunku do danego podmiotu nie wpłynął nawet wniosek o ogłoszenie upadłości, czy też

19

otwarcie likwidacji, to tym bardziej nie ogłoszono jego upadłości, czy nie otwarto jego likwidacji. Wobec powyższego, uzyskując takie zaświadczenie ze stosownego sądu, podmioty COVEC i CNEEC byłyby w stanie potwierdzić, że nie otwarto wobec nich likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Oba podmioty, zaniechały uzyskania urzędowego dokumentu i

mimo niedopuszczalności, złożyły zastępcze oświadczenie, pod którym podpisał się notariusz. Dla potwierdzenia, iż w Chińskiej Republice Ludowej możliwe jest uzyskanie sądowego zaświadczenia potwierdzającego, że wobec danego podmiotu nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, przedkładamy w załączeniu zaświadczenie wydane dla chińskiej spółki Huawei Technologies Co., Ltd przez Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego w Shenzhen. Wskazał także, że właściwość Sądu Ludowego w sprawach związanych z ogłaszaniem upadłości potwierdza również umowa spółki COVEC. Zgodnie z § 64 pkt 8 umowy spółki COVEC, spółka ta w przypadku powstawania podstaw do ogłoszenia upadłości zobowiązana jest złożyć stosowny wniosek w odpowiednim sądzie ludowym. Na dowód przedłożono zaświadczenie z dnia 3 września 2008 r. wydane przez Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego oraz umowę spółki COVEC. Wykonawca stwierdził także, że dołączone do wniosku Konsorcjum COVEC dokumenty zawierające zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej nie stanowią potwierdzenia, że wobec COVEC oraz CNEEC nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Po pierwsze, na powołanych dokumentach nie zostały wskazane daty ich wystawienia. Przez co nie jest możliwe ustalenie, czy dokumenty te zostały wystawione nie później niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Nawet, gdyby uznać, że najpóźniejszą datę jaka znajduje się na dokumentach (data rocznej kontroli), należy traktować jako datę wystawienia dokumentu, to w przypadku CNEEC dokument ten nie został wystawiony w wymaganym przez Zamawiającego okresie (data wystawienia 25 stycznia 2010 r. - zatem wcześniej niż 6 miesięcy przed datą złożenia wniosków), czyli nie może zostać wzięty pod uwagę. Po drugie, nawet gdyby dokumenty te były opatrzone właściwymi datami, to i tak nie wynika z nich, że wobec danego podmiotu nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W powołanych zaświadczeniach, brak jest nawet rubryk, które by ewentualne wzmianki w powołanym zakresie zawierały (w przypadku polskich odpisów z KRS takie rubryki są zawarte). W świetle powyższego, dołączone do wniosku Konsorcjum COVEC zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej COVEC i CNEEC nie stanowią dokumentów potwierdzających, że wobec tych podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Ponadto, nawet gdyby uznać, że nie jest możliwe uzyskanie przez COVEC i CNEEC dokumentów potwierdzających, że nie otwarto ich likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, to oba te podmioty były obowiązane do złożenia stosownych oświadczeń przed notariuszem (ewentualnie przed innymi organami wyszczególnionymi w Rozporządzeniu). Dokument,

20

które zostały przedstawione przez COVEC i CNEEC nie są oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. Forma złożenia oświadczenia przed notariuszem zakłada, że notariusz zapozna się i zrozumie treść takiego oświadczenia. Jak jednak wynika z dokumentów przedłożonych przez powołanych wykonawców, czynności notariusza ograniczyły się jedynie do poświadczenia złożonego podpisu i pieczęci pod stosownym oświadczeniem. Nie ma natomiast żadnego potwierdzenia, jakoby notariusz w jakikolwiek sposób zapoznał się z przedmiotowym oświadczeniem. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż Ustawa o notariacie Chińskiej Republiki Ludowej z 28 sierpnia 2005 r. traktuje jako dwie odrębne czynności: (a) złożenie oświadczenia przed notariuszem (Rozdział 2, artykuł 11, pkt 3 ustawy) oraz (b) poświadczenie podpisu i pieczęci (Rozdział 2, artykuł 11, pkt 10 ustawy). [dowód: wyciąg z Ustawy o notariacie Chińskiej Republiki Ludowej z 28 sierpnia 2005 r. (tłumaczenie) (załącznik nr 4). Zatem w dokumentach przedłożonych przez COVEC i CNEEC znajduje się jedynie poświadczenie podpisów i pieczęci, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia przed notariuszem. W świetle powyższego, COVEC i CNEEC nie dochowały formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. W świetle powyższego Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do złożenia w pierwszej kolejności urzędowych (sądowych) dokumentów potwierdzających spełnienie warunku nie pozostawiania w stanie likwidacji ani upadłości wykonawcy COVEC i CNEEC. Zakładając czysto hipotetycznie, że uzyskanie takich dokumentów jest niemożliwe w Chińskiej Republice Ludowej (jak zostało wykazane powyżej - uzyskanie tych dokumentów jest możliwe), Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia oświadczeń złożonych przed odpowiednim organem. Jak bowiem zostało wykazane powyżej, dokumenty złożone przez wykonawców COVEC i CNEEC nie odpowiadają formie wymaganej zarówno przez przepisy Rozporządzenia jak i samego Zamawiającego.

- 2) brak dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (COVEC i CNEEC);

Jednym z warunków udziału w Postępowaniu wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest przedłożenie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy). Powyższy obowiązek wynika z pkt. III.2.1) 1. b) Ogłoszenia o

21

Zamówieniu (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest złożyć dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Jeśli w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, to możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone przed odpowiednim organem np. notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozporządzeniu) - tzw. oświadczenie zastępcze. Przedłożenie dokumentów zawierających oświadczenie woli złożone przed właściwym organem, jest dopuszczalne tylko i wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym ma siedzibę dany wykonawca, nie wystawia się dokumentu żadanego przez Zamawiającego. COVEC i CNEEC dla potwierdzenia, że nie zalegają z płatnością podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne przedstawiły zastępcze oświadczenia podpisane przez notariusza (COVEC str. 30-36 wniosku, CNEEC str. 37-43 wniosku). Powyższa forma uchyla obowiązkowi określone w Rozporządzeniu oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Zarówno COVEC i CNEEC miały możliwość uzyskania urzędowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego. Zaświadczenia dotyczące nie zalegania z płatnością podatków wydają urzędy podatkowe poszczególnych dystryktów. Co ważne COVEC uczestnicząc w innych postępowaniach przetargowych (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące projektu i budowy stadionu we Wrocławiu, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące budowy stadionu w Gdańsku) takie dokumenty składał. [dowód: zaświadczenie z dnia 3 kwietnia 2008 r. wydane przez Państwowy Urząd Podatkowy Dystryktu Beijing Chaoyang]. Podał także, że inny wykonawca mający siedzibę na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej, również biorący udział w Postępowaniu - HARBIN POWER ENGINEERING COMPANY LIMITED, przedstawił urzędowe zaświadczenie potwierdzające, iż podmiot ten nie zalega z płatnością jakichkolwiek podatków. [dowód: oświadczenie dotyczące HARBIN POWER ENGINEERING COMPANY LIMITED o nie zaleganiu w płatnościach podatków z 26 lipca 2010 r.]. Te dokumenty są wydawane na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej. Dla potwierdzenia, wykonawca przedstawił dokumenty wydane dla COVEC przez Centrum Zarządzania Funduszami Ubezpieczeń Społecznych (składane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego). [dowód: zaświadczenie z dnia 18 lipca 2008 r. wydane przez Centrum Zarządzania Funduszami Ubezpieczeń Społecznych w Pekinie]. Inny z wykonawców mający siedzibę na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej - HARBIN POWER ENGINEERING COMPANY LIMITED - przedstawił w Postępowaniu urzędowy dokument potwierdzający, że nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. [dowód: oświadczenie o nie zaleganiu z płatnościami składek na

22

ubezpieczenia socjalne i zdrowotne z dnia 29 lipca 2010 r.]. Powyższe dowody jednoznacznie potwierdzają, że w Chińskiej Republice Ludowej wydaje się urzędowe dokumenty potwierdzające, że dany wykonawca nie zalega z uiszczeniem podatków jak również nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Nawet gdyby uznać, wbrew przedstawionym dowodom, że nie jest możliwe uzyskanie przez

COVEC i CNEEC dokumentów potwierdzających, że podmioty te nie zalegają z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, to powołani wykonawcy byli zobowiązani do złożenia stosownych oświadczeń przed notariuszem (ewentualnie przed innymi organami wyszczególnionymi w Rozporządzeniu). Dokumenty, które zostały przedstawione przez COVEC i CNEEC nie są oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. W zakresie prawa o notariacie obowiązujące w Chińskiej Republice Ludowej aktualna jest argumentacja zaprezentowana szeroko przy okazji omawiania poprzedniego uchybienia. Dokumenty przedłożone przez COVEC i CNEEC zawierają jedynie poświadczenie podpisów i pieczęci, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia przed notariuszem. Wobec powyższego, uznać należy, że COVEC i CNEEC nie dochowały również formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do złożenia w pierwszej kolejności urzędowych (sądowych) dokumentów potwierdzających spełnienie warunku nie zalegania z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne dla wykonawców COVEC i CNEEC. Zakładając czysto hipotetycznie, że uzyskanie takich dokumentów jest niemożliwe w Chińskiej Republice Ludowej (jak zostało wykazane powyżej - uzyskanie tych dokumentów jest możliwe), Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia oświadczeń złożonych przed odpowiednim organem. Jak bowiem zostało wykazane powyżej, dokumenty złożone przez COVEC i CNEEC nie odpowiadają formie wymaganej zarówno przez przepisy Rozporządzenia jak i samego Zamawiającego.

- 3) brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie (COVEC i CNEEC);

Warunek udziału w Postępowaniu polegający na przedłożeniu dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy) wynika z pkt. III.2.1) 1 c) Ogłoszenia o Zamówieniu (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest złożyć dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Jeśli w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, to możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne

23

oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone przed odpowiednim organem np. notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozporządzeniu) - tzw. oświadczenie zastępcze. COVEC i CNEEC dla potwierdzenia, że wobec nich nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie przedłożyli oświadczenia podpisane przez notariusza (COVEC str. 30-36 wniosku, CNEEC str. 37-43 wniosku). Powyższa forma uchybia obowiązkowi określonego w Rozporządzeniu oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Dokumenty, które zostały przedstawione przez COVEC i CNEEC nie są oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. W zakresie prawa o notariacie obowiązującego w Chińskiej Republice Ludowej aktualna jest argumentacja zaprezentowana szeroko przy okazji omawiania zarzutu nr 1 dotyczącego Konsorcjum COVEC. Dokumenty przedłożone przez COVEC i CNEEC zawierają jedynie poświadczenie podpisów i pieczęci, co nie spełnia wymogu złożenia oświadczenia przed notariuszem. Wobec powyższego, uznać należy, że COVEC i CNEEC nie dochowały również formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia oświadczeń złożonych przed odpowiednim organem. Jak bowiem zostało wykazane powyżej, dokumenty złożone przez COVEC i CNEEC nie odpowiadają formie wymaganej zarówno przez przepisy Rozporządzenia jak i samego Zamawiającego.

- 4) błędna treść "Wykazu wykonanych przez Wykonawcę zamówień";

Zgodnie z pkt III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu, Zamawiający dla potwierdzenia zdolności technicznej wymaganej do wykonania przedmiotu zamówienia, żądał od wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Wykazu oraz stosownych dokumentów potwierdzających wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych zamówień wyszczególnionych w Wykazie. Zamawiający bardzo precyzyjnie określił również elementy, które w Wykazie powinny zostać uwzględnione. Dla

każdego zamówienia powinny zostać podane następujące dane: (a) nazwa użytkownika, (b) nazwa zleceńodawcy przedmiotu zamówienia, (c) miejsce wykonania zamówienia, (c) zakres wykonywanych dostaw, robót budowlanych i usług w ramach każdego zamówienia, (d) moc elektryczna brutto bloku energetycznego [MWe], (e) rodzaj paliwa podstawowego, (f) data przejęcia do eksploatacji jednostki wytwórczej. Konsorcjum COVEC przedstawiło Wykaz, który nie odpowiada warunkom określonym przez Zamawiającego, w tym w szczególności nie zawiera wyszczególnionego miejsca wykonania zamówienia. Miejsca w których zostały wykonane poszczególne zamówienia nie zostały wskazane również w dokumentach potwierdzających wykonanie zamówień. W świetle powyższego, Zamawiający jak również podmioty biorące udział w Postępowaniu nie są w stanie zweryfikować, czy zamówienia te w ogóle zostały wykonane. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum COVEC do przedłożenia właściwie sformułowanego Wykazu, tak aby odpowiadał on

24

warunkom określonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu. Jak bowiem zostało przedstawione powyżej, Wykaz złożony przez Konsorcjum COVEC zawiera błędy uniemożliwiające pełną i dokładną weryfikację wyszczególnionych tam zamówień. Referencje przedłożone przez Konsorcjum COVEC w zakresie Elektrowni Shuangyashan 600MW są niewiarygodne, ponieważ spółka Jiling Electric Power Construction Company przedstawiając publicznie w Internecie omawiany projekt nie wskazuje żadnego z konsorcjantów wchodzących w skład Konsorcjum COVEC - jako podmiotu w jakikolwiek sposób zaangażowanego w wykonanie tego projektu.

- 5) brak zdolności technicznej Konsorcjum COVEC do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, co wyraża się w dołączeniu do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu dokumentów dotyczących wykonanych zamówień, które nie zostały prawidłowo przetłumaczone;

Zamawiający określił, że za spełnienie warunku zdolności technicznej wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) uznawane będzie wykazanie się wykonaniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji: 1) 1 (jednego) bloku energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 2) 1 (jednego) kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 3) 1 (jednego) kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto. Niezbędnymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie omawianego warunku miały być: Wykaz, jak również dokumenty potwierdzające, że zamówienia z Wykazu zostały wykonane przez wykonawcę (wykonawców konsorcjum) zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru (pkt. III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu). Dokumenty te, muszą być sporządzone w języku polskim, bądź przetłumaczone na język polski. Tłumaczenie musi być podpisane przez osobę/osoby podpisującą/podpisujące wniosek, bądź przez stosownie umocowanych pełnomocników (pkt. VI.3) 6 Ogłoszenia o Zamówieniu. Przedłożone przez Konsorcjum COVEC: wykaz wykonanych zamówień oraz dokumenty mające potwierdzać wykonanie podanych zamówień zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie nie spełniają wymogu dokonania ich tłumaczenia na język polski. Dokonanie tłumaczenia na język polski nie obejmują tłumaczenia pieczęci. Pieczęć jest istotną treścią dokumentu, na którym widnieje. Tym samym, przedłożenie tłumaczenia nie obejmującego tłumaczenia pieczęci oznacza niespełnienie wymogu przetłumaczenia dokumentu sporządzonego w

25

języku obcym. Śadna z regulacji prawa zamówień publicznych nie ogranicza wymogu tłumaczenia dokumentu sporządzonego w języku obcym jedynie do wybranej dowolnie przez wykonawcę części takiego dokumentu. W konsekwencji nie przedłożenie przez Konsorcjum COVEC tłumaczeń na język polski w całości dokumentów przedkładanych w języku obcym skutkuje naruszeniem § 6 ust. 4 Rozporządzenia. Skoro dokumenty te nie zostały

prawidłowo przetłumaczone, to nie odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu. W związku z powyższym, Zamawiający nie może brać ich pod uwagę (Zamawiający nie może domyślać się ich treści). Skoro Konsorcjum COVEC nie przedłożyło prawidłowych dokumentów potwierdzających jego doświadczenie techniczne, to uznać należy, że nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w powołanym zakresie, zatem Zamawiający powinien wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 PZP Konsorcjum COVEC do przedłożenia prawidłowo przetłumaczonych dokumentów potwierdzających wykonane przez Konsorcjum COVEC projekty. Dokumenty złożone przez Konsorcjum COVEC nie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w zakresie języka w jakim powinny być sporządzone.

III. W odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Tecnimont podniesiono następujące zarzuty:

- 1) brak wykazania przez Konsorcjum Tecnimont zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia;

Zgodnie z wymogiem przedstawionym przez Zamawiającego Wykonawcy ubiegający się o udzielenie Zamówienia, musieli spełniać warunki dotyczące posiadania wiedzy, doświadczenia a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami do wykonania zamówienia; tj.: „A). wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji 1 (jednego) bloku energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem o mocy minimum 450 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy to w tym okresie; lub B) wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do

26

udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy to w tym okresie, lub C) wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy to w tym okresie. W przypadku Wykonawców wspólnie składających Wniosek: - Zdolność techniczna-doświadczenie Wykonawcy oceniane jest łącznie". Konsorcjum Tecnimont przedstawiło jako referencje potwierdzające zdolność techniczną, referencje dla Spółki „Burmeister & Wain Energy A/S (BWE A/S) (zwane dalej „BWE”) oraz referencje dla Siemens A.G. Referencje te nie spełniają jednak warunków podanych w sekcji III pkt 2.3) a nawet (w przypadku Siemens A.G.) nie mogą one zostać uwzględnione. Zgodnie z wymogiem z pkt III.2.3) Zamawiający dla potwierdzenia zdolności technicznej, wymaganej do wykonania przedmiotu zamówienia, żądał od wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu "Wykazu wykonanych przez Wykonawcę zamówień" oraz stosownych dokumentów potwierdzających wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych zamówień wyszczególnionych w powołanym wykazie. Wykaz ten BWE zamieściło pod nazwą „Referencje & Szczegóły techniczne dostawy kotłów węglowych o parametrach nadkrytycznych". Jako potwierdzenie, że zamówienia zamieszczone w wykazie zostały wykonane przez BWE, zostały załączone referencje w których Dong Energy Power A/S stwierdza, że „uniwersalny opalany, wszelkiego rodzaju paliwem generator pary (kocioł) typu wieżowego Benson o parametrach ultra super krytycznych dla bloku Avedorearket #2 o mocy elektrycznej 460 MWe został zaprojektowany, dostarczony,

zmontowany oraz oddany do eksploatacji przez BWE w okresie od 1995 do 2001 r. (zwane dalej „Referencją”). Odwołujący wskazał na sprzeczności pomiędzy informacjami zamieszczonymi w Wykazie oraz zamieszczonymi w Referencji. Mianowicie zgodnie z Wykazem (którego Referencja powinna być jedynie potwierdzeniem) wskazana jest moc jednostki wykonanej przez BWE równa wartości 415 MWe a paliwem, którym kocioł ten może być opalany jest drewno/Gaz naturalny/HFO. Ten fakt dodatkowo potwierdza informacja na stronie internetowej Dong Energy Power A/S. Taka rozbieżność jest niedopuszczalna. Co więcej informacje podane w wykazie nie spełniają wymogów Zamawiającego, zgodnie z którymi moc minimalna ma wynosić 450 MWe a opalanie ma być węglem. Wykonawca zwrócił uwagę Konsorcjum Tecnimont na niejasność Wykazu i wezwał o jego uzupełnienie. Na wezwanie Zamawiającego została udzielona odpowiedź, że

27

dokument, który Wykonawca uznawał za wykaz, jest tylko potwierdzeniem wieloletniego doświadczenia firmy. W związku z powyższym należy uznać, że BWE nie potwierdziło, zgodnie z wymogiem z pkt III.2.3), swojej zdolności technicznej gdyż żadne z Wykonanych zamówień przez BWE nie spełnia wymogów technicznych Zamawiającego, nawet po wezwaniu Zamawiającego. Następnie Siemens AG w zawiadomieniu przedłożonym przez Wykonawcę - Tecnimont S.p. A., Siemens potwierdziła, iż:

a) Jest zainteresowana złożeniem propozycji firmie Tecnimont S.p.A. w zakresie jednego kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym odpowiednim do celów Projektu"; b) z zastrzeżeniem punktu (a) w przypadku realizacji przedmiotu Postępowania przez Tecnimont S.p.A. dostarczy turbozespół pod warunkiem zawarcia umowy dostawy na wynegocjowanych i uzgodnionych warunkach i zasadach; c) z zastrzeżeniem punktu (b) udostępni do dyspozycji firmy Tecnimont S.p.A. niezbędne zasoby na okres ich wykorzystania w ramach realizacji kontraktu. Z kolei w punkcie (e) Siemens AG zastrzegła, iż powyższe potwierdzenie obowiązuje do dnia, w którym warunki i zasady określone w punkcie (b) zostaną uzgodnione, lecz w żadnym przypadku nie dłużej niż do 31 lipca 2012 roku, kiedy to wszelkie prawa lub obowiązki będą podlegać wyłącznie warunkom i zasadom określonym w punkcie (b), a w przeciwnym wypadku nie będą obowiązywać. Decyzja o nie składaniu oferty na warunkach określonych w punkcie (a) lub o niezawarcia umowy na warunkach i zasadach wspomnianych w punkcie (b), nie uprawniają żadnej strony do wysuwania jakichkolwiek roszczeń wobec jakichkolwiek innej strony na podstawie jakichkolwiek doktryn prawa. Stosują się przepisy szwajcarskiego prawa. Odwołujący stwierdził, że w związku z taką treścią dokumentu, nie można uznać, że Siemens A.G., może Konsorcjum Tecnimont wspomóc swoją wiedzą, doświadczeniem, potencjałem technicznym oraz w inny sposób, określony w art. 26 ust 2b PZP, gdyż zgodnie ze zdaniem pierwszym przywołanego artykułu pierwszego, „niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków", pomiędzy Wykonawcą a podmiotem udostępniającym swój potencjał musi istnieć jakikolwiek stosunek prawny. Takim zobowiązaniem nie jest wykazanie zainteresowania do złożenia propozycji przez Siemens A.G., gdyż oświadczenie woli musi być jednoznaczne, i nie może być pozostawione domysłom lub domniemaniom Zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Siemens A.G. nie udzielił potencjału Tecnimont S.p.A. ani nie zobowiązał się do jego udzielenia. Jedynie poinformował (a nie zobowiązał się), że w przypadku wyboru w postępowaniu Konsorcjum Tecnimont będzie możliwe dostarczenie turbozespołu a dodatkowo uzależnił to od dodatkowych negocjacji i ustaleń. W związku z powyższym

28

oświadczenie Siemens A.G. uznać należy jako intencję podjęcia negocjacji w sprawie współpracy a nie bezpośrednie zobowiązanie się do współpracy.

2) brak wykazania przez Konsorcjum Tecnimont braku zalegania z uiszczeniem podatków w myśl art. 24 ust 1 pkt 3 PZP (Tecnimont S.p.A.).

Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 3 PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, „którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia

zdrowotne lub społeczne". W treści Ogłoszenia o Zamówieniu, Zamawiający wyraźnie określił, że warunkiem dopuszczenia do udziału w dalszej części postępowania jest przedstawienie aktualnego zaświadczenia potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wydanego przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego (pkt III.2.1 Ogłoszenia o Zamówieniu), a dla wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast zaświadczenia powyżej określonego, należy złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego (pkt III.2.1 Ogłoszenia o Zamówieniu). Dokument „Zaświadczenie o regularnym uiszczaniu podatku” (oryg.: „Certificazione regolarita'fiscale” zwane dalej „Zaświadczeniem”), nie wykazuje spełnienia przez Konsorcjum warunku nie zalegania z uiszczeniem podatków. Zaświadczenie przedstawione przez Tecnimont S.p.A., nie może zostać uznane, jako potwierdzające brak zaległości podatkowych.

W dokumencie tym zostały przedstawione informacje, z których jednoznacznie wynika, że Wykonawca posiada wobec urzędu skarbowego zaległości, które powinny skutkować jego wykluczeniem na mocy art. 24 ust 1 pkt 3 PZP. Lider konsorcjum został wielokrotnie wpisany na listę dłużników w wyniku zaległości podatkowych i co prawda, w kilku przypadkach obowiązek spłaty zaległości został zawieszony przez urząd skarbowy, jednakże w przypadkach określonych w pkt. 6,8,9 nie (Zaległości wynikające z przywołanych punktów wynoszą kolejno : 37 480,05 Euro, 2144,05 Euro i 2 564,85 Euro) Jeżeli zatem podatnik został wpisany na listę dłużników a kwota długu jest określona w zaświadczeniu z właściwego Urzędu Skarbowego, to zalega on z uiszczeniem podatków. Wskazał także, że już od 2009 roku Tecnimont S.p.A. (wcześniej Maire Engineering S.p.A.) nie potwierdza odbioru zawiadomienia urzędowego o wpisie na listę dłużników co jest praktyką wyjątkowo nieuczciwą. Kolejną sporą wątpliwość co do braku zaległości w uiszczeniu podatków można mieć, zdaniem wykonawcy, po zapoznaniu się z pkt 10 oraz 11 Zaświadczenia. W punktach tych został zawarty „protokół z PVC”, czyli protokół z „processo verbale di costatazione” co jest rozumiane jako oficjalny raport z przeprowadzonego audytu podatkowego. Przedstawione w nim kwoty należności podatkowych nie zostały wyjaśnione i jest wysoce prawdopodobne, że są to zaległości podatkowe wykonawcy, nie uregulowane do chwili obecnej. Zatem z dokumentacji załączonej do wniosku wynika, że istnieją zaległości

29

podatkowe, od których Tecnimont S.p.A. nie zostało zwolnione lub nie zostały one odroczone, rozłożone na raty albo zostały wstrzymane w całości. Taka okoliczność zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 Ustawy skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie Zamówienia Publicznego.

- 3) brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (Tecnimont S.p.A.);

Zamawiający w Ogłoszeniu o Zamówieniu zobowiązał Wykonawców do przedstawienia aktualnego odpisu z rejestru, celem wykazania braku zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP, która skutkowałaby wykluczeniem Wykonawcy z postępowania (pkt III.2. 1) 3. Ogłoszenia o Zamówieniu). Tecnimont S.p.A. złożył jedynie zaświadczenie o wpisie do sekcji zwykłej w rejestrze prowadzonym przez Urząd Rejestrowy Przedsiębiorstw, w którym nie ma informacji na podstawie, której można potwierdzić fakt, że w stosunku do Tecnimont S.p.A. nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Tecnimont S.p.A. jako spółka mająca siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Zgodnie z pkt 1. sekcja III.2.1) Ogłoszenia o Zamówieniu zamiast (opisanego w punkcie 3 w sekcji III 2.1) aktualnego odpisu z właściwego rejestru, powinna złożyć dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę potwierdzający, że nie otwarto jej likwidacji ani nie ogłoszono jej upadłości (III.2. 1) 1. a) Ogłoszenia o Zamówieniu) Zgodnie z informacją powziętą przez Odwołującego włoski system prawny przewiduje wydanie zaświadczenia przez Sąd pierwszej instancji (Tribunale Ordinario di Roma), w których stwierdzone jest czy wobec podmiotu wnioskującego zostało wszczęte postępowanie upadłościowe albo postępowanie odpowiednik polskiego postępowania układowego (postępowanie porozumiewawcze). Jako dowód powyższego Odwołujący załączył zaświadczenie uzyskane we wskazanym trybie innej włoskiej spółki oraz wskazuje adres internetowy sądu, gdzie zawarta jest informacja o niniejszych zawiadomieniach oraz ich treści. Poprzez załączenie opisanego wyżej zaświadczenia podmiot uczestniczący w postępowaniu może bezpośrednio wykazać brak podstaw do

wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP. Taki dokument nie został przez Tecnimont S.p. A. załączony wraz z wnioskiem Konsorcjum Tecnimont. W świetle powyższego Zamawiający jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wniosku poprzez przedstawienie dokumentu zaświadczającego o nie ogłoszeniu upadłości ani nie otwarciu likwidacji Tecnimont S.p.A., wydanego w tym samym trybie co dokument przedstawiony przez Odwołującego jako dowód.

- 4) niewykazanie przez Konsorcjum Tecnimont braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niespełniania warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 9 PZP;

30

Tecnimont S.p.A. załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zaświadczenie Urzędu Rejestru sankcji administracyjnych wynikłych z przestępstwa z dnia 20 lipca 2010 r., celem wykazania braku zaistnienia przesłanki z art. 24 ust.1 pkt 9 PZP. Nie zostało jednak załączone dodatkowe zaświadczenie wykonawcy potwierdzające, że nie został orzeczony wobec Tecnimont S. p. A. zakaz ubiegania się o zamówienie. Należy zauważyć, że w pkt. III.2.1) ust. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu (informacja dotycząca wykonawców zagranicznych) Zamawiający określił, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 PZP, wykonawca ten zastępuje je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraj, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. W rozpatrywanym przypadku z zaświadczenia nie wynika czy swoim zakresem obejmuje ono zakaz o którym mowa w art. 24 ust.1 pkt 9 PZP.

IV. w odniesieniu do wykonawcy - Budimex podniesiono następujące zarzuty:

W tym przypadku Odwołujący podał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wykonawca Budimex na potwierdzenie, że będzie dysponował w przedmiotowym Postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przedłożył: Oświadczenie dotyczące dostawy generatora pary dla potrzeb projektu elektrowni Jaworzno III, Polska" - z dnia 22 lipca 2010r. wydanym przez IHI Corporation, oraz Powiadomienie o zamówieniu nr 2010/S 99 - 150187 opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 22 maja 2010 roku przez Południowy Koncern Energetyczny S.A. (PKE S.A.) na budowę nowych mocy w technologiach węglowych w PKE S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 800 - 910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II (Projekt) - w zakresie kocioł parowy, turbozespół, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku - z dnia 26 lipca 2010 r. wydane przez SIEMENS Energy. W Oświadczeniu IHI przedłożonym przez Wykonawcę - Budimex, IHI Corporation oświadczyło, iż w przypadku udzielenia

31

Projektu firmie Budimex S.A. (występującej samodzielnie lub łącznie z innymi wykonawcami) IHI Corporation będzie wspierać Budimex S.A. swoimi zasobami wiedzy i doświadczenia w zakresie oraz przez okres koniecznym do realizacji Projektu. Oświadczenie IHI o treści przytoczonej powyżej nie potwierdza istnienia zobowiązania podmiotu trzeciego - IHI Corporation, do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów (wiedzy i doświadczenia) celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia niniejszego Postępowania. Oświadczenie IHI nie jest bowiem wiążącym strony zobowiązaniem do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie wyrażeniem zainteresowania

ewentualnym „wsparciem” Budimex S.A. w bliżej nieokreślonym zakresie. Zakres w jakim ma dochodzić do wsparcia Budimexu S.A. przez IHI Corporation nie został określony, a projekt którego wsparcie ma dotyczyć niewłaściwie zdefiniowany. Z Oświadczenia IHI można jedynie domniemywać, iż wsparcie IHI wyrażać ma się w ewentualnej dostawie generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III. Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi wart. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia oświadczenie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu będzie czy też nie będzie uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie oraz czy nastąpi udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Oświadczenie IHI zaproponowane przez Wykonawcę - Budimex nie posiada doniosłości prawnej w świetle wymogu przewidzianego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2 b Ustawy. Nie stanowi ono bowiem dokumentu, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów wykonawcy celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym Wykonawca - Budimex nie spełnił wymogu postawionego w pkt III.2.3 ppkt B Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący zaznaczył także, że w tym punkcie postawiono warunek, że: „Wykonawcy wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniu przynajmniej jednego zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji jednego kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami (...)”. Zatem Oświadczenie IHI dotyczące jak należy domniemywać jedynie intencji wsparcia Budimexu S.A. poprzez dostawę generatora pary nie obejmuje: zobowiązań do zaprojektowania, dostarczenia i uruchomienia zakończonego przejęciem do eksploatacji kompletnego kotła. W przedłożonym przez Wykonawcę - Budimex „Świadectwie realizacji” IHI Corporation (s. 25 Wniosku) brak jest jakiegokolwiek wzmianki, iż IHI Corporation zaprojektowała kotły parowe, które dostarczyła zgodnie z załączoną referencją. Brak jest również jednoznacznego wskazania użytkownika i zleceniodawcy zakresu wykonanych

32

dostaw, robót budowlanych i usług w ramach wykonanych zamówień oraz daty przejęcia do eksploatacji. Zatem „Świadectwo realizacji” IHI Corporation nie potwierdza spełnienia warunku: „(•••) zaprojektowania, dostarczenia i uruchomienia zakończonego przejęciem do eksploatacji jednego kompletnego kotła parowego (...)” w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków”, o którym mowa w pkt III.2.3 ppkt B Ogłoszenia o zamówieniu. W uzupełnieniu Odwołujący podniósł także, że Wykonawca - Budimex nie wykazał, iż Pan H., który umocował pana Nobro V. do podpisania w imieniu IHI Corporation Oświadczenia IHI, był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation. Przedłożone przez Wykonawcę - Budimex wyjaśnienia, iż zgodnie z generalną zasadą zawartą w japońskim prawie o spółkach każdy członek Zarządu jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki, pod warunkiem, że nie zasiada w zarządzie innej spółki nie mogą być potraktowane jako wystarczające. Dla wykazania należytego umocowania Pana H. do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation winna być załączona Umowa spółki IHI Corporation bądź Uchwała spółki IHI Corporation potwierdzające jednoosobowe umocowanie Pana H. do reprezentacji spółki. Przywołanie generalnego przepisu (zasady) z japońskiego prawa spółek nie może być traktowane jako wystarczające i wiążące, gdyż przepis ten może być w różny sposób ograniczony poprzez stosowne zapisy w Umowie spółki bądź Uchwale podjętej przez spółkę odnośnie zasad reprezentacji. Wykonawca - Budimex poza Umową spółki lub Uchwałą spółki odnośnie zasad reprezentacji, nie załączył poza Umową Spółki lub Uchwałą Spółki, o których mowa poniżej oświadczenia Pana H. bądź spółki IHI Corporation potwierdzających, iż Pan H. jest wyłącznie członkiem zarządu IHI Corporation, co uprawniałoby go do reprezentacji jednoosobowej spółki zgodnie z generalną zasadą art. 349 (4) japońskiego kodeksu spółek. Przedłożone tytułem uzupełnienia przez Wykonawcę - Budimex oświadczenie IHI Corporation: „potwierdzamy, że zgodnie z artykułem 349 (4) japońskiej ustawy o spółkach, ustawa o spółkach (część I, część II, część III i część IV), (ustawa nr 86 z 26 lipca 2005 roku) uchwalonej przez japoński rząd, p. Ichiro H. jest uprawniony do jednoosobowego reprezentowania Spółki” zostało podpisane przez Pana Kenji I. (kierownika ds. sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni) nie

posiadającego kwalifikacji do interpretacji prawa, nie będącego nawet członkiem Zarządu IHI Corporation oraz oświadczającego we własnej sprawie IHI Corporation. Dokument ten nie może mieć zatem doniosłości prawnej w niniejszym Postępowaniu, gdyż nic nie potwierdza i nic nie wykazuje w kwestii należytej reprezentacji spółki IHI Corporation. Oświadczenie IHI przedłożone przez Wykonawcę - Budimex podpisane przez Pana N. U. umocowanego niewłaściwie przez Pana Ichiro H. (brak wykazania reprezentacji jednoosobowej) należy traktować jako bezskuteczne, z uwagi na podpisanie go przez osobę do tego nieuprawnioną. Skutki braku umocowania dla Postępowania w sprawie zamówień wykraczają daleko poza fazę przetargu i wpływają wprost na skuteczność egzekucji udzielonego zamówienia.

33

Odwolujący stwierdził także, że w Powiadomieniu Siemens, przedłożonym przez Wykonawcę - Budimex, Siemens AG potwierdziła, iż: a) „wyraża zainteresowanie złożeniem propozycji firmie Budimex S.A. w zakresie jednego kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym odpowiednim do celów Projektu (Postępowania)”, b) z zastrzeżeniem punktu (a) w przypadku realizacji przedmiotu Postępowania przez Budimex S.A. dostarczy turbozespół pod warunkiem zawarcia umowy dostawy na wynegocjowanych i uzgodnionych warunkach i zasadach; c) z zastrzeżeniem punktu (b) udostępni do dyspozycji firmy Budimex S.A. niezbędne zasoby na okres ich wykorzystania w ramach realizacji kontraktu. W punkcie (e) Siemens AG zastrzegła, iż powyższe potwierdzenie obowiązuje do dnia, w którym warunki i zasady określone w punkcie (b) zostaną uzgodnione, lecz w żadnym przypadku nie dłużej niż do 31 lipca 2012 roku, kiedy to wszelkie prawa lub obowiązki będą podlegać wyłącznie warunkom i zasadom określonym w punkcie (b), a w przeciwnym wypadku nie będą obowiązywać. Decyzja o nie składaniu oferty na warunkach określonych w punkcie (a) lub o niezawarciu umowy na warunkach i zasadach wspomnianych w punkcie (b), nie uprawniają żadnej strony do wysuwania jakichkolwiek roszczeń wobec jakichkolwiek innej strony na podstawie jakichkolwiek doktryn prawa. Stosują się przepisy szwajcarskiego prawa. Zatem powiadomienie Siemens o treści przytoczonej powyżej nie potwierdza istnienia zobowiązania podmiotu trzeciego - Siemens AG, do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów (wiedzy i doświadczenia) celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia niniejszego Postępowania. Powiadomienie Siemens nie jest wiążącym Siemens AG zobowiązaniem do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie intencją do podjęcia negocjacji dotyczących dostawy turbozespołu w przypadku realizacji przedmiotu Postępowania przez Budimex S.A.. Siemens AG uzależnia dostarczenie turbozespołu i udostępnienia swoich zasobów (wiedzy i doświadczenie) od wynegocjowanych i uzgodnionych warunków przyszłej umowy dostawy. Z uwagi na zapisy poczynione w pkt a, b, c, e Powiadomienia Siemens, nie posiada ono doniosłości prawnej w świetle wymogu przewidzianego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b Ustawy. Nie stanowi ono bowiem dokumentu, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia. Enigmatyczne zapisy zawarte w pkt (e) Powiadomieniu Siemens czynią ten dokument nieczytelnym i mnożą możliwości jego dowolnej interpretacji. Tym samym nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż Wykonawca - Budimex spełnił wymóg postawiony w pkt III.2.3 ppkt C Ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem Odwołującego, także poważne zastrzeżenie Odwołującego budzi umocowanie zarówno osoby Pana Stefana W., jak i Pana Uwe H. do podpisania Powiadomienia Siemens. Stefan W., jak i Uwe H. nie byli i nie są członkami zarządu spółki Siemens AG, co jednoznacznie wynika z załączonej do

34

Wniosku dokumentacji. Wykonawca - Budimex wyjaśniając i uzupełniając dokumentację dotyczącą należytego umocowania Panów W. i H., na skutek wezwania Zamawiającego dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy, przedłożył pełnomocnictwo, z którego treści wynika, iż Panowie Stefan W. i Uwe H. byli upoważnieni do dwuosobowej reprezentacji SIEMENS AG w zakresie zapewnienia i składania wszelkich wymaganych deklaracji we wszystkich sprawach związanych z blokiem energetycznym 800-900 MW dla PKE, Elektrownia Jaworzno III przez godnie bowiem z Pełnomocnictwem od dnia 30 września 2010r. Tym samym Wykonawca - Budimex nie przedłożył stosownego pełnomocnictwa czy

też pełnomocnictw potwierdzających, iż Panowie Stefan W. i Uwe H. byli uprawnieni do składania jakiegokolwiek deklaracji (zobowiązań) w imieniu SIEMENS AG w Postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 3 Ustawy. W związku z powyższym Powiadomienie Siemens przedłożone przez Wykonawcę - Budimex, należy traktować jako bezskuteczne, z uwagi na podpisanie go przez osoby do tego nieuprawnione. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający wzywał Wykonawcę - Budimex na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień odnośnie reprezentacji w spółce Siemens AG, brak jest podstaw do ponownego wezwania Wykonawcy - Budimex w powyższym zakresie. Konkludując rozważania odnośnie Powiadomienia Siemens wykonawca stwierdził, że nie posiada ono doniosłości prawnej z następujących względów. Nie spełnia ono wymogu przewidzianego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b Ustawy, jak i należytej reprezentacji spółki Siemens AG przy zaciąganiu tego typu zobowiązań. Podsumowując zarzuty odnośnie przedłożonych przez Wykonawcę - Budimex dokumentów dotyczących udostępnienia swych zasobów przez IHI Corporation i Siemens AG, Odwołujący podkreślił, iż zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przykładowy sposób udowodnienia i wykazania, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został w szczególności na pisemnym zobowiązaniu tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma za zadanie potwierdzić istnienie relacji pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby a wykonawcą polegającym na udostępnionych zasobach w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przedłożone przez Wykonawcę - Budimex dokumenty nie mogą być zakwalifikowane jako zobowiązania w rozumieniu art. 26 ust. 2b Ustawy. Jakakolwiek wykładania powyższych „zobowiązań” nie daje gwarancji Zamawiającemu, że Wykonawca - Budimex będzie dysponował zasobami IHI Corporation bądź Siemens AG. W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (a z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku IHI Corporation oraz Siemens AG) niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w

35

wykonanie zamówienia, „dokument zobowiązujący” powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wykazania zobowiązania do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem. Zarówno w przypadku IHI Corporation, jak i Siemens AG, Wykonawca - Budimex nie wykazał uczestnictwa tych podmiotów w wykonaniu zamówienia, w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z tymi podmiotami.

V. W odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Energomontaż podniesiono następujące zarzuty:

- 1) Brak zdolności ekonomicznej i finansowej Konsorcjum Energomontaż do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, co wyraża się niespełnieniem warunku posiadania określonych średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych.

Także w tym przypadku wykonawca stwierdził, że jednym z warunków udziału w Postępowaniu, jest posiadanie zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Zamawiający określając szczegóły dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej, sformułował między innymi wymaganie posiadania przez wykonawców średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych na poziomie nie niższym niż 800 000 000,00 PLN (słownie: osiemset milionów złotych) lub równowartości tej kwoty w innej

walucie (pkt. III.2.2 b) Ogłoszenia o Zamówieniu). Dla wykazania powyższego, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia sprawozdań finansowych albo ich części (a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części), potwierdzające posiadanie średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej na poziomie nie niższym niż 800 000 000,00 PLN (słownie: osiemset milionów złotych) - za 3 (trzy) ostatnie lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to za ten okres. W przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, Zamawiający nakazał wykonawcom przedstawić inne dokumenty określające

36

obroty oraz zobowiązania i należności, potwierdzające spełnianie powyższych warunków za 3 (trzy) ostatnie lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, to za ten okres. W przypadku, gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, powinien przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe wykonawcy. W przypadku wykonawców wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wymóg posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej będzie spełniony, jeżeli spełniać go będzie jeden albo kilku albo łącznie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum Energomontaż dla wykazania spełniania opisanego wyżej warunku przedłożyło następujące dokumenty: (a) sprawozdanie finansowe Energomontaż S.A. za 2006 r. wraz z opinią biegłego; (b) sprawozdanie finansowe Energomontaż S.A. za 2007 r. wraz z opinią biegłego; (c) sprawozdanie finansowe Energomontaż S.A. za 2008 r. wraz z opinią biegłego; (d) skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi HARBIN POWER ENGINEERING COMPANY LIMITED (dalej "Harbin") za 2006 r. wraz z opinią biegłego; (e) skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi Harbin za 2007 r. wraz z opinią biegłego; (f) skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi Harbin za 2008 r. wraz z opinią biegłego. W związku z faktem, iż powołane dokumenty nie potwierdzały wymaganej od wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej, Zamawiający wezwał Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie tego warunku (sprawozdania finansowe za 2009 r. oraz jednostkowe sprawozdania finansowe Harbin). W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum Energomontaż przedstawiło następujące, dodatkowe dokumenty: (a) sprawozdanie finansowe Energomontaż S.A. za 2009 r. wraz z opinią biegłego; (b) wyjaśnienie wskazujące, że Harbin nie sporządza jednostkowego sprawozdania finansowego, z uwagi na okoliczność, iż jego jedynym udziałowcem/ akcjonariuszem jest państwo chińskie, (c) ponownie skonsolidowane sprawozdania finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi Harbin za lata 2007 r. - 2009 r. wraz z opiniami biegłego. Uwzględniając dokumenty dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, jak również dokumenty uzupełnione po stosownym wezwaniu Konsorcjum Energomontaż nie posiada zdolności finansowej i ekonomicznej wymaganej przez Zamawiającego. Dokumenty dotyczące podmiotu Harbin nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie spełniania powyższego warunku, gdyż nie odpowiadają one wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu. Jak zostało wykazane, w przypadku, gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, powinien on przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe. Bezsporne jest, że Harbin wchodzi w skład grupy kapitałowej, dlatego też zobowiązany był przedstawić jednostkowe sprawozdanie finansowe, czego nie uczynił. Powyższe wymaganie Zamawiającego jest

37

logiczne, gdyż w skład grupy kapitałowej często wchodzi wiele podmiotów, wykazujących bardzo zróżnicowane wyniki finansowe. Z przedłożonego sprawozdania finansowego dotyczącego całej grupy kapitałowej, nie wynika czy Harbin posiada zdolności finansową i ekonomiczną niezbędną do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. W związku z powyższym, Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP, zobowiązał Konsorcjum Energomontaż, do uzupełnienia powołanego braku. Konsorcjum Energomontaż nie przedłożyło jednostkowych sprawozdań finansowych Harbin, tłumacząc to faktem braku obowiązku sporządzania takich sprawozdań. Co ważne, w Postępowaniu nie zostały

przedłożone, żadne inne dokumenty, które potwierdzałyby zdolność ekonomiczną i finansową spółki Harbin. Należy w tym miejscu podkreślić, że w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego (jak w odniesieniu do spółki Harbin twierdzi Konsorcjum Energomontaż), Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności. Takie dokumenty również nie zostały przedłożone. Wobec powyższego, dokonując oceny zdolności ekonomicznej i finansowej Konsorcjum Energomontaż, należy brać pod uwagę wyłącznie dokumenty przedłożone przez spółkę Energomontaż S.A. Jak wynika z analizy sprawozdań finansowych Energomontaż S.A. średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych tego podmiotu wynosi ok. 240 mln PLN. Wymagany przez Zamawiającego poziom wynosi minimum 800 mln PLN. Porównując te dwie liczby uznać należy, że Konsorcjum Energomontaż nie posiada zdolności finansowej i ekonomicznej na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

- 2) brak zdolności technicznej Konsorcjum Energomontaż do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, co wyraża się w dołączeniu do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu dokumentów dotyczących wykonanych zamówień, których tłumaczenia nie zostały potwierdzone przez wykonawcę;

Zamawiający określił, że za spełnienie warunku zdolności technicznej wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) uznawane będzie wykazanie się wykonaniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończonych przyjęciem do eksploatacji: 1) 1 (jednego) bloku energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 2) 1 (jednego) kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 3) 1 (jednego) kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450

38

MWe brutto. Niezbędnymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie omawianego warunku miały być: Wykaz, jak również dokumenty potwierdzające, że zamówienia z Wykazu zostały wykonane przez wykonawcę (wykonawców konsorcjum) zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru (pkt. III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu). Zamawiający dokonując oceny dokumentów dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, zarzucił Konsorcjum Energomontaż, że załączniki mające potwierdzać zdolność techniczną nie posiadają tłumaczenia potwierdzonego przez wykonawcę (str. 134-149 wniosku Konsorcjum Energomontaż) Zgodnie bowiem z pkt. VI.1.3) 6 in fine Ogłoszenia o Zamówieniu "Tłumaczenie musi być podpisane przez osobę/osoby podpisującą/podpisujące Wniosek, tzn. upoważnione do reprezentacji danego Wykonawcy zgodnie z właściwym rejestrem, bądź przez stosownie umocowanych pełnomocników, dla których należy załączyć pełnomocnictwo." Na tłumaczeniach dokumentów zakwestionowanych przez Zamawiającego znajdowała się pieczętka "Za zgodność z oryginałem" oraz podpis Artura C. (wynika to z porównania wzoru podpisu Artura C. znajdującego się na str. 10 wniosku Konsorcjum Energomontaż z podpisami znajdującymi się na zakwestionowanych tłumaczeniach). Powyższe oznacza, że dokumenty zostały wyłącznie potwierdzone za zgodność z oryginałem, natomiast nie doszło do potwierdzenia ich tłumaczenia. Konsorcjum Energomontaż dokonując uzupełnienia wniosku, przedłożyło tożsame dokumenty, z tymi dołączonymi do wniosku. Na dokumentach po raz kolejny znajduje się wyłącznie pieczętka "Za zgodność z oryginałem". Jedynym elementem, który odróżnia uzupełnione dokumenty jest inny podpis pod pieczętką "Za zgodność z oryginałem". Przy czym wzór tego podpisu nie został nawet dołączony do wniosku złożonego przez Konsorcjum Energomontaż. Po pierwsze, nie doszło do potwierdzenia tłumaczeń dokumentów zakwestionowanych przez Zamawiającego (po raz kolejny doszło wyłącznie do potwierdzenia kopii dokumentów za zgodność z oryginałem). Po drugie, nawet gdyby doszło do potwierdzenia tłumaczeń załączonych dokumentów to dokonała tego osoba nieuprawniona. Zamawiający wymagał, aby do każdego wniosku zostały dołączone wzory podpisów osób dokonujących jakichkolwiek czynności związanych z przygotowaniem wniosku (np. osób podpisujących

wnioszek, potwierdzających zgodność dokumentu z oryginałem, potwierdzających tłumaczenie dokumentu) - pkt V1.3) 3 Ogłoszenia o Zamówienia. Z analizy wzorów podpisów dołączonych do wniosku Konsorcjum Energomontaż wynika, że uzupełnione dokumenty zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną (we wniosku brak wzoru podpisu odpowiadającego podpisowi umieszczonemu na uzupełnionych dokumentach). Ponieważ Konsorcjum Energomontaż było już wezwane do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie, kolejne wezwanie do uzupełnienia nie jest dopuszczalne w świetle brzmienia oraz przyjętej wykładni art. 26 ust. 3 PZP. Tym samym należy uznać, że Konsorcjum

39

Energomontaż nie złożyło wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

- 3) brak zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, co wyraża się do o w niedołączeniu wniosku dopuszczenie do udziału w Postępowaniu dokumentów dotyczących wykonanych zamówień;

Warunkiem udziału w Postępowaniu, jest posiadanie przez wykonawcę/konsorcjum określonej zdolności technicznej, której charakterystyka pozwala Zamawiającemu przyjąć założenie, że również przedmiot objęty niniejszym zamówieniem publicznym, zostanie przez zwycięskiego wykonawcę wykonany w sposób należyty. Zamawiający określił, że za spełnienie warunku zdolności technicznej wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) uznawane będzie wykazanie się wykonaniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji: 1) 1 (jednego) bloku energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 2) 1 (jednego) kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 3) 1 (jednego) kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto.

Niezbędnymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie omawianego warunku miały być: Wykaz, jak również dokumenty potwierdzające, że zamówienia z Wykazu zostały wykonane przez wykonawcę (wykonawców konsorcjum) zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru (pkt. III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu).

Jak wynika z powyższego, żadne ze wskazanych tam zadań nie zostało przez uczestników Konsorcjum zaprojektowane. Zamawiający określając warunki udziału w Postępowaniu wyraźnie wskazał, że będzie brał pod uwagę wyłącznie zadania, które zostały zaprojektowane, dostarczone i uruchomione przez wykonawcę. Większość z projektów wyszczególnionych w Wykazie została wyłącznie dostarczona przez wykonawcę. Tylko dwa zadania zostały również uruchomione. Śadnie z zadań nie zostało natomiast przez członków Konsorcjum Energomontaż zaprojektowane. Wobec tego uznać należy, że Konsorcjum Energomontaż nie posiada zdolności technicznej, która została przez Zamawiającego wskazana jako warunek dopuszczenia do udziału w Postępowaniu. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Energomontaż w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia złożonego

40

wniosku, poprzez złożenie Wykazu zawierającego zadania, które odpowiadają warunkom określonym przez Zamawiającego, jak również stosownych dokumentów potwierdzających, że zadania te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

- 4) brak zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, co wyraża się w dołączeniu do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu dokumentów dotyczących wykonanych zamówień, które nie zostały prawidłowo przetłumaczone oraz są błędne;

Warunkiem udziału w Postępowaniu, jest posiadanie przez wykonawcę/konsorcjum określonej zdolności technicznej, której charakterystyka pozwala Zamawiającemu przyjąć założenie, że również przedmiot objęty niniejszym zamówieniem publicznym, zostanie przez zwycięskiego wykonawcę wykonany w sposób należyty. Zamawiający określił, że za spełnienie warunku zdolności technicznej wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) uznawane będzie wykazanie się wykonaniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji: 1) 1 (jednego) bloku energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 2) 1 (jednego) kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto, lub 3) 1 (jednego) kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto. Niezbędnymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie omawianego warunku miały być: Wykaz, jak również dokumenty potwierdzające, że zamówienia z Wykazu zostały wykonane przez wykonawcę (wykonawców konsorcjum) zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru (pkt. III.2.3) Ogłoszenia o Zamówieniu). Dokumenty te, muszą być sporządzone w języku polskim, bądź przetłumaczone na język polski. Tłumaczenie musi być podpisane przez osobę/osoby podpisującą/ podpisujące wniosek, bądź przez stosownie umocowanych pełnomocników (pkt. V1.3) 6 Ogłoszenia o Zamówieniu. Przedłożone przez Konsorcjum Energomontaż: wykaz wykonanych zamówień oraz dokumenty mające potwierdzać wykonanie podanych zamówień zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie nie spełniają wymogu przedłożenia ich tłumaczenia na język polski. Przedłożone tłumaczenia na język polski nie obejmują tłumaczenia pieczęci. Pieczęć jest istotną treścią dokumentu, na którym widnieje. Tym samym, przedłożenie tłumaczenia nie obejmującego tłumaczenia pieczęci oznacza niespełnienie wymogu przetłumaczenia dokumentu sporządzonego w języku

41

obcym. Śadna z regulacji prawa zamówień publicznych nie ogranicza wymogu tłumaczenia dokumentu sporządzonego w języku obcym jedynie do wybranej dowolnie przez wykonawcę części takiego dokumentu. Oprócz powołanych wyżej braków w tłumaczeniach, należy również zauważyć, że już chociażby pobieżna analiza ich treści wskazuje, że znajdują się w nich istotne błędy. Przykładowo wskazać należy referencję przedłożoną w zakresie projektu Fuyang 2x600 MW wykonanego dla elektrowni Fuyang. Pod powołaną referencją znajduje się podpis i pieczęć przedstawicieli elektrowni Changzhou, którzy nie są uprawnieni do wydawania referencji w zakresie dotyczącym innej elektrowni (Fuyang). W konsekwencji nie przedłożenie przez Konsorcjum Energomontaż tłumaczeń na język polski w całości dokumentów przedkładanych w języku obcym skutkuje naruszeniem § 6 ust. 4

Rozporządzenia. Skoro dokumenty te nie zostały prawidłowo przetłumaczone oraz zostały błędnie sporządzone, to nie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o Zamówieniu. W związku z powyższym, Zamawiający nie może brać ich pod uwagę (Zamawiający nie może domyślać się ich treści). Skoro Konsorcjum Energomontaż nie przedłożyło prawidłowych dokumentów potwierdzających jego doświadczenie techniczne, to uznać należy, że nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w powołanym zakresie. Zamawiający powinien wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 PZP Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia prawidłowo przetłumaczonych dokumentów potwierdzających wykonane przez Konsorcjum Energomontaż projekty. Jak bowiem zostało wykazane powyżej, dokumenty złożone przez Konsorcjum Energomontaż nie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w zakresie języka w jakim powinny być sporządzone, jak również zostały wadliwie sporządzone.

- 5) brak dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (Harbin);

Konieczność złożenia dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wykonawcy (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten dotyczy każdego wykonawcy) wynika z pkt. III.2.1) 1. a) Ogłoszenia o Zamówieniu (część dotycząca wykonawców mających siedzibę poza

terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa wymagane dokumenty, które to dokumenty powinny być wystawione w kraju, w którym ma siedzibę. Uwzględniając różne porządki prawne, Ustawodawca przewidział, że może dojść do przypadku, że w danym państwie nie wydaje się dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. W takiej sytuacji, możliwe jest przedłożenie dokumentów zawierających stosowne oświadczenie wykonawcy, które powinno być złożone np. przed notariuszem (lub innym organem wymienionym w Rozporządzeniu) - tzw. oświadczenie zastępcze.

42

Przedłożenie dokumentów zawierających oświadczenie woli złożone przed właściwym organem, jest możliwe tylko i wyłącznie w przypadku, gdy w kraju, w którym ma siedzibę dany wykonawca, nie wystawia się dokumentu żadanego przez Zamawiającego. Harbin dla potwierdzenia, że wobec niego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, przedstawił zastępcze oświadczenie, które zostały podpisane przez notariusza. Powyższa forma uchybia obowiązkowi określonymu w Rozporządzeniu oraz Ogłoszeniu o Zamówieniu. Zdaniem wykonawcy, Harbin miał możliwość uzyskania urzędowego dokumentów potwierdzającego spełnienie warunku wymaganego przez Zamawiającego. Działające na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej wydziały rejestracji wniosków poszczególnych sądów ludowych wydają na wniosek zainteresowanych podmiotów zaświadczenie dotyczące złożonych wniosków o otwarcie likwidacji i ogłoszenie upadłości przez dany podmiot. Uznać zatem należy, że Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Energomontaż do złożenia w pierwszej kolejności urzędowego (sądowego) dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku nie pozostawania w stanie likwidacji ani upadłości wykonawcy Harbin. Zakładając czysto hipotetycznie, że uzyskanie takiego dokumentu jest niemożliwe w Chińskiej Republice Ludowej (jak zostało wykazane powyżej - uzyskanie takiego dokumentu jest możliwe), Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Energomontaż do przedłożenia oświadczenia złożonego przed odpowiednim organem. Jak bowiem zostało wykazane powyżej, dokument dotyczący wykonawcy Harbin nie odpowiada formie wymaganej zarówno przez przepisy Rozporządzenia jak i samego Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili: Konsorcjum SNC, Konsorcjum COVEC, Wykonawca Budimex S.A., a po stronie Odwołującego - Konsorcjum Warbud.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze ustalony stan faktyczny, wynikający z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, oraz przedstawione na rozprawie dowody, stwierdziła, że odwołania podlegają uwzględnieniu.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniach Izba miała na względzie art. 190 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a zatem zarówno dowody na poparcie swoich twierdzeń jak

43

i na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Izba miała także na względzie przepis art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba może orzekać tylko w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

W odniesieniu do sprawy o sygn. KIO/2785/10 Izba miała także na względzie przepis art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, albowiem w toku posiedzenia Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a wykonawca – Konsorcjum COVEC – przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw w związku z tym oświadczeniem. Z kolei w odniesieniu do sprawy o sygn. KIO/2785/10, Izba jednocześnie miała na względzie, iż art. 186 ust. 2 - 6 ustawy Pzp nie ma zastosowania w sytuacji częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Także wniesienie sprzeciwu, o którym stanowi ust.4 tego artykułu w związku z art. 185 ust.5 ustawy Pzp nie jest możliwe.

Rozpatrując zarzuty z odwołania wniesionego przez Konsorcjum WARBUD, Izba uznała, że zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący braku dokumentu potwierdzającego, że Konsorcjum COVEC nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat albo, że wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz zarzut braku dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W tym przypadku Izba uwzględniła stanowisko Ambasady RP w Chińskiej Republice Ludowej zawarte w piśmie z dnia 26 maja 2009 r., wyrażone przez I sekretarza Ambasady [załączone do odwołania], że w Chinach jest możliwe uzyskanie wskazanych zaświadczeń. Izba uwzględniła także przedłożone na rozprawie kserokopie poświadczonych notarialnie zaświadczeń wystawionych dla China Overseas Engineering Group w następującym zakresie: zaświadczenie podatkowe z dnia 22 lipca 2008 r., zaświadczenie o zapłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne z dnia 16 lipca 2008 r., i zaświadczenie o zapłaceniu składek na ubezpieczenie zdrowotne z dnia 18 lipca 2008 r. Zaświadczenia te zostały odpowiednio wystawione przez Państwowy Urząd Podatkowy Dystryktu Beijing Chaoyang, oraz Centrum Zarządzania Funduszami Ubezpieczeń w Pekinie, które zostały złożone w postępowaniu prowadzonym przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 spółka z o.o. na „Drugi etap robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej –

stadionu Piłkarskiego w Gdańsku Letnicy”. W ich treści wystawiający Urząd stwierdza, że płatności są regulowane w pełni i w terminie oraz wykonawca nie posiada [jak w przypadku zaświadczenia podatkowego] żadnych zaległości. Tym samym treść tych dokumentów – zdaniem Izby – potwierdza warunek, o którym stanowi art. 24 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem oświadczenia Przystępującego do postępowania wykonawcy – Konsorcjum COVEC, poparte przedłożoną na rozprawie opinią prawną wydaną przez kancelarię BEIJING H & T LAW Firm (...), że zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w Chińskiej Republice Ludowej w wydzielonym mieście Pekin nie ma obowiązku prawnego do wydawania takich dokumentów, z uwagi na nie obowiązywanie jakichkolwiek formalnych procedur dotyczących składania oraz wydawania takich dokumentów (...) nie może być uznane za dowód w niniejszej sprawie na okoliczność braku możliwości uzyskania i przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymienionych zaświadczeń. Jednocześnie Izba zauważa, że siedziba wykonawcy – China Overseas Engineering Group Co, Ltd nie uległa zmianie od 2008 r., a zatem wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego brak możliwości uzyskania takich zaświadczeń. Izba zauważa także, że Zamawiający w toku rozprawy wskazał również na zaświadczenia przedkładane w postępowaniach prowadzonych w 2010 r., czemu Konsorcjum COVEC nie przeczyło kategorycznie, podnosząc jedynie w wątpliwość kompetencje urzędnika chińskiego wystawiającego takie zaświadczenie.

Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie – zdaniem Izby - zarzut dotyczący braku dokumentu, potwierdzającego, że w stosunku do wykonawcy nie otwarto likwidacji lub upadłości, bądź nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Odwołujący nie udowodnił bowiem, że uprawnionym do wystawiania takich dokumentów jest Sąd Ludowy w Chińskiej Republice Ludowej. Przedłożony na rozprawie wyciąg (w tłumaczeniu na język polski) z Prawa upadłościowego przedsiębiorstw Chińskiej Republiki Ludowej nie rozstrzyga powyższych kwestii, tym bardziej, że regulacje tam zawarte odnoszą się wyłącznie do procedury upadłościowej. Nie regulują bowiem procedury związanej z orzekaniem o zakazie ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba zauważa także, że z przedłożonego wyciągu nie wynika, aby po zakończeniu procedury upadłościowej – na podstawie art. 121 tego Prawa - dokonywano wpisu przedsiębiorstwa do rejestru bankructw, do którego istnieje jawny dostęp. W konkluzji Izba stwierdza, że Odwołujący nie przedłożył dowodu potwierdzającego, że do wydania wskazanych zaświadczeń jest właściwy Sąd Ludowy w CHRL i tym samym zarzut braku możliwości posłużenia się zastępczo oświadczeniem, zgodnie z §4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), w zakresie wyżej podnoszonym, nie jest zasadny.

Odnosząc się do kwestii formy złożonego oświadczenia Izba stwierdziła, że także ten zarzut nie jest zasadny. W niniejszym stanie faktycznym zarówno firma COVEC, jak i firma CNEE mają siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej. Tym samym - zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 z późn. zm.) - „Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarcza jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana”. Oznacza to, iż dopuszczalnym jest sporządzenie czynności przed notariuszem, a więc w sposób zgodny z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jednakże w formie właściwej dla państwa, w którym czynność została dokonana, w tym przypadku w formie właściwej dla Chińskiej Republiki Ludowej. Należy wziąć bowiem pod uwagę nie tylko ustrój prawny danego państwa, ale i konstrukcję danej czynności dokonywanej przed notariuszem lub właściwym organem. Zagraniczne dokumenty notarialne wymagają bowiem indywidualnej oceny co do ich zgodności z prawem materialnym miejsca ich sporządzenia. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że w CHRL obowiązuje regulacja prawna, bądź chociażby praktyka co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo polskie. Izba zwraca także uwagę, że przepisy powołanego rozporządzenia wskazując na możliwość złożenia takiego oświadczenia, wymagają aby zostało ono sporządzone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy, jednakże nie wymagają, aby w tym przypadku były uwzględniane przepisy prawa polskiego.

Rozpatrując zarzut złożenia nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum COVEC, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, Izba w pierwszej kolejności uwzględniała brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi o złożeniu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Mając na względzie ten konkretny stan faktyczny, zdaniem Izby czynności złożenia oświadczenia w miejsce zaświadczenia nie można kwalifikować jako złożenie nieprawdziwej informacji. Tym samym – w ocenie Izby - wskazywany zarzut nie może być uwzględniony, albowiem Odwołujący nie udowodnił, że zamiarem Konsorcjum COVEC było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, celem uchylecia się przez wykonawcę od wykluczenia z postępowania i uzyskanie zamówienia.

II. Odwołanie o sygn. KIO/2814/10

1. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum SNC stwierdziła, że zarzuty dotyczące wniosku tego wykonawcy nie zasługują na uwzględnienie.

Tak jak ustaliła Izba, zgodnie z pkt III.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu, wymaganiem w tym postępowaniu było wykazanie przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznej zdolności finansowej i ekonomicznej do realizacji zamówienia m.in. w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 200 mln PLN [pkt III.2.2.a Ogłoszenia o zamówieniu] oraz posiadania określonych średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych na poziomie nie niższym niż 800.000.000,00 PLN [pkt III.2.2.b Ogłoszenia o zamówieniu]. Pierwszy z warunków miał być wykazany w informacji instytucji finansowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność finansową danego wykonawcy. Zdaniem Izby takim dokumentem potwierdzającym posiadanie przez Konsorcjum SNC własnych środków finansowych lub zdolności kredytowej na wymaganą kwotę jest informacja „MIZUHO Corporate Bank” Ltd. z dnia 25 maja 2010 r. W tej informacji Bank jednoznacznie stwierdził, że „Hitach Power Europe” GmbH dysponuje i dysponował zawsze wystarczającymi środkami finansowymi nie mniejszymi niż 200 milionów PLN do realizacji nawet bardzo dużych projektów. Zarzut

Odwolującego w tym zakresie oparty został na przykładowych zwrotach językowych zawartych w opisie tego warunku, pomijając, że w tych postanowieniach Zamawiający jednocześnie wyraźnie podał, że za prawidłowe zostaną uznane informacje także o podobnej treści.

Drugi zarzut oparty został na twierdzeniu, że dla potwierdzenia tego warunku wykonawca, mimo że wchodzi w skład grupy kapitałowej nie przedstawił jednostkowych sprawozdań finansowych dla wykazania przychodów z działalności operacyjnej. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że z uzasadnionej przyczyny zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, wykonawca mógł przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie warunku opisanego dla sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Za taką uzasadnioną przyczynę należało uznać, iż tak jak wynika m.in. z oświadczenia wykonawcy - prywatne korporacje – zgodnie z prawem kanadyjskim – nie są zobligowane do sporządzania sprawozdań jednostkowych. Tej okoliczności wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował.

W odniesieniu do zarzutu braku wykazania przez Konsorcjum SNC prawidłowego umocowania Panów Pasquale D. oraz Yves L. do działania w imieniu członka konsorcjum - „SNC-Lavalin” Inc, Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca powyższy zarzut

47

oparł na twierdzeniu, że zgodnie z treścią Ogłoszenia w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia oryginał wniosku o dopuszczenie do udziału musi być podpisany przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego albo przez pełnomocnika prawidłowo umocowanego do reprezentowania wszystkich wykonawców w postępowaniu (V1.3) pkt. 2. Ogłoszenia o Zamówieniu). Zdaniem Odwołującego do wniosku należało dołączyć urzędowe bądź prywatne dokumenty wykazujących możliwość wspólnego reprezentowania „SNC-Lavalin” Inc. przez panów Pasquale D. (pełniona funkcja - Dyrektor) oraz Yves L. (pełniona funkcja - Sekretarz). Izba zauważyła, że takie dokumenty nie były wskazane wprost w warunkach postępowania. Izba stwierdziła także, że Odwołujący wymieniając zaświadczenia – uzyskane w wyniku uzupełnienia dokumentacji – pomija przedłożoną także informację z Federalnej Informacji o spółkach z dnia 30.09.2010 r. ujawniającą, że wskazywane osoby są [w zarządzie 4.o osobowym] członkami zarządu tej spółki i z treści tej Informacji nie wynika, aby reprezentacja miała być w składzie większym niż dwuosobowym. W tym przypadku nie przedstawiają żadnego dowodu na potwierdzenie, że dwóch członków zarządu nie jest uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu spółki SNC LAVALIN Inc.

W odniesieniu do zarzutu braku wykazania przez Konsorcjum SNC - zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu wymagał wykazania się przez wykonawcę wykonaniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji (...). Celem potwierdzenia tego warunku Konsorcjum zamieściło w wykazie jeden projekt odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, tj. blok energetyczny o mocy 460 MWe dla Elektrowni Pątnów II, wykonany przez jednego z członków konsorcjum - „SNC-Lavalin Polska” sp. z o.o. Zdaniem Izby treść umowy z dnia 19.07.2005 r. przedłożonej na rozprawie oraz akapit 1i 2 z listu referencyjnego potwierdzają spełnienie warunku. W pkt 4.1 1.A. OWU, stwierdza się, że przedmiotem zawartej umowy jest także wykonanie usług w zakresie zaprojektowania obiektu. Potwierdza to drugi akapit listu referencyjnego, stanowiący o tym, że projekt ten obejmował także projektowanie. W akapicie trzecim wskazuje się, że wykonawca zapewnił usługi w pełnym zakresie. Tym samym twierdzenia Odwołującego, iż list referencyjny Zespołu Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin S.A. stanowi potwierdzenie, że Konsorcjum nie wykonało kluczowych etapów realizacji inwestycji, wymaganych przez Zamawiającego jest nieuzasadnione.

Kolejny zarzut podnoszony w odwołaniu dotyczy niewykazania przez Konsorcjum SNC braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z

48

powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że oświadczenia załączone do wniosku przez członka „**SNC-Lavelin**” Inc i „Hitachi Power Europe” GmbH nie zostały złożone przed notariuszem w rozumieniu ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r., nr 189, poz. 1158 ze zm.). Teza ta wynika z faktu, iż oświadczenie zostało przedłożone notariuszowi na piśmie na papierze firmowym „SNC-Lavelin” Inc. i pod treścią pisemnego oświadczenia notariusz kanadyjski Manone Wolf umieścił jedynie następującą klauzulę: „Uroczyście potwierdzono w mojej obecności w Montrealu”, a na oświadczeniu Power Europe” GmbH zawarto klauzulę „Niniejszym poświadczam autentyczność złożonych w mojej obecności podpisów”. Tym samym te oświadczenia, zdaniem Odwołującego, nie spełniają wymogu złożenia oświadczenia woli przed notariuszem i tym samym wskazani członkowie Konsorcjum nie dochowali formy wymaganej dla zastępczego oświadczenia woli. W odniesieniu do zbiorczego oświadczenia „SNC-Lavelin” Inc. stwierdził, że informacje dotycząca wykonawców zagranicznych na powyższą okoliczność braku karalności członków organu kierowniczego „SNC-Lavelin” Inc. za przestępstwa opisane w art. 24 ust. 1 PZP powinny zostać złożone oddzielne dokumenty zawierające oświadczenia złożone przed notariuszem lub innym organem publicznym, czego wykonawca ten nie uczynił. Z kolei do wykonawcy Hitachi Power Europe” GmbH podniesiono zarzut, że załączone zaświadczenie z 8 kwietnia 2010 r. Sądu Upadłościowego w Duisburgu dotyczące „Hitachi Power Europe” GmbH zawiera tylko stwierdzenie, iż: wobec tego podmiotu „nie toczy się ani nie toczyło się żadne postępowanie w sprawie niewypłacalności.”. Zaświadczenie to zatem, zdaniem wykonawcy ma ewidentnie dotyczyć jedynie kwestii ogłoszenia upadłości wobec przedmiotowego członka Konsorcjum SNC, i pomija natomiast kwestię ewentualnego otwarcia postępowania likwidacyjnego. W tym przypadku, Izba uznała, że brak jest podstaw formalno prawnych do kwestionowania przedłożonych oświadczeń i zaświadczeń zarówno, co do ich formy jak i ich treści. W pierwszej kolejności Izba ponownie zwraca uwagę, że zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 ze zm.) - „Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarcza jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana”. Zatem oznacza to, iż dopuszczalnym jest sporządzenie czynności przed notariuszem, w sposób zgodny z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jednakże w formie właściwej dla państwa, w którym czynność została dokonana, w tym przypadku w formie właściwej dla Kanady i Niemiec. Należy wziąć bowiem pod uwagę nie tylko ustrój prawny danego państwa, ale i konstrukcję danej czynności dokonywanej przed notariuszem lub właściwym organem. Zagraniczne dokumenty notarialne wymagają bowiem indywidualnej oceny co do ich zgodności z prawem materialnym miejsca ich sporządzenia. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że w Kanadzie i w Niemczech obowiązuje regulacja

49

prawna, bądź chociażby praktyka co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo polskie. Izba zwraca także uwagę, że przepisy powołanego rozporządzenia wskazując na możliwość złożenia takiego oświadczenia, wymagają aby zostało ono sporządzone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy, jednakże nie wymagają, aby w tym przypadku były uwzględniane przepisy prawa polskiego. Powyższe stanowisko dotyczy również dokumentów dotyczących niekaralności członków kierownictwa „SNC-LAVELIN” Inc jak również zaświadczenia wydanego przez niemiecką Kasę Chorych na rzecz Hitachi Power Europe GmbH. W przypadku drugiego z zaświadczeń - wykonawca pominął załączoną do wniosku Informację w sprawach podatkowych oraz oświadczenie własne wykonawcy. Izba stwierdza także, że Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił twierdzenia, że na gruncie prawa niemieckiego pojęcie „niewypłacalność” użyte w zaświadczeniu Sądu Upadłościowego w Duisburgu oznacza tylko i wyłącznie procedurę upadłościową.

2. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum COVEC stwierdziła, co następuje:

W zakresie zarzutów dotyczących braku dokumentu potwierdzającego, że Konsorcjum COVEC nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat albo, że wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub

wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz zarzut braku dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone powyżej dla sprawy o sygn. akt: KIO/2785/10, w którym uznała zarzut za zasadny. Podobnie podtrzymuje stanowisko [wyrażone powyżej w sprawie o sygn. akt: KIO/2785/10], co do zarzutów dotyczących braku dokumentu, potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz co do formy przedłożonych oświadczeń, uznając z kolei te zarzuty za niezasadne.

Dodatkowo za zasadny Izba uznała zarzut, że Konsorcjum COVEC przedstawiło Wykaz, który nie odpowiada warunkom określonym przez Zamawiającego, w tym w szczególności nie zawiera wyszczególnionego miejsca wykonania zamówienia. Zdaniem Izby, miejsc w których zostały wykonane poszczególne zamówienia nie można także ustalić na podstawie innych dokumentów załączonych do wniosku tj. na podstawie dokumentów potwierdzających wykonanie zamówień.

50

W zakresie zarzutu dotyczącego braku zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, wyrażającego się dołączeniem do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów dotyczących wykonanych zamówień, które nie zostały prawidłowo przetłumaczone oraz, że są błędne, z uwagi na że nie obejmują tłumaczenia pieczęci Izba stwierdziła, że taki brak może stanowić co najwyżej formalne uchybienie, a nie decydować o spełnianiu podmiotowego warunku przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

3. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Tecnimont stwierdziła, co następuje:

Pierwszy z zarzutów dotyczy braku wykazania przez Konsorcjum Tecnimont zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający dla potwierdzenia zdolności technicznej, wymaganej do wykonania przedmiotu zamówienia, żądał od wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu "Wykazu wykonanych przez Wykonawcę zamówień" oraz stosownych dokumentów potwierdzających wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych zamówień wyszczególnionych w powołanym wykazie. W toku rozprawy, Zamawiający wyjaśnił, że kwalifikacja wniosku tego wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu została dokonana nie w oparciu o projekt kwestionowany przez Odwołującego, wykonany przez Spółkę BWE [członka Konsorcjum], ale - uwzględniając art. 26 ust.2b ustawy Pzp - w oparciu o projekt wykonany przez Siemens A.G. W odniesieniu do tego podmiotu, Odwołujący podniósł, że treść oświadczenia o zainteresowaniu Siemens A.G., złożeniem propozycji i rozpoczęciu negocjacji z Konsorcjum Tecnimont w przypadku wybrania jego oferty, (...)nie pozwala uznać, że Siemens A.G., może wspomóc swoją wiedzą, doświadczeniem, potencjałem technicznym oraz w inny sposób, określony w art. 26 ust 2b PZP, gdyż, zgodnie ze zdaniem pierwszym przywołanego artykułu pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym swój potencjał musi istnieć jakikolwiek stosunek prawny.

Zdaniem Izby, należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego. Wskazany bowiem przepis art. 26 ust.2b ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust.1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu pod warunkiem udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami na czas i w celu realizacji danego zamówienia. Pisemne zobowiązanie, o którym stanowi przepis art. 26 ust.2b ustawy Pzp o dysponowaniu takimi zasobami innego podmiotu powinno być

51

jednoznaczne i bezwarunkowe. Zobowiązanie, a właściwe pismo z dnia 21 lipca 2010 r. przedłożone przez Siemens AG., na które powołuje się Zamawiający, nie wyraża w sposób wyraźny i jednoznaczny woli udzielenia Konsorcjum Tecnimont odpowiedniego zasobu w

okresie realizacji zamówienia, które stanowiłoby podstawę do przyjęcia, że Konsorcjum potwierdziło spełnienie warunku, o którym stanowi pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z tym warunkiem [pkt III.2.3 lit.A-C], wykonawcy przede wszystkim mieli potwierdzić wiedzę i doświadczenie a także dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznymi oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykazanie przynajmniej jednego zamówienia w „formule” pod klucz, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji jednego kompletnego kotła (...). Z kolei w tym oświadczeniu, potwierdzono wyłącznie zainteresowanie złożenia oferty spółce Tecnimont S.A, na dostawę jednego turbozespołu (lit. a), zadeklarowano jego dostawę pod warunkiem zawarcia umowy na dostawę zawierającą obustronnie uzgodnione warunki i w związku z tą dostawą (lit. c) miały być przekazane bliżej nieokreślone wszystkie wymagane zasoby, na czas wykonywania kontraktu [kontrakt nie został zdefiniowany]. Określono także, termin ważności zobowiązania do dnia 31 lipca 2012 r. W przypadku przedmiotu zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązanie powinno dotyczyć nie tylko dostawy turbozespołu, lecz również zaprojektowania, montażu, rozruchu i przekazania do eksploatacji bloku energetycznego (...) (pkt. II.1.5 Ogłoszenia). Ponadto zdaniem Izby, jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust.2b są takie zasoby jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter, a także okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji zamówienia. Zatem w przedkładanym zobowiązaniu podmiot trzeci powinien wyraźnie nawiązywać do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, iż podmiot trzeci użycza swojego doświadczenia tylko dla formalnego wykazania spełnienia warunku, co pozostałoby w sprzeczności z celem przepisu art. 26 ust.2b ustawy Pzp, stanowiącym o możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, jednakże w celu realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku potwierdzenia przez Konsorcjum, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatku Izba ustaliła, że kwestionowany przez Odwołującego dokument „Zaświadczenie o regularnym uiszczaniu podatku” (oryg.: „Certificazione regolarità fiscale” zwane dalej „Zaświadczeniem”), zawiera przede wszystkim w swej treści oświadczenie, że Tecnimont S.a.A. regularnie składa oświadczenie podatkowe oraz w stosunku do tego podmiotu nie odnotowano naruszeń, co do których nie ma

52

wątpliwości. Pozycja na którą powołuje się Odwołujący to naruszenia, które według procedury kraju wystawiającego zaświadczenie są także wykazywane w zaświadczeniu mimo, że nie zostały zweryfikowane definitywnie, i tym samym zdaniem Izby ta okoliczność nie może działać na niekorzyść wykonawcy. Z tego też względu zarzut ten Izba uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (...), Izba stwierdziła, że Konsorcjum Tecnimont S.p.A przedłożyło zaświadczenie o wpisie do sekcji zwykłej, wydane przez Izbę Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Mediolanie stwierdzające, że z dokumentów urzędu wystawiającego zaświadczenie nie wynika, aby przedsiębiorstwo znajdowało się w stanie upadłości, postępowania układowego lub zarządu komisarycznego. . Odwołujący zarówno w odwołaniu jak i w toku rozprawy nie wykazał, że jedynym właściwym dokumentem dla potwierdzenia tych okoliczności we Włoszech jest wyłącznie dokument wydany przez sąd pierwszej instancji. Z tego też względu także ten zarzut Izba uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu niewykazanie przez Konsorcjum Tecnimont braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niespełniania warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Tecnimont S.p.A załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zaświadczenie Urzędu Rejestru Sankcji Administracyjnych wynikłych z przestępstwa z dnia 20 lipca 2010 r., celem wykazania braku zaistnienia przesłanki z art. 24 ust.1 pkt 9 PZP. Z treści tego zaświadczenia wynika, że w rejestrze sankcji administracyjnych wynikłych z przestępstwa nie ma żadnego

wpisu. Izba w tym przypadku podzieliła pogląd Zamawiającego, że w Wyciągu z Rejestru Karnego prowadzonego przez Prokuraturę Republiki przy Sądzie w Mediolanie potwierdzono jednoznacznie brak wpisów, a zatem twierdzenia Odwołującego, co do braku załączenia dodatkowego zaświadczenia potwierdzającego, że w stosunku do wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne nie znajduje potwierdzenia, w tym stanie faktycznym.

4. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Budimex stwierdziła, co następuje:

Pierwszy z zarzutów dotyczy braku wykazania przez Konsorcjum Tecnimont zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia [pkt III.2.3 ppkt B Ogłoszenia o zamówieniu]. Zgodnie z pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający dla

53

potwierdzenia zdolności technicznej, wymaganej do wykonania przedmiotu zamówienia, żądał od wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu "Wykazu wykonanych przez Wykonawcę zamówień" oraz stosownych dokumentów potwierdzających wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych zamówień wyszczególnionych w powołanym wykazie, z uwzględnieniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wykonawca Budimex na potwierdzenie, że będzie dysponował w przedmiotowym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przedłożył: (1) oświadczenie dotyczące dostawy generatora pary dla potrzeb projektu elektrowni Jaworzno III, Polska" - z dnia 22 lipca 2010r. wydane przez IHI Corporation oraz (2) oświadczenie z dnia 29 lipca 2010 r. skierowane przez SIEMENS Energy (A.G) - do spółki Budimex.

W Oświadczeniu IHI wykonawca oświadczył, iż (...) w przypadku udzielenia Projektu firmie Budimex S.A. IHI Corporation będzie wspierać Budimex S.A. swoimi zasobami wiedzy i doświadczenia w zakresie oraz przez okres konieczny do realizacji Projektu. Jednocześnie w tytule Oświadczenia zaznaczono, że dotyczy ono dostawy generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III.

Z kolei w oświadczeniu Siemens AG, potwierdzono wyłącznie zainteresowanie złożenia oferty wykonawcy - Budimex, na dostawę jednego turbozespołu (lit. a), zadeklarowano jego dostawę pod warunkiem zawarcia umowy na dostawę zawierającą obustronnie uzgodnione warunki i w związku z tą dostawą (lit. c) miały być przekazane bliżej nieokreślone wszystkie wymagane zasoby, na czas wykonywania kontraktu [kontrakt nie został zdefiniowany]. Wskazano także, na termin ważności zobowiązania do dnia 31 lipca 2012 r.

Zdaniem Izby zarówno oświadczenie IHI jak i Siemens AG nie potwierdza istnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów (wiedzy i doświadczenia) celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia niniejszego Postępowania. Oświadczenie IHI nie jest wiążącym strony zobowiązaniem do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie wyrażeniem zainteresowania ewentualnym „wsparciem” Budimex S.A. w bliżej nieokreślonym zakresie.

54

Co do oświadczenia Siemens AG, na potwierdzenie dysponowania w przedmiotowym postępowaniu niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia, Izba podtrzymuje w całości argumentację zawartą w pkt 3 uzasadnienia, stwierdzając, że sporne oświadczenie nie jest wiążącym Siemens AG zobowiązaniem do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie intencją do podjęcia negocjacji dotyczących przede wszystkim

dostawy turbosespołu w przypadku realizacji przedmiotu Postępowania przez Budimex S.A. Siemens AG uzależnia dostarczenie turbosespołu i udostępnienia swoich zasobów (wiedzy i doświadczenie) od wynegocjowanych i uzgodnionych warunków przyszłej umowy dostawy.

Ponownie Izba podkreśla, że jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b są takie zasoby jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter, a także okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji zamówienia. Zatem w przedkładanym zobowiązaniu podmiot trzeci powinien wyraźnie nawiązywać do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, iż podmiot trzeci użycza swojego doświadczenia tylko dla formalnego wykazania spełnienia warunku, co pozostałoby w sprzeczności z celem przepisu art. 26 ust.2b ustawy Pzp, stanowiącym o możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, jednakże w celu realizacji zamówienia. Zatem przedłożone przez wykonawcę - Budimex dokumenty nie mogą być zakwalifikowane jako zobowiązania w rozumieniu art. 26 ust 2b Ustawy. Jakakolwiek wykładania powyższych „zobowiązań” nie daje gwarancji Zamawiającemu, że Wykonawca - Budimex będzie dysponował zasobami IHI Corporation bądź Siemens AG.

Zarzut w zakresie braku wykazania przez Wykonawcę - Budimex, iż Pan H., [który umocował pana Nobro V. do podpisania w imieniu IHI Corporation Oświadczenia IHI], był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation, zasługuje na uwzględnienie. Przedłożone bowiem przez Wykonawcę - Budimex wyjaśnienia, iż zgodnie z generalną zasadą zawartą w japońskim prawie o spółkach każdy członek Zarządu jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki, pod warunkiem, że nie zasiada w zarządzie innej spółki nie mogą być potraktowane jako wystarczające. Dla wykazania należytego umocowania Pana H. do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation winna być załączona Umowa spółki IHI Corporation bądź Uchwała spółki IHI Corporation potwierdzająca jednoosobowe umocowanie Pana H. do reprezentacji spółki. Przywołanie generalnego przepisu (zasady) z japońskiego prawa spółek nie może być traktowane jako wystarczające i wiążące, gdyż przepis ten może być w różny sposób ograniczony poprzez stosowne zapisy w Umowie spółki bądź Uchwale podjętej przez spółkę odnośnie zasad reprezentacji. Izba także zwraca uwagę, że przedłożone tytułem uzupełnienia przez

55

Wykonawcę - Budimex oświadczenie IHI Corporation: „potwierdzamy, że zgodnie z artykułem 349 (4) japońskiej ustawy o spółkach, ustawa o spółkach (część I, część II, część III i część IV), (ustawa nr 86 z 26 lipca 2005 roku) uchwalonej przez japoński rząd, p. Ichiro H. jest uprawniony do jednoosobowego reprezentowania Spółki” - zostało podpisane przez Pana Kenji I. (kierownika ds. sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni). W przypadku tej osoby nie wykazano, jej uprawnień do składania oświadczeń w imieniu IHI Corporation. Dokument ten nie może mieć zatem doniosłości prawnej w niniejszym postępowaniu, gdyż nic nie potwierdza i nic nie wykazuje w kwestii należytej reprezentacji spółki IHI Corporation.

W zakresie zarzutu dotyczącego umocowanie Pana Stefana W., jak i Pana Uwe H. do podpisania Oświadczenia Siemens AG, Izba stwierdziła, że w pełnomocnictwie z dnia 30 września 2010 r. nie zostało potwierdzone upoważnienie dla wymienionych osób do działania w imieniu Spółki także przed dniem 30 września 2010 r. Tym samym Wykonawca - Budimex nie przedłożył stosownego pełnomocnictwa czy też pełnomocnictw potwierdzających, iż Panowie Stefan W. i Uwe H. byli uprawnieni do składania jakiegokolwiek deklaracji (zobowiązań) w imieniu SIEMENS AG w tym postępowaniu przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

5. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzuty w odniesieniu do wykonawcy - Konsorcjum Energomontaż stwierdziła, że zarzuty dotyczące wniosku tego wykonawcy nie zasługują na uwzględnienie.

Pierwszy z zarzutów dotyczy braku wykazania przez Konsorcjum zdolności ekonomicznej i finansowej wymaganej do wykonania przedmiotu zamówienia, wobec nie przedłożenia jednostkowego sprawozdania finansowego. W tym przypadku wykonawca

powołał się na wymagania zawarte w pkt III.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym (..) W przypadku, gdy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, powinien przedstawić jednostkowe sprawozdania finansowe wykonawcy. W wyjaśnieniach Konsorcjum podało, że członek Konsorcjum - Harbin nie sporządza jednostkowego sprawozdania finansowego, z uwagi na okoliczność, iż jego jedynym udziałowcem/ akcjonariuszem jest państwo chińskie, stąd przedłożone zostało ponownie skonsolidowane sprawozdania finansowe grupy kapitałowej w skład, której wchodzi Harbin za lata 2007 r. - 2009 r. wraz z opiniami biegłego. Wobec tych ustaleń faktycznych Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że z uzasadnionej przyczyny zgodnie z art. 26 ust.2c ustawy Pzp, wykonawca mógł przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie warunku opisanego dla sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Za taką uzasadnioną przyczynę należało

56

uznać, iż tak jak wynika m.in. z oświadczenia wykonawcy korporacje – zgodnie z prawem chińskim – nie są zobligowane do sporządzania sprawozdań jednostkowych. Tej okoliczności wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował.

Kolejny zarzut dotyczy braku wykazania przez Konsorcjum zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia oparty na braku tłumaczenia dokumentów dotyczących wykonanych zamówień także nie jest zasadny. Tłumaczenie tych dokumentów, zdaniem Odwołującego nie zostało potwierdzone przez wykonawcę, albowiem na tych dokumentach znajduje się wyłącznie pieczęć "Za zgodność z oryginałem". Zdaniem Izby dokumenty dołączone do wniosku zostały potwierdzone także w zakresie ich tłumaczenia. Zgodnie bowiem z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów przedkładane tłumaczenia mogą być sporządzane przez samego wykonawcę i tym samym adnotację za zgodność z oryginałem należy tłumaczyć także w odniesieniu do sporządzonego tłumaczenia dokumentu.

W zakresie zarzutu brak zdolności technicznej do wykonania przedmiotu
do udziału w zamówieniu z uwagi na
niedołączenie do wniosku o dopuszczenie
Izba ustaliła, postępowaniu dokumentów
dotyczących zamówień, wykonanych że
Zamawiający dla potwierdzenia warunku z pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu wymagał przedłożenia wykazu o określonej treści, oraz dokumentów potwierdzających, że te zamówienia zostały wykonane przez wykonawcę zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Taki wykaz oraz listy referencyjne zostały dołączone do wniosku. Zgodnie z powołanym warunkiem, Zamawiający podał, że ocenione zostaną tylko te zamówienia znajdujące się w Wykazie, dla których będą załączone wskazane dokumenty. Konsorcjum przedstawiło wykaz 8 projektów w zakresie wymaganym przez Zamawiającego do których zostały załączone listy referencyjne. Tym samym wykonawca przedstawił niezbędne dokumenty i dane w nich zawarte m.in. co do mocy elektrycznej, i zgodnie z opinią Zamawiającego były wystarczające do oceny wniosku Konsorcjum.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, co wyraża się w dołączeniu do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu dokumentów dotyczących wykonanych zamówień, które nie zostały prawidłowo przetłumaczone oraz, że są błędne, z uwagi na że nie obejmują tłumaczenia pieczęci Izba ponownie stwierdza, że taki brak może stanowić co najwyżej formalne uchybienie, a nie decydować o spełnianiu podmiotowego warunku przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

57

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wobec członka Konsorcjum Harbin, Izba stwierdziła, że Odwołujący – tak jak w sprawie KIO/2785/10 - nie udowodnił, że uprawnionym do wystawiania takich dokumentów jest Sąd Ludowy w Chińskiej Republice Ludowej. Odnosząc się natomiast do formy złożonego oświadczenia Izba stwierdziła, że

także ten zarzut nie może być uwzględniony. W niniejszym stanie faktycznym członek Konsorcjum ma siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej, tym samym - zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 ze zm.) - „Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarczy jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana”. Oznacza to więc, iż dopuszczalnym jest sporządzenie czynności przed notariuszem, a więc w sposób zgodny z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jednakże w formie właściwej dla państwa, w którym czynność została dokonana, w tym przypadku w formie właściwej dla Chińskiej Republiki Ludowej. Należy wziąć bowiem pod uwagę nie tylko ustrój prawny danego państwa, ale i konstrukcję danej czynności dokonywanej przed notariuszem lub właściwym organem. Zagraniczne dokumenty notarialne wymagają bowiem indywidualnej oceny co do ich zgodności z prawem materialnym miejsca ich sporządzenia. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że w CHRL obowiązuje regulacja prawna, bądź chociażby praktyka co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo polskie. Izba zwraca także uwagę, że przepisy powołanego rozporządzenia wskazując na możliwość złożenia takiego oświadczenia, wymagają aby zostało ono sporządzone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy, jednakże nie wymagają, aby w tym przypadku były uwzględniane przepisy prawa polskiego.

Mając powyższe ustalenia na względzie orzeczono jak w sentencji. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż dokonując ponownej oceny ofert Zamawiający powinien mieć na uwadze wykonane już dotychczas w stosunku do danego wykonawcy czynności na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tak jak wynika z orzecznictwa KIO i orzecznictwa sądowego powołany przepis umożliwia zamawiającemu jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Oczywiście odrębną od procedury uzupełnienia dokumentów jest procedura związana z uzyskiwaniem wyjaśnień, co do treści złożonych – nawet w wyniku uzupełnienia - oświadczeń i dokumentów. Izba zwraca także uwagę, iż zgodnie z zasadą wyrażoną z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia wykonawcy mogą być dwie sytuacje

58

faktyczne. Mianowicie, wykonawca wprowadził przedłożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bądź też - wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty - nie przedłożył wymaganych w danym postępowaniu oświadczeń lub dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. W tym przypadku, w zakresie sprawy o sygn. akt: KIO/2785/10, Izba miała na uwadze także art. 186 ust.6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp, albowiem Zamawiający na posiedzeniu złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu, a wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Konsorcjum COVEC wniósł sprzeciw. Zgodnie zatem ze wskazanym przepisem koszty postępowania odwoławczego ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę. Orzekając, z kolei o uzasadnionych kosztach stron postępowania Izba miała na względzie § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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), w myśl którego - wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3.600 zł

.....
.....
.....

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....