

WYROK
z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Dagmara gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2012 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CONTROL PROCESS S.A., INITEC ENERGIA S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Wytwarzanie S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23,**

przy udziale wykonawcy/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- A. **RAFAKO S.A., 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
- B. **MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH, Babcock Borsig Steinmuller GmbH, 12681 Berlin, Landsberger Allee 366** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
- C. **ENERGOINSTAL S.A., Elektrobudowa S.A., Mostostal Zabrze-Holding S.A., 40-203 Katowice, Al. Roździeńskiego 188D** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
- D. **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., DRAGADOS S.A., DURO FELGUERA S.A., 02-972 Warszawa, ul. Adama Branickiego 15** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
- E. **SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC-Lavalin Inc., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39a**

1

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

- F. **PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., STC S.p.a., 62-081 Przeźmierowo, Wsogotowo, ul. Skórzewska 35** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
- G. **Mostostal Warszawa S.A., Daewoo International Corporation, Hyundai Engineering Co, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
- H. **Abener Energia S.A., Abener Ghenova Ingenieria S.L., 41014 Sewilla, Hiszpania, c-Energia Solar 1 Palmas Atlas, edif. C-1 Planta** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dokonanie ponownej oceny złożonych przez wykonawców wniosków z uwzględnieniem zasady iż wykonawcy mogą skorzystać z zasobów podmiotów trzecich tylko w zakresie służącym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża **TAURON Wytwarzanie S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CONTROL PROCESS S.A., INITEC ENERGIA S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **TAURON Wytwarzanie S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CONTROL PROCESS S.A., INITEC ENERGIA S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** kwotę **23 600 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu oraz zwrotu kosztu zastępstwa prawnego przed KIO.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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:

.....

.....

3

Sygn. akt 1201/12

UZASADNIENIE

TAURON Wytwarzanie S.A. ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice zwany dalej prowadzi o zamówienia „Zamawiającym” postępowanie udzielenie publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą „Budowa bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej brutto około 135 MW w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrociepłownia Katowice w Katowicach.” (znak postępowania: 038/ZC/--01/DB/2011)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 stycznia 2012 pod nr 2012/S 3-004976.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach upłynął w dniu 20.02.2012 r. We wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu terminie, wnioski złożyło 13 wykonawców

W dniu 25 maja 2012 r. Zamawiający przesłał pisemną informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z zaproszeniem do składania ofert. Zamawiający zaprosił do składania ofert 11 wykonawców.

Od takiego stanowiska Zamawiającego wykonawcy występujący wspólnie ubiegający się o zamówienie Control Process S.A.ul. Obrońców Modlina 16 30-733 Kraków oraz INITEC Energia, S.A. Via de los Poblados, 9-1 28033 Madryt, zwani dalej „Odwołującym” złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej .

W złożonym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego, polegających na:

1. dokonaniu wadliwej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w wyniku przyznania wykonawcom dodatkowych punktów za wykazanie się wykonaniem robót budowlanych podmiotów udostępniających zasoby.
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców którzy nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechaniu wezwania wykonawców do uzupełnienia oraz wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu;

4

Podnosząc powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 51 ust. 2 w zw z art. 26 ust. 2b, 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z §4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa RM w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp jak również postanowień Sekcji VI pkt. VI.3. ppkt. ogłoszenia o zamówieniu,

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.uwzględnienia odwołania
- 2.nakazania unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenia do składania ofert i dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez uwzględniania przy przyznawaniu punktów w celu dokonania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, robót budowlanych wykonanych przez podmioty udostępniające wykonawcom zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p.
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców występujących wspólnie w składzie: SENER Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, SENER INGENIERIA Y SISTEMAS, S.A. z siedzibą w Getxo (Wizcaya)
- 4.nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców występujących wspólnie w składzie: Pol-Aqua S.A. z siedzibą w Warszawie Dragados S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Duro Felguera S.A. z siedzibą w Gijon(Hiszpania)
- 5.nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawców występujących wspólnie w składzie Abener Energia S.A. z siedzibą w Sewilli, Abener Ghenova Ingenieria S.L. z siedzibą w Sewilli
- 6.nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawców występujących wspólnie w składzie: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Daewoo International Corporation z siedzibą w Seulu oraz Hyundai Engineering Co., Ltd z siedzibą w Seulu

W zakresie zarzutu wadliwej oceny wniosków w wyniku przyznania wykonawcom dodatkowych punktów za wykazanie się wykonaniem robót budowlanych podmiotów udostępniających zasoby, wskazał iż zgodnie z dyspozycją Sekcji VI pkt VI.3. ppkt. 8 ogłoszenia o zamówieniu do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych nie więcej niż 5 (pięciu) wykonawców, którzy spełnią wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Natomiast jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5 (pięć), to do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych 5 (pięciu) wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w Sekcji III 2.3). Ogłoszenia o zamówieniu, tj.: za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) lub b) - 1 (jeden)

5

punkt, ale w sumie nie więcej niż 20 (dwadzieścia) punktów.

W przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim (piątym) miejscu kwalifikującym wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 (jeden)

Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy znajdą się na tym miejscu.

Tymczasem z otrzymanego przez Odwołującego zawiadomienia o ocenie wniosków wynika, iż Zamawiający przyznał wszystkim zaproszonym do składania ofert wykonawcom taką samą ilość punktów tj. 20

Powyższa ocena, zdaniem Odwołującego, została dokonana wadliwie. Zamawiający uwzględnił przy dokonywaniu oceny punktowej roboty budowlane zrealizowane przed podmioty udostępniające potencjał wykonawcom co nie znajduje potwierdzenia w literalnym brzmieniu art. 26 ust. 2b pzp. Ocena wniosków dokonana przez Zamawiającego i przyznana w ich wyniku punktacja są nieprawidłowe, gdyż:

1. Wykonawca konsorcjum Abener Energia S.A. przedstawił we wniosku 10 zadań referencyjnych „własnych” oraz 21 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 10 a nie 20 pkt. Niezależnie od powyższego zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę konsorcjum Abener Energia S.A. z powodu niepotwierdzenia przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu
2. Wykonawca konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. przedstawił we wniosku 10 zadań referencyjnych „własnych” oraz 15 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien

przyznać temu wykonawcy 10 a nie 20 pkt. ponieważ jednak z uwagi na złożenie nieprawdziwych oświadczeń mających wpływ na wynik postępowania konsorcjum winno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania.

3. Wykonawca konsorcjum Siemens przedstawił we wniosku 34 zadań referencyjnych „własnych” oraz 21 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji dokonał prawidłowej oceny tego wniosku.
4. Wykonawca konsorcjum MCE Berlin przedstawił we wniosku 0 zadań referencyjnych „własnych” oraz 27 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 0 a nie 20 pkt.
5. Wykonawca Kraftanlagen przedstawił we wniosku 2 zadania referencyjne „własne” oraz 27 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 2 a nie 20 pkt.
6. Wykonawca konsorcjum PBG przedstawił we wniosku 3 zadania referencyjne „własne” oraz

6

26 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 3 a nie 20 pkt.

7. Wykonawca konsorcjum Energoinstal przedstawił we wniosku 0 zadań referencyjnych „własnych” oraz 58 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 0 a nie 20 pkt.
8. Wykonawca konsorcjum SNC Lavalin przedstawił we wniosku 0 zadań referencyjnych „własnych” oraz 41 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 0 a nie 20 pkt.
9. Wykonawca Rafako przedstawił we wniosku 0 zadań referencyjnych „własnych” oraz 71 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 0 a nie 20
10. Wykonawca konsorcjum PRI Pol-Aqua przedstawił we wniosku 34 zadań referencyjnych „własnych” oraz 0 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji został sklasyfikowany prawidłowo. Niezależnie od powyższego zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę konsorcjum Pol-Aqua z powodu niepotwierdzenia przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
11. **Odwolujący** przedstawił we wniosku 9 zadań referencyjnych „własnych” oraz 27 zadań referencyjnych podmiotów udostępniających potencjał. Zamawiający zatem zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu zasadami punktacji winien przyznać temu wykonawcy 9 a nie 20 pkt.

Tym samym Odwołujący podniósł, że w powyższej analizie w wyniku prawidłowej oceny wniosków oraz prawidłowej punktacji Zamawiający winien był zaprosić do składania ofert znacznie mniejszą liczbę wykonawców niż to uczynił.

Zdaniem Odwołującego powołanie się na zasoby innego podmiotu nie może służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji w liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu ozn. nr II dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, konsorcjum Pol-Aqua który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu zarzucił, że Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę - konsorcjum Pol-Aqua mimo, iż wykonawca ten nie potwierdził, iż w odniesieniu do członków konsorcjum brak orzeczenia w stosunku do tych podmiotów zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego za pomocą dokumentów urzędowych zamiast bezpodstawnego zastąpienia ich oświadczeniem złożonym przed notariuszem.

7

Podniósł, że zgodnie z dyspozycją § 4 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów co do zasady wykonawca nieposiadający swojej siedziby lub miejsca zamieszkania na terenie RP obowiązany jest złożyć celem wykazania braku przesłanek skutkujących jego

wykluczeniem m.in. dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Stwierdził iż w przypadku dokumentów składanych przez wykonawców mających siedziby lub miejsca zamieszkania poza granicami RP obowiązują te same zasady dotyczące ważności oraz formy dołączonych do ofert lub wniosków dokumentów. Oznacza to, że dokumenty powinny zostać wystawione w odpowiednim terminie (w przypadku dokumentu zaświadczonego o braku orzeczenia zakazu o ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego - nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert).

Jednocześnie podniósł, że w sytuacji kiedy w miejscu zamieszkania osoby lub w państwie, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się powyższych dokumentów urzędowych, wykonawca przedkłada oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Możliwość składania oświadczeń nie może być traktowana jako alternatywne rozwiązanie w stosunku do dokumentów urzędowych. Dołączanie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty oświadczeń jest wyjątkiem od zasady w której uznaje się pierwszeństwo zaświadczenia właściwego organu przed oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem. Tym samym dopiero gdy w danym kraju nie wydaje się takich zaświadczeń, należy złożyć odpowiednie oświadczenie.

Wskazał, że wg prawa obowiązującego w Hiszpanii informacja o orzeczonej karze pozbawienia osoby prawnej możliwości zawierania umów z jednostkami sektora publicznego jest wpisywana do rejestru karnego i ujawniana w wydawanym zaświadczeniu z tego rejestru. Powyższe oznacza, że w Królestwie Hiszpanii istnieje możliwość uzyskania dokumentu urzędowego, z którego będzie wynikać, czy w stosunku do osoby prawnej wnioskującej o udzielenie informacji w zakresie ewentualnie orzeczonych kar, nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe stwierdził, że w przypadku wykonawcy Pol-Aqua odnośnie spółek wchodzących w skład konsorcjum, które mają swoje siedziby na terenie Królestwa Hiszpanii nie złożono stosownych zaświadczeń urzędowych, które potwierdzałyby brak orzeczenia w stosunku do tych podmiotów zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo tego, na co wskazał Odwołujący, że w Królestwie Hiszpanii możliwe jest uzyskanie

8

odpowiednich zaświadczeń, hiszpańskie spółki poprzestały na oświadczeniach złożonych przed notariuszem.

W zakresie zarzutu oznaczonego pkt III dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: SENER Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, SENER INGENIERIA Y SISTEMAS, S.A. z siedzibą w Getxo (Vizcaya) .

Podniósł iż Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę - konsorcjum Sener mimo, iż wykonawca ten nie potwierdził, iż w odniesieniu do członków konsorcjum brak orzeczenia w stosunku do tych podmiotów zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego za pomocą dokumentów urzędowych zamiast bezpodstawnego zastąpienia ich oświadczeniem złożonym przed notariuszem.

Podniesione argumenty na uzasadnienie tego zarzutu są tożsame z zarzutami dotyczącymi zarzut ozn. nr II.

W zakresie zarzutu oznaczonego pkt IV dotyczącego bezprawnego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Abener Energia S.A. z siedzibą w Sewilli, Abener Ghenova Ingenieria S.L. z siedzibą w Sewilli (zwanych „Wykonawcą Abener”) podniósł podobnie jak w **zarzucie II i III** iż w stosunku spółek wchodzących w skład konsorcjum, które mają swoje siedziby na terenie Królestwa Hiszpanii nie złożono stosownych zaświadczeń urzędowych, które potwierdzałyby brak orzeczenia w stosunku do tych podmiotów zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto podniósł zarzut, że wykonawca Abener zamiast prawidłowego zaświadczenia o braku orzeczenia o zakazie ubiegania się o zamówienia, to we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stronach. 279 - 348 tom I, złożył dla spółek Abener Energia, S.A i

Abener Ghenova Ingegneria S.L. dokumenty zawierające oświadczenia, że owe spółki nie są objęte zakazem umów z Administracją.

Zauważył, że Zamawiający w związku z faktem, że pomiędzy dokumentem wymaganym, a złożonym brak jest tożsamości wezwał w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia o właściwe dokumenty, złożonego Wniosku. W odpowiedzi wykonawca ten złożył oświadczenia potwierdzające, że odpowiednio wobec spółek: Abener Energia, S.A i Abener Ghenova Ingegneria S.L nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

Jednakże złożone oświadczenie spółki Abener Energia, S.A datowane jest na 12 kwietnia 2012 roku, natomiast oświadczenie spółki Abener Ghenova Ingegneria S.L. na 11 kwietnia 2012 roku. Obie daty są po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, a ponadto treść złożonych oświadczeń odnosi się do stanu na dzień składania oświadczeń spółek, a więc odpowiednio 12 kwietnia 2012 roku i 11 kwietnia 2012 roku.

9

Ponadto podniósł, że przy ocenie wniosku konsorcjum Abener, Zamawiający uchybił innym zasadom oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przewidzianym w ustawie pzp, gdyż warunkiem udziału w Postępowaniu było wykazanie się spełnieniem m.in. warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt. 1 Ogłoszenia, tj. wykazaniem się wykonaniem przynajmniej (trzech) zamówień w formule „pod klucz”, tj.: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji kompletnego kogeneracyjnego bloku gazowo-parowego opalanego gazem ziemnym, z zastosowaną turbiną gazową o mocy elektrycznej brutto nie niższej niż 40MWe, w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania Wniosków, lub należywym wykonaniem przynajmniej 3 (trzech) zamówień w formule „pod klucz”, tj.: zaprojektowanie, dostarczenie, montaż i uruchomienie zakończone przyjęciem do eksploatacji turbiny gazowej o mocy elektrycznej brutto nie niższej niż 40MWe, jako część bloku gazowo-parowego w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania Wniosków.

Natomiast wykonawca ten we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, wykazał bezpodstawnie spełnienia samodzielnie warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt. 1, a z przedstawionych dokumentów wynika co innego.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr V, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Daewoo International Corporation z siedzibą w Seulu oraz Hyundai Engineering Co., Ltd z siedzibą w Seulu (dalej łącznie zwanych „Wykonawca Mostostal”)

W uzasadnieniu zarzutu podniósł, że Wykonawca Mostostal we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, wykazując spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przedstawił jako własne wykonanie następujących zamówień:

a. Elektrownia AES Maghnaghat 450 MW (zadanie nr 4)

b. Gazowo-parowa elektrownia Yulchon (zadanie nr 5)

Stwierdził, że złożone przez tych wykonawców są nieprawdziwe, gdyż :

Ad.a) Zadanie AES Maghnaghat 450 MW (projekt nr 4) zostało wykonane przez firmę Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. a nie przez Wykonawcę Mostostal. Należy zwrócić uwagę, iż firma Hyundai Engineering Co. Ltd. (członek konsorcjum) i firma Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. to dwie różne spółki mające swoje siedziby w Korei.

Ad. b) Zadanie Gazowo-parowa elektrownia Yulchon (projekt nr 5) zostało wykonane przez firmę Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. a nie przez Wykonawcę Mostostal.

Należy zwrócić uwagę, iż firma Hyundai Engineering Co. Ltd. (członek konsorcjum) i firma Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. to dwie różne spółki mające swoje siedziby w Korei.

10

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. o odrzucenie Odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy, gdyż Odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.
2. w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, Zamawiający wniósł o oddalenie Odwołania w całości, jako wniesionego przez podmiot nieposiadający interesu w jego

złożeniu i nie mogący ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

3. Działając wyłącznie z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło 8 wykonawców

- A. RAFAKO S.A., 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- B. MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH, Babcock Borsig Steinmuller GmbH, 12681 Berlin, Landsberger Allee 366 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- C. ENERGOINSTAL S.A., Elektrobudowa S.A., Mostostal Zabrze-Holding S.A., 40-203 Katowice, Al. Roździeńskiego 188D zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- D. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., DRAGADOS S.A., DURO FELGUERA S.A., 02-972 Warszawa, ul. Adama Branickiego 15 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- E. SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC-Lavalin Inc., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39a zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- F. PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., STC S.p.a., 62-081 Przeźmierowo, Wsogotowo, ul. Skórzewska 35 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- G. Mostostal Warszawa S.A., Daewoo International Corporation, Hyundai Engineering Co, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
- H. Abener Energia S.A., Abener Ghenova Ingenieria S.L., 41014 Sewilla, Hiszpania, c-Energia Solar 1 Palmas Atlas, edif. C-1 Planta zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

11

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

Izba oddaliła zarzut Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy, jakoby odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Za podstawę nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania Izba przyjęła fakt, że w postanowieniach Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający w żadnym miejscu w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazał w sposób jednoznaczny, że będzie brał pod uwagę udostępnioną wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich w takim samym stopniu przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i przy przyznawaniu punktów w celu uzyskania dodatkowej punktacji przez wykonawców, umożliwiającej zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców.

Nadto wskazać należy, że wykonawcy nie mieli możliwości uzyskania w tym zakresie wyjaśnień od Zamawiającego gdyż w sekcji VI pkt VI.3. ppk. 8 postanowił, że na etapie składania wniosków Zamawiający nie przewiduje udzielania wyjaśnień i odpowiedzi na pytania wykonawców.

Stwierdzić należy ponadto, że odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego dotyczącej oceny złożonych przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie od treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu.

Tym samym Izba uważa, że Odwołujący miał prawo liczyć termin na wniesienie środka ochrony prawnej – odwołania do Prezesa KIO, od daty otrzymania informacji o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 25 maja 2012 roku.

W zakresie zarzutu braku wystąpienia po stronie Odwołującego interesu do wniesienia odwołania, Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp odwołanie może złożyć wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu. Zamawiający wskazał, że Odwołujący na podstawie dokonanej oceny złożonych wniosków zostanie zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania i tym samym ma realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Dlatego też nie można twierdzić, że poprzez tak dokonaną ocenę wniosków Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę.

Izba odnosząc się do tego zarzutu stwierdza, że Zamawiający w odpowiednich postanowieniach Ogłoszenia wskazał, że zaprosi do dalszego etapu postępowania pięciu wykonawców. Jednakże w wyniku dokonanej - zdaniem Odwołującego wadliwej, oceny złożonych wniosków Zamawiający zaprosił 11 wykonawców. Większa ilość zaproszonych

12

wykonawców, która z jednej strony sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak z punktu widzenia Odwołującego zmniejsza jego realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Tym samym Izba biorąc pod uwagę fakt, że kwestię interesu we wniesieniu odwołania oraz związaną z tym kwestię szkody należy rozpatrywać przez pryzmat interesu konkretnego wykonawcy, oddaliła ten zarzut.

Stan faktyczny sprawy wykazany przez strony i uczestników postępowania jest jasny i nie wymagał zdaniem Izby w zakresie objętym zarzutami, dalszych ustaleń faktycznych. Za podstawę orzekania w zakresie objętym treścią zarzutów, Izba przyjęła stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację z przedmiotowego postępowania, pismo i stanowisko Zamawiającego prezentowane podczas rozprawy, a także treść stanowisk przystępujących zawartych w zgłoszonych przystąpieniach, złożonych oświadczeniach w trakcie rozprawy, a także w przedłożonych Izbie pismach procesowych wraz z załącznikami.

Ponadto na wstępie rozpatrywania podniesionych zarzutów Izba uznaje za celowe odniesienie się do przywołanych przez strony i uczestników postępowaniu kilkudziesięciu tez z wyroków, sądów i przede wszystkim Krajowej Izby Odwoławczej, mających uzasadnić podnoszone przez strony i uczestników postępowania zarzuty i prezentowane stanowiska w sprawie.

Izba wskazuje, że tezy z wyroków sądów czy KIO można na pewnym poziomie ogólności dopasować do każdego postępowania o zamówienie, jednakże Izba rozstrzyga sprawę w oparciu o stan faktyczny danej sprawy, a ten w niemalże każdym przypadku jest inny. System prawa polskiego, w tym również prawa zamówień publicznych nie przewiduje wiążącego stosowania precedensowych rozstrzygnięć. Każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem sądu czy Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba stwierdza, że odwołanie zostaje uwzględnione gdyż jest zasadne, jednakże nie w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego dokonania przez Zamawiającego wadliwej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, poprzez przyznanie wykonawcom dodatkowych punktów za wykazanie się wykonaniem robót budowlanych podmiotów udostępniających zasoby, w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp., Izba na wstępie merytorycznej oceny zasadności podniesionego zarzutu wskazuje, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowania oraz zasady spełniania tych warunków przez wykonawców, zobligowany jest do przestrzegania w tym zakresie regulacji ustawowych.

Treść podanych warunków udziału i zasad oceny ich spełniania nie może być sprzeczna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Treść tych przepisów wskazuje

13

Zamawiającemu ramy w jakich może precyzować stawiane wykonawcom warunki udziału w postępowaniu oraz zasady ich spełniania.

Sama okoliczność, że Zamawiający zawarł w treści ogłoszenia o zamówieniu opis, iż *wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów* nie może mieć waloru przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia.

Możliwość polegania na zasobach należących do podmiotu trzeciego przewidziana w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych jest implementacją - art. 47 ust. 2 oraz

art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.).

Zgodnie z powyższymi regulacjami przepis art. 26 ust. 2b Pzp daje możliwość polegania na wymienionych w nim zasobach należących do podmiotu trzeciego wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy stanowi *lex specialis* od wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie (względnie działając w ramach konsorcjum – art. 23 ustawy) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Tym samym nawet niewskazanie w sposób precyzyjny w treści ogłoszenia o zamówieniu w jakim zakresie wykonawca może posługiwać się zasobami podmiotu trzeciego udostępnionego w trybie art. 26 ust.2b, tj. czy tylko na potrzeby spełniania wymogów minimalnych czy też na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów dla uzyskania odpowiedniego miejsca w rankingu wykonawców punktacji, to nie może to skutkować dopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego złożonych wniosków, która nie znajduje oparcia w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Z analizy treści art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wynika możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w ramach wykazania się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia spełnienia wymogów minimalnych. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Wskazać należy ponadto, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje się w Rozdziale I Działu II

14

ustawy Pzp, tym samym co przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z wykładni systematycznej wywieść należy wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,

Podobnie jest w sytuacji, gdy wykonawca na podstawie własnego doświadczenia w realizacji danych robót, samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Tym samym należy uznać nie tylko za zbędne ale wręcz niedopuszczalne posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert, na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy.

Zaznaczyć należy również, że przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, został wprowadzony nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku, a więc został wprowadzony później, niż art. 51 ust. 1 – 4 ustawy Pzp. Dlatego też interpretacja tego przepisu nie może wypaczać celu przepisów wprowadzonych wcześniej.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ma charakter wyjątkowy - tym samym na potencjał podmiotu trzeciego można się powoływać tylko przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie przy ocenie jego znaczenia tj. podniesienia miejsca w rankingu złożonych wniosków. „Zasoby niezbędne” w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp to zasoby minimalne, a więc dotyczące spełnienia tylko opisanego warunku udziału w postępowaniu, a nie kwalifikacji – co prowadzi to do wniosku, że w sytuacji, kiedy wykonawca sam spełnia warunek w postępowaniu, nie może się posługiwać potencjałem podmiotu trzeciego – ponieważ sam posiada „niezbędne zasoby”.

Iżba w niniejszym składzie, w tym zakresie, w pełni popiera stanowisko zaprezentowane w wyrokach o sygn. KIO 2359/10; KIO 1549/11, KIO 1569/11, KIO 232/12, KIO 243/12.

Zdaniem Izby, ponadto wskazać należy, że odmienne pojmowanie regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje się przeczyć zarówno celowi tej

regulacji jak i wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż stawiłoby w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy wykazali się swego rodzaju kreatywnością, przedkładając dodatkowo liczne zobowiązania do oddania im odpowiedniego zasobu tylko w celu podniesienia punktacji.

Nieograniczone stosowanie możliwości dysponowanie zasobami podmiotów trzecich w trybie negocjacyjnym dewaluowałoby sens prowadzenia postępowania przetargowego w takim trybie, gdyż jego celem ma być wyłonienie wykonawcy o możliwie najlepszych

15

własnych kwalifikacjach, a nie dysponującego największymi udostępnionymi przez podmioty trzecie zasobami.

Nie sposób bowiem uznać, że wykonawca, który w ogóle lub w wymaganym zakresie, nie posiada własnego doświadczenia i wymagane doświadczenie pozyskał od innych podmiotów, daje lepszą rękojmię wykonania zamówienia niż wykonawca, który własne doświadczenie posiada.

Tym samym zdaniem Izby zasadne jest stwierdzenie, że regulacja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w żadnym wypadku nie może służyć do maksymalizacji otrzymanej punktacji za wykazanie się „cudzą” wiedzą i doświadczeniem w celu uzyskania jak najwyższej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdza, że Zamawiający niezgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 2b dokonał oceny złożonych przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Niezgodność ta wynikała z faktu dokonania kwalifikacji wykonawców składających wnioski, w oparciu o udostępnioną wiedzę i doświadczeniem podmiotów trzecich w takim samym stopniu zarówno przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i przy przyznawaniu punktów w celu uzyskania dodatkowej punktacji, umożliwiającej zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, a tym samym umożliwiającym otrzymanie zaproszenia do składania ofert.

Zamawiający przy ponownej ocenie złożonych wniosków opierając się na treści postanowienia sekcji VI.3 pkt 8 Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym „za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt a) lub b) wykonawca otrzyma 1 punkt”, będzie mógł w stosunku do wykonawców, którzy dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, korzystają z zasobów podmiotu trzeciego – w zakresie pełnym lub uzupełniającym, przyznać maksymalnie trzy punkty.

Za niezasadne Izba uznała żądanie Odwołującego, aby wykonawcy który nie spełnia wymogów minimalnych w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu i w tym zakresie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, przyznawać zero punktów, gdyż takie stanowisko jest sprzeczne z wyraźną treścią postanowienia sekcji III.2.3) pkt 1. ppkt a) lub b) Ogłoszenia o zamówieniu.

Natomiast wyższą punktację na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów dla uzyskania odpowiedniego miejsca w rankingu wykonawców, będą mogli otrzymać tylko ci wykonawcy którzy dla wykazania spełnienia wymogu wskazanego w sekcji III.2.3 ppkt 1 i 2, wykazali się doświadczeniem własnym.

Dlatego też powyższy zarzut jest zasadny i powoduje uwzględnienie odwołania.

Pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego zdaniem Izby nie znalazły potwierdzenia

16

w przedstawionych dowodach i tym samym nie zostają przez Izbę uwzględnione.

Przechodząc do uzasadnienia stanowiska Izby w tym zakresie, Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu oznaczonego numerem **II**; **III** i pierwszej części zarzutu **IV**, Odwołujący domagał się nakazania wykluczenia z postępowania wykonawców : konsorcjum Pol-Aqua, konsorcjum Sener, oraz konsorcjum Abener, podnosząc iż wykonawcy Ci w odniesieniu do członków swojego konsorcjum, mających swoje siedziby na terenie Hiszpanii, nie potwierdzili braku orzeczenia w stosunku do tych podmiotów zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego za pomocą odpowiedniego zaświadczenia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie tych zarzutów wskazał, że dla oceny prawdziwości wykazania spełnienia przez ww. wykonawców obowiązku wskazanego w

rozdziale III.2.1 pkt 9.2 to mieli obowiązek złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wystawionego w kraju w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania, stwierdzającą że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Zaświadczenie takie winno być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wskazał, że dokonał prawidłowej oceny spełniania przez wykonawców tych obowiązków. Swoje stanowisko w tym zakresie oparł na dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 21 maja 2012 roku sygn. akt 885/12 ocenie podobnej sytuacji, w której to Izba uznała, że wykonawcy mogą w odniesieniu do przepisów hiszpańskich w omawianym zakresie i okresie, posługiwać się oświadczeniami złożonymi przed notariuszem w miejsce wymaganych zaświadczeń.

Przystępujący w zakresie tych zarzutów wykonawcy, wskazali na fakt, że na etapie złożenia Odwołania, Odwołujący nie udowodnił, że przepisy obowiązujące w Hiszpanii pozwalały wykonawcom na przedstawienie zaświadczenia właściwego organu administracyjnego lub sądowego kraju siedziby wykonawcy potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 punkt 9 Pzp. Ponadto wskazano na fakt, że przedmiotowe zaświadczenie, ich zdaniem, należałoby złożyć wraz z wnioskiem jedynie sytuacji, gdyby właściwe organy mające siedzibę w Hiszpanii wydawały dokument stanowiący dokładny odpowiednik zaświadczenia wydawanego przez Krajowy Rejestr Karny w Polsce - w zakresie określonym w treści art. 24 ust. 1 punkt 9 Pzp. Zdaniem Przystępujących o wykluczenie których wnosił Odwołujący, podnieśli argumenty iż zaświadczenie wydawane z rejestru karnego w Hiszpanii nie stanowi całkowitego odpowiednika zaświadczenia z Krajowego Rejestru karnego w Polsce i tym samym dozwolone było: przedłożenie zaświadczenia z rejestru karnego w Hiszpanii *lub* oświadczenia złożonego przed notariuszem na potwierdzenie spełnienia analizowanego warunku udziału w Postępowaniu.

17

Odnosząc się do powyższych stanowisk w świetle podniesionego zarzutu, zasadne jest wskazanie przez Izbę, że *zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit c rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817)*, zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu, powyższe dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Natomiast według ust. 3 jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przedmiotowy zakres spraw w Hiszpanii regulowany jest ustawą z 22 czerwca 2010 r. nr 5/2010 nowelizującą hiszpański Kodeks karny, uchwalony w formie ustawy organicznej w dniu 23 listopada 1995 roku.

W znowelizowanym hiszpańskim Kodeksie karnym rozszerzono katalog kar, które można nałożyć na osoby prawne. Osobę prawną można pozbawić możliwości zawierania umów z jednostkami sektora publicznego, jak również uzyskania subwencji i pomocy publicznych czy też możliwości uzyskania korzyści podatkowych.

Równocześnie w dniu 14 listopada 2011 r. Dekretem Królewskim 1611/2011 znowelizowano regulacje dotyczące hiszpańskiego rejestru karnego, dostosowując je do uprzedniej nowelizacji Kodeksu karnego z 2010 r. w zakresie odpowiedzialności karnej osób prawnych.

Powyższe nowelizacje umożliwiają wykonawcom uzyskanie dokumentu urzędowego - zaświadczenia, z którego będzie wynikać, czy w stosunku do osoby prawnej nie orzeczono zakazu, ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba przechodząc do rozpoznania przedmiotowego zarzutu wskazuje, że istota sporu w tym zakresie sprowadza się oceny, czy Zamawiający zasadnie uznał, że przedłożenie przez ww. wykonawców dokumentów w postaci oświadczenia złożonego przed notariuszem potwierdzającego brak orzeczenia wobec nich zakazu ubiegania się o zamówienie jest wystarczające, czy wykonawcy winni na potwierdzenie tego faktu złożyć zaświadczenia z

18

hiszpańskiego rejestru karnego.

Wskazać należy ważne dla rozstrzygnięcia przez Izbę tej kwestii daty, z których wynika, że termin składania wniosków przez wykonawców upływał w dniu 20 lutego 2012 r. Wykonawcy na potwierdzenie niekaralności wykonawców w ww. zakresie winni byli złożyć stosowne zaświadczenia lub oświadczenia wydane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków tj. 20 sierpnia 2011 roku. Odpowiednie znowelizowane przepisy prawa hiszpańskiego, umożliwiające otrzymanie przez wykonawców stosownych zaświadczeń weszły w życie w dniu 22 grudnia 2011 roku.

Oceniając treść złożonych przez wykonawców wniosków Izba stwierdza, że poza sporem w sprawie jest fakt, że część wykonawców złożyła stosowne oświadczenia z datą sprzed wejścia w życie w Hiszpanii przepisów dotyczących możliwości otrzymania stosownych zaświadczeń o nie orzeczeniu wobec określonego podmiotu zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego – zakazu zawierania umów z administracją. Ważność w tym postępowaniu takiego oświadczenia nie jest również sporna pomiędzy stronami. Natomiast wątpliwości interpretacyjne budzi fakt składania przez podmioty biorące udział w postępowaniu oświadczeń w tym zakresie, wystawionych po dniu 22 grudnia 2011 roku.

Odnosząc się do treści podniesionego zarzutu oraz argumentów Zamawiającego i Przystępujących uznać należy, że zasadne są podnoszone wątpliwości iż w żadnej mierze data wejścia w życie ww. dekrety nie musi być tożsama z datą rozpoczęcia przez hiszpańską administrację prowadzącą rejestry, wydawania stosownych zaświadczeń o braku orzeczenia zakazów zawierania umów i uczestnictwa w przetargach wobec osób prawnych. Nie jest więc jasne, w jakim czasie rozpoczęto w Hiszpanii wystawianie zaświadczeń tego typu. Potwierdzać to może również fakt, że żaden z wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, którego konsorcjant lub inny podmiot mający swoją siedzibę w Hiszpanii, nie przedstawił w tym zakresie zaświadczenia tylko stosowne oświadczenie.

Ważnym zdaniem Izby jest fakt iż przedmiotowe postępowanie toczy się w okresie przejściowym dla prawa hiszpańskiego.

Wykonawcy, biorąc pod uwagę termin składania wniosków oraz możliwość składania oświadczeń i zaświadczeń wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania wniosków, mogli w tym zakresie do 22 grudnia 2011 roku składać tylko oświadczenia złożone przed notariuszem. Natomiast po tej dacie mogli składać wnioski o wydanie stosownych zaświadczeń, co jak wyżej wskazano nie było zbieżne z datą rozpoczęcia przez hiszpańską administrację prowadzącą rejestry, wydawania tych zaświadczeń.

Zdaniem Izby wskazać należy niewątpliwie na fakt, że celem przepisu art. 24 ust.1 pkt 4-9 ustawy Pzp jest potrzeba wykazania Zamawiającemu, że zamówienie publiczne nie

19

zostanie udzielone wykonawcy który popełnił określone przestępstwo i za które został prawomocnie skazany. Natomiast kwestią wtórną jest rodzaj dokumentu przy pomocy którego dany wykonawca wykaże, że fakt popełnienia przez niego określonego przestępstwa nie nastąpił.

Tym samym Izba, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia co do stanu prawnego i faktycznego, a także fakt, że żaden z wykonawców nie zakwestionował zgodności z prawdą złożonych oświadczeń, stwierdza, że w świetle tych okoliczności, przedstawienie przez ww. hiszpańskich uczestników konsorcjów, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp są w tych okolicznościach postępowania wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jednakże zdaniem Izby, odniesienia wymaga również fakt podnoszony przez Zamawiającego i Przystępujących, że w sytuacji kiedy zaświadczenia wydawane przez

hiszpański rejestr karny nie są dokumentami, będącymi dokładnymi odpowiednikami zaświadczeń wydawanych przez Krajowy Rejestr Karny w Polsce, w oparciu o przepisy ustawy Pzp, to niezależnie od zaistniałej sytuacji prawnej w Hiszpanii, dopuszczalne jest składanie w miejsce zaświadczeń, oświadczeń w tym zakresie, złożonych przez notariuszem w Hiszpanii.

W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby zakres takiego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Oczywiście jest bowiem, że porządku prawne poszczególnych państw różnią się zarówno katalogiem czynów zabronionych, przesłanek popełnienia czynu, jak też wysokością kary. W § 2 ust. 2 przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) wskazuje się wyraźnie, że podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ, a dopiero w dalszej kolejności oświadczenie złożone przed stosownym organem, - o czym jednoznacznie świadczy zwrot „zastępuje się je”. Tym samym, ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym- zaświadczeniom wystawianym w różnych państwach nie nakładając na Zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym, co zwykle prowadziłoby do stwierdzenia różnic pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi. Tym samym czyniąc ten przepis martwym. (podobnie KIO w wyrokach 303/10 i 514/11).

Podobne stanowisko zaprezentował SO w Katowicach w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 roku sygn. akt XIX Ga 225/10, który stwierdził, że różnice w systemach prawnych państw wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zostały przez ustawodawcę uwzględnione przy tworzeniu tych przepisów.

20

Powyższe stanowisko Izby, jest również zgodne z art. 45 ust. 3 lit a Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym za wystarczający dowód niekaralności należy uznać wyciąg z rejestru sądowego.

Wskazany przepis Dyrektywy 2004/18/WE nie określa obowiązku występowania przez Zamawiającego do organów obcego państwa gdyby zaistniały wątpliwości co do niekaralności danej osoby.

Tym samym Izba opierając się na utrwalonej w tej kwestii linii orzeczniczej KIO, stwierdza, że wykonawca zagraniczny w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa polskiego w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie, wydane przez właściwy organ w kraju jego siedziby lub zamieszkania, a dopiero w dalszej kolejności, w sytuacji prawnej niemożliwości uzyskania takiego zaświadczenia, oświadczenie złożone przed stosownym organem.

W zakresie kolejnego zarzutu Odwołującego, jakoby wykonawca Abener załączył dokumenty uzupełniające do prekwalfikacji po terminie - odpowiednio oświadczenie Abener Energia S.A. złożone zostało w dniu 12 kwietnia 2012 r., a oświadczenie Abener Ghenova Ingenieria S.L w dniu 11 kwietnia 2012 r. Zamawiający stwierdził, że zarzut ten jest chybiony, gdyż Odwołujący pominął fakt, że z treści oświadczeń złożonych na str. 145-169 uzupełnienia wynika, że nie są to nowe dokumenty – oświadczenia, lecz zostały złożone jako wyjaśnienie oświadczeń składanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stwierdził, że w dokumentach przedstawionych przez Abener Energia S.A. oraz Abener Ghenova Ingenieria S.L. pojawia się takie samo sformułowanie:
„(...) tytułem uzupełnienia aktu notarialnego, którym objęto uchwały spółki sporządzonego..... w dniu 13 stycznia 2012 za numerem 92) w jego Repertorium, tylko tytułem zwykłego wyjaśnienia stwierdza, co następuje (...).”

Izba biorąc pod uwagę powyższe, a także wyjaśnienia złożone na rozprawie przez Przystępującego Abener stwierdza, że powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż wyjaśnienia złożone przez Abener w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu nie stanowią samoistnego dokumentu, który zastępowałby pierwotnie złożone oświadczenie tego wykonawcy, lecz odnoszą się wprost do oświadczeń już złożonych oraz do sytuacji sprzed terminu składania wniosków.

W zakresie części zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr IV, dotyczącego uchybień

referencyjnych na okoliczność spełnienia kwalifikacji technicznych. o których mowa w Sekcji III.2.3) Ogłoszenia, wskazał, że w zakresie zrealizowanych zamówień Ain Beni Mathar i Bahía de Vizcaya Thermal Power Plant Spain, Zamawiający posiadał wiedzę, że zamówienia te zostały wykonane przez Abener działający w ramach grupy Abengoa S.A.,

Natomiast odnośnie zamówień zrealizowanych na Emilio Portes Gil Thermal Power Station, Hermosillo Thermal Power Station i El Sauz Thermal Power Station Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy Abener pismem z dnia 17 kwietnia 2012 roku wyjaśnił w sposób niebudzący wątpliwości, że zakres wykonanych tam prac odpowiadał wymaganiom Zamawiającego określonym w Ogłoszeniu.

Podobne wyjaśnienia w tej kwestii złożył w piśmie procesowym wykonawcy Abner. W odpowiedzi na te wyjaśnienia Odwołujący poprzestał na poparciu stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu.

Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił w sposób wiarygodny zasadności podniesionego zarzutu i tym samym zarzut ten nie został uwzględniony.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr V Zamawiający stwierdził, że zadania wskazane w pkt 4 i 5 wniosku zostały wykonane przez spółkę Hyundai Engineering Co Ltd., a więc członka konsorcjum - jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie jak podnosi Odwołujący Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd. Fakt ten został potwierdzony listami referencyjnymi zamieszczonymi na str. 169-172 wniosku (dla obiektu Maghnaghat na stronie 169-170, dla obiektu Yulchon na stronie 171-172).

Tym samym Izba dokonując oceny przedłożonej dokumentacji postępowania stwierdza, że podniesiony zarzut nie znalazł potwierdzenia w materiale postępowania.

Jednocześnie w zakresie zarzutu V Odwołujący podniósł, że wykonawca Mostostal składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawarł w nim nieprawdziwe informacje w zakresie zadań, wymienionych w pkt 4 i 5 i tym samym winien być wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania muszą zostać spełnione kumulatywnie dwie przesłanki: po pierwsze – należy stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

22

Odwołujący w przedmiotowej sprawie stwierdził tylko, że złożone przez wykonawcę Mostostal „oświadczenie jest nieprawdziwe”, nie wskazując żadnych dowodów w tym zakresie.

Tym samym w ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie Zamawiający miał podstawy by stwierdzić brak potwierdzenia zarzutu, złożenia przez wykonawcę Mostostal, nieprawdziwych informacji.

Równocześnie zdaniem Izby, niezbędne jest podniesienie w zakresie powyższego zarzutu kwestii iż Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i w trakcie rozprawy wskazał, że dokonując oceny wykazanych przez wykonawców wykonanych robót budowlanych wskazanych we wniosku, dokonywał oceny złożonego wykazu robót przez pryzmat postanowień oceny spełnienia warunków, określonych w sekcji I fi .2,3) pkt. 1 Ogłoszenia, zgodnie z którym *za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 1. ppkt a) lub b) - 1 (jeden) punkt, ale w sumie nie więcej niż 20 (dwadzieścia) punktów.*

Tym samym jeśli Zamawiający stwierdził, że ze złożonych w wykazie robót co najmniej

dwadzieścia z nich spełnia warunki postawione w Ogłoszeniu – i to niezależnie czy to spełnianie warunku wynikało z robót wykonanych przez wykonawcę bezpośrednio, czy też udostępnionych przez podmiot trzeci, to Zamawiający tych dodatkowych robót, w sposób dokładny nie oceniał, gdyż dokonana ocena nie miała wpływu na miejsce wykonawcy na liście rankingowej.

W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutu pierwszego odwołania, w wyniku którego Zamawiający dla ustalenia miejsca wykonawcy na liście rankingowej, będzie mógł brać pod uwagę tylko doświadczenie własne wykonawcy, to Zamawiający winien ponownie dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w oparciu o roboty budowlane, wykonane bezpośrednio przez wykonawców.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w zakresie zarzutu oznaczonego numerem I. Natomiast naruszenia dalszych przepisów podniesionych w odwołaniu Izba nie stwierdziła.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

23

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący

Członkowie

.....

24