Sygn. akt: KIO 786/11
KIO 797/11

WYROK
z dnia 12 maja 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Katarzyna Prowadzisz
Ewa Rzońca
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 kwietnia 2011 roku przez wykonawcę **Shanghai Electric Group Company Limited, 30F, 8 Xingyi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa**

B. w dniu 15 kwietnia 2011 roku przez wykonawcę **Doosan Power Systems Limited Doosan House Crawley Business Quarter Manor Royal, Crawley, West Sussex RH10 9AD, Wielka Brytania**

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółkę Akcyjną, 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63**
przy udziale:

A. wykonawcy **Doosan Power Systems Limited Doosan House Crawley Business Quarter Manor Royal, Crawley, West Sussex RH10 9AD, Wielka Brytania,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 786/11 po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ALSTOM Power Systems GmbH, ALSTOM Power Systems S.A., PBG Spółka Akcyjna, 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 12,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 786/11 po stronie zamawiającego

---

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **RAFAKO Spółka Akcyjna, Polimex - Mostostal Spółka Akcyjna, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 786/11 po stronie zamawiającego i KIO 797/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. A. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Shanghai Electric Group Company Limited, 30F, 8 Xingyi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa**

   B. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę **Doosan Power Systems Limited Doosan House Crawley Business Quarter Manor Royal, Crawley, West Sussex RH10 9AD, Wielka Brytania** i nakazuje zamawiającemu - **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółce Akcyjnej, 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63** unieważnienie czynności zakwalifikowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **RAFAKO Spółka Akcyjna, Polimex - Mostostal Spółka Akcyjna, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** do dalszego udziału w postępowaniu i wykluczenie ich z postępowania

2. kosztami postępowania obciąża **Shanghai Electric Group Company Limited, 30F, 8 Xingyi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa** i **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółkę Akcyjną, 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Shanghai Electric Group Company Limited, 30F, 8 Xingyi Road, Shanghai, Chińska Republika Ludowa** i **Doosan Power Systems Limited Doosan House Crawley Business Quarter Manor Royal, Crawley, West Sussex RH10 9AD,**

Wielka Brytania tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółki Akcyjnej, 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63** na rzecz **Doosan Power Systems Limited Doosan House Crawley Business Quarter Manor Royal, Crawley, West Sussex RH10 9AD, Wielka Brytania** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2001 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszym wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący: ……
……
……

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 kwietnia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 786/11

W dniu 15 kwietnia 2011 roku wykonawca Shanghai Electric Group Company Limited Chińska Republika Ludowa wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w toku postępowania polegających na:

1) bezprawnym wykluczeniu odwołującego się z postępowania z powodu niewykazania zdolności technicznej przez odwołującego się, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej do takiego wykluczenia,
2) zaniechaniu uwzględnienia przy ocenie wniosków dokumentów przedstawionych przez odwołującego się we wniosku, jak również w uzupełnieniu wniosku z dnia 12 marca 2011 roku,
3) bezprawnym przyjęciu, że dokumenty przedstawiony przez odwołującego się nie posiadają zawartej w nich literalnie treści i nie potwierdzają posiadania przez odwołującego się wiedzy i doświadczenia, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że są w nieodpowiedniej formie.

Powyższym czynnościom odwołujący się zarzucił:

a) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego bezprawne zastosowanie, polegające na wykluczeniu odwołującego się z postępowania w wyniku bezpodstawnego uznania, iż odwołujący się nie wykazał spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia;

b) naruszenie art. 26 ust. 2b poprzez jego błędną wykładnię i dowolne przyjęcie, że oświadczenia podmiotów trzecich, które udostępniają odwołującemu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny, przedłożone przez odwołującego nie zawierają treści wymaganej przez 4

---

cytowany przepis ustawy Pzp i nie udowadniają faktu zobowiązania się do udzielenia takich zasobów;

c) Naruszenie art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczenia woli (zobowiązania się podmiotów trzecich do udostępnienia

zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego bez uwzględnienia celu i zamiaru składającego oświadczenie woli, w oparciu o wyłącznie literalne brzmienie oświadczenia);
d) Naruszenie § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. z 2009r. Nr 226, poz. 1817) (dalej „Rozporządzenie"), które miało zastosowanie do przedmiotowego Postępowania w związku z art. 26 ust. 2b PZP, poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący (działający w jego imieniu pełnomocnik) nie jest uprawniony do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów urzędowych - licencji na prowadzenie działalności, dotyczących podmiotów trzecich, o których mowa w art. 26 ust. 2b PZP.
e) Naruszenie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie udzielenie uzasadnienia faktycznego, co do ewentualnej wadliwości pozostałych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków zdolności technicznej określonej w pkt III 2.3. 1B ogłoszenia.

Odwołujący się wniósł o:
a) uwzględnienie odwołania;
b) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której zamawiający poinformował odwołującego się faxem w dniu 6 kwietnia 2011 roku, w postaci nadesłania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i listy wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w konsekwencji unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania;
c) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do postępowania,
d) nakazanie zamawiającemu pozytywnej oceny wniosku o dopuszczenie do postępowania odwołującego się i zaproszenie odwołującego się do dalszych etapów postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zamawiający zgodnie z ogłoszeniem z dnia 20 października 2010 roku o wszczęciu postępowania (w dalszej części „Ogłoszenie") wymagał od wykonawców, którzy zamierzali wziąć udział w postępowaniu, wykazaniem się posiadania odpowiedniej zdolności technicznej określonej w sekcji III 2.3. Ogłoszenia. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tylko ci wykonawcy, którzy na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniają następujące warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; tj:
1.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 przejęciem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego bloku energetycznego opalanego węglem na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 360 MWe brutto składającego się, co najmniej z kotła, turbiny kondensacyjnej wraz z generatorem i układem wyprowadzenia mocy, zamkniętego układu chłodzenia oraz instalacji zapewniających spełnienie norm dotyczących emisji zanieczyszczeń, 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 łącznie:
1.B). wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniem przynajmniej 1 (jednego) zamówienia, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum: zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego kotła wraz z układami pomocniczymi kotła, w tym instalacji zapewniających spełnienie norm dotyczących emisji zanieczyszczeń dla bloku energetycznego opalanego węglem na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 360 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
oraz
Wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniem

przynajmniej (jednego) zamówienia, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum: *zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego turbozespołu wraz z generatorem i układem wyprowadzenia mocy*

---

dla bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 360 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.
oraz

Wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym zamówienia, którego zakres przedmiotowy ukończeniem przynajmniej 1 (jednego)
obejmował minimum: zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego zamkniętego układu chłodzenia dla bloku energetycznego o mocy minimum 360 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;
2). wykażą się posiadaniem własnej technologii na budowę kotła na parametry nadkrytyczne oraz technologii na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne oraz posiadaniem wszystkich innych niezbędnych praw, w tym praw własności przemysłowej oraz majątkowych praw autorskich dla tych technologii albo posiadaniem licencji w powyższym zakresie obowiązujących na rynku krajów objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (G PA).

Odwołujący się w dniu 23 grudnia 2010 roku złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Następnie w dniu 16 lutego 2011 roku zamawiający wezwał do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w ramach złożonego wniosku, w piśmie z dnia 23 lutego 2011 roku odwołujący się wniósł o sprecyzowanie wezwania, w dniu 28 lutego 2011 roku zamawiający sprecyzował wezwanie

Na podstawie wezwania i sprecyzowania wezwania, odwołujący uzupełnił wniosek składając uzupełnienie wraz z dodatkowymi dokumentami do wniosku. Odwołujący udzielił wszelkich wymaganych wyjaśnień, jak również przedłożył wszelkie wymagane dokumenty i oświadczenia niezbędne do pozytywnej oceny jego wniosku.

Po dokonaniu oceny wniosku i uzupełnienia wniosku zamawiający pismem z dnia 6 kwietnia 2011 roku zawiadomił odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z ich uzupełnieniami na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zawiadomił o wykluczeniu odwołującego z postępowania i wyjaśnieniami wykluczył odwołującego z postępowania na postawie art. 24 ust 2. pkt ustawy

---

Pzp uzasadniając, w odniesieniu do zarzutu zamawiającego, iż „Wykonawca w konsekwencji [domniemanych] braków w dokumentacji złożonej wraz ze wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowania z dnia 23 grudnia 2010 r. (lub jak zdefiniowano oraz Pismem zawierającym uzupełnienie wniosku oraz dodatkowe wyjaśnienia z dnia 12 marca 2011 r. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Sekcji III. 2.3. punkt 1.A) lub 1.B) oraz punkt 2 Ogłoszenia -zdolność techniczna".

Odwołujący się zaprzeczył w całości powyższemu zarzutowi, jako bezzasadnemu i wskazał, iż w całości wykazał spełnianie łącznego warunku opisanego w pkt. 1.B), oraz warunku opisanego w pkt 2 ogłoszenia. Odwołujący po analizie uzasadnienia zawiadomienia zamawiającego doszedł do wniosku, że zamawiający przy dokonywaniu oceny spełniania warunków, nie wziął pod uwagę wszystkich przedłożonych przez odwołującego dokumentów (w tym potwierdzających spełnianie warunków technicznych określonych w sekcji III 2.3. punkt 1 B) akapit 1 i 2 tj. kotła wraz z układami pomocniczymi i turbozespołu wraz z generatorem). Zamawiający odniósł się i rozpatrzył jedynie złożone przez odwołującego oświadczenia podmiotów trzecich złożonych w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

Na dowód spełniania warunku opisanego w pkt. 1.B) ogłoszenia, odwołujący wskazał, iż do złożonego wniosku, a w ślad za nim złożonego uzupełnienia, załączył następujące

dokumenty:
I A. Spełnianie przez odwołującego warunku sekcja III 2.3 punkt 1 B) akapit 1 - wykonanie kotła wraz z układami pomocniczymi

W zakresie spełniania warunku polegającego na wykonaniu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniu przynajmniej 1 (jednego) zamówienia, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum: zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego kotła wraz z układami pomocniczymi kotła, w tym instalacji zapewniających spełnienie norm dotyczących emisji zanieczyszczeń dla bloku energetycznego opalanego węglem na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 360 MWe brutto, odwołujący wskazał m.in. na zamówienie zrealizowane w Elektrowni Yangxi (pozycja nr 2 i 4 wykazu, załącznik nr 21 do uzupełnienia), gdzie pełnił on funkcję głównego wykonawcy. W celu potwierdzenia prawidłowego wykonania zamówienia, odwołujący się przedłożył referencje - świadectwo dopuszczenia do stosowania, wystawione przez inwestora Yangxi Harbor Electric Power Development Co, Ltd (załącznik nr 3B do uzupełnienia oraz str. 86 i 87 wniosku) oraz wyciągi z Raportów z badań wydajności, zatwierdzone przez Xi An Thermal Research Institute Co. Ltd. w celu potwierdzenia spełniania norm dotyczących emisji (załączniki nr 23 oraz 24 do uzupełnienia) - wobec czego

w sposób pełny i prawidłowy wykazał spełnianie powyższego warunku. Treść tych dokumentów jednoznacznie wskazuje, iż odwołujący w ramach kontraktu EPC (wykonanie „pod klucz") „sfinalizował projektowanie, wytwarzanie, dostawę na miejsce budowy, instalację, uruchomienie i testowanie oraz zarządzanie projektem. Wyżej wspomniana elektrownia została zbudowana i rozpoczęła swoją działalność w grudniu 2009, a jej wyniki są zadawalające". Takie sformułowanie w referencji jest zgodne z wymaganym przez inwestora prawidłowym wykonaniem inwestycji, co jest równoznaczne z wykonaniem zadania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zgodnie ze sztuką inżynierską oraz zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W przeciwnym razie inwestor wskazując w referencji również listę większych zakresów dostaw nie potwierdziłby odwołującemu (jedynemu podmiotowi odpowiedzialnemu przed inwestorem za wykonanie całej inwestycji), że elektrownia została zbudowana, rozpoczęła swą działalność, a wyniki są zadawalające.

Ponadto z pierwszych stron załączników 23 i 24 dotyczących tejże inwestycji wynika, wprost, że raporty dotyczące emisji zostały zatwierdzone, co oznacza, że instalacje spełniają normy dotyczące zanieczyszczeń, nawet więcej, wynik emisji NOx 162mg/m3 jest ponad dwukrotnie lepszy (niższy) od wymaganego 400mg/m3.

Powyżej cytowane dokumenty i oświadczenia odwołującego są wystarczające do stwierdzenia, iż odwołujący spełnia warunek okresowy w Sekcji III 2.3 punkt 1 B) akapit 1 na wykonanie kotła wraz z układami pomocniczymi. Odwołujący nie zna przyczyn, dla jakich Zamawiający zignorował powyższe dokumenty przy ocenie Wniosku wraz z Uzasadnieniem.
II. A Spełnianie przez odwołującego warunku sekcja III 2.3 punkt 1 B) akapit 2 - wykonanie turbozespołu wraz z generatorem

W zakresie spełniania warunku polegającego na wykonaniu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniu przynajmniej 1 (jednego) zamówienia, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum: zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego turbozespołu wraz z generatorem i układem wyprowadzenia mocy dla bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 360 MWe brutto, odwołujący wskazał na zamówienie zrealizowane w Elektrowni Yangxi (pozycja nr 2 i 4 Wykazu, załącznik nr 21 do Uzupełnienia), gdzie pełnił on funkcję głównego wykonawcy. Dokumentem potwierdzającym wykonanie opisywanego zamówienia jest jak wyżej w pkt. I A - świadectwo dopuszczenia do stosowania wystawione przez inwestora Yangxi Harbor Electric Power Development Co, Ltd (strona 86 i 87 wniosku i załącznik 3B uzupełnienia), gdzie inwestor potwierdza, że

odwołujący: „sfinalizował projektowanie, wytwarzanie, dostawę na miejsce budowy, instalację, uruchomienie i testowanie oraz zarządzanie projektem. Wyżej wspomniana elektrownia została zbudowana i rozpoczęła swoją działalność w grudniu 2009, a jej wyniki są zadawalające. W punktach 8 i 9 inwestor potwierdził parametry turbozespołu i generatora

oraz systemu wyprowadzania mocy - punkt 10 (ang. buster station), Odwołujący podtrzymuje swoją argumentację dotyczącą ważności dokumentu wystawionego przez inwestora. Wobec powyższego w sposób pełny i prawidłowy odwołujący wykazał zrealizowanie powyższego warunku.
III. A Spełnianie przez odwołującego warunku sekcja III 2.3 punkt 1 B) akapit 3 - wykonanie zamkniętego układu chłodzenia.

W zakresie spełniania warunku polegającego na wykonaniu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniu przynajmniej 1 (jednego) zamówienia, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum: zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego zamkniętego układu chłodzenia dla bloku energetycznego o mocy minimum 360 MWe brutto, odwołujący wskazał na:
a. zamówienie zrealizowane w Elektrowni Tianji (pozycja nr 7 Wykazu, załącznik nr 21 do Uzupełnienia) przez spółkę Shanghai Power Construction Engineering Co., przedstawiając dodatkowo na wezwanie zamawiającego stosowne oświadczenie złożone w trybie art. 26 ust. 2b PZP przez wskazaną spółkę (załącznik 10A Uzupełnienia strona 122, 124, 125 Wniosku). W celu potwierdzenia prawidłowego wykonania zamówienia, odwołujący przedłożył referencje - zaświadczenie wystawione dla Shanghai Power Construction Engineering Co przez spółkę Shanghai Huai Coal and Electric Ltd. (załącznik nr 10B do Uzupełnienia oraz str. 125 Wniosku).

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego podniósł, że: „Zdaniem zamawiającego wykonawca nie udowodnił, ze będzie dysponował zasobami spółki Shanghai Power Construction Engineering Co., na czas realizacji przedmiotu zamówienia Zobowiązanie o takiej treści (...) nie dowodzi, że zasoby spółki Shanghai Power Construction Engineering zostaną Wykonawcy udostępnione" (strona 7 zawiadomienia Ad1.).

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż zamawiający nie zadał sobie trudu dokładnego przeczytania treści zobowiązania podmiotu trzeciego, jak również dokonał nieuprawnionej wykładni przepisu art. 26 ust. 2b. pomimo, iż jego jednoznaczną treść zacytował w uzasadnieniu zawiadomienia:

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi wprost 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.

W ocenie odwołującego się nie ulega wątpliwości, iż w celu wykazania udostępnienia zasobów przez inne podmioty, wykonawca może przedstawić różne dokumenty, oświadczenia, z których wynika fakt przedstawienia wykonawcy do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego, stąd jest to katalog otwarty. Co więcej ustawodawca wskazuje, również wprost jeden ze sposobów udowodnienia zamawiającemu powyższej okoliczności poprzez - przedstawienie pisemnego zobowiązania takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wystarczające jest więc dla zadośćuczynienia dyspozycji art. 26 ust. 2b PZP złożenie takiego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca może składać również inne dokumenty, z których wynikają powyższe okoliczności, mogą być nimi umowy przedwstępne, generalne, o współpracy etc. Zobowiązanie podmiotu trzeciego nie musi obligatoryjnie powtarzać sformułowania ustawowego. Może to być to być każde oświadczenie podmiotu trzeciego, z którego wynika intencja: zobowiązania się udostępnienia wykonawcy zasobów koniecznych do wykonania zamówienia przez okres wykonania zamówienia. Co więcej zamawiający jest zobowiązany do badania pełnej treści takiego oświadczenia podmiotu trzeciego całościowo, mając na uwadze cel, adresata i okoliczności, w jakich zostało ono złożone, jeżeli zamawiający ma jakiekolwiek wątpliwości przy interpretacji takiego oświadczenia.

Podmiot trzeci Shanghai Power Construction Engineering Co. (dalej „SPCE") złożył oświadczenie (załącznik nr 10A uzupełnienia i strona 122 wniosku) w formie i treści przedstawionej jako przykładowa w treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. SPCE złożył

oświadczenie w formie pisemnej, skierował je do wiadomości również zamawiającego, przytoczył nazwę postępowania, oznaczył zakres swojej specjalizacji oraz literalnie oświadczył, że zobowiązuje się do: (i) wpierania Shanghai Electric Group Co. Ltd (SEC) w procesie składania oferty na ww. projekt, (ii) udostępniania zasobów do dyspozycji SEC na etapie przetargu, a następnie do następnie do negocjowania i podpisania umowy wraz z jej wykonaniem, jeżeli dojdzie do skutku"

Zobowiązanie to jest konkretne, co więcej odpowiada literalnej treści przepisu art. 26 ust. 2b PZP oraz udostępnienie zasobów do dyspozycji SEC obejmuje okres nie tylko postępowania, ale również wykonania zawartej z zamawiającym umowy, czyli na czas realizacji zamówienia publicznego. Co więcej takie oświadczenie winno być interpretowane, jako zobowiązanie przyszłego podwykonawcy do wykonania wyżej określonego zakresu przedmiotu zamówienia, na co wskazuje dodatkowo oznaczenie zobowiązania „promesa podwykonawcy". Ponadto odwołujący się dołączył dodatkowo drugie oświadczenie SPCE z dnia 26 listopada 2010 roku, z którego treści również jednoznacznie wynika, że SPCE zobowiązuje się udzielić wsparcia przy składaniu oferty, pozostawić zasoby do dyspozycji odwołującego przez całe postępowanie, jak również podczas podpisania kontraktu, wykonania zgodnie z projektem, realizacji, uruchomienia i oddania do eksploatacji zamkniętego systemu wody chłodzącej dla nowego bloku w Elektrowni Turów w Polsce. W ostatnim akapicie tego oświadczenia zawarte jest zobowiązanie SPCE do wykonania tej części zamówienia przez SPCE w charakterze podwykonawcy: „będziemy wspierać Shanghai Electric Group Co. Ltd w ramach przedsięwzięcia jak również zapewnimy powyższy zakres prac na warunkach preferencyjnych". Jest to jednoznaczne zobowiązanie się podmiotu trzeciego odpowiadające dyspozycji art. 26 ust. 2b PZP.

Odwołujący dostarczył również zaświadczenie inwestora Shanghai Huai Coal and Electric Ltd, który oświadcza, że SPCE wykonał zamknięty układ wody chłodzącej w Elektrowni Tianji 2X600MW. Projekt ten przeszedł pomyślne próby eksploatacyjne, co jest równoznaczne z faktem, iż został on wykonany prawidłowo zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony, w przeciwnym razie nadzór budowlano techniczny nie dopuściłby i nie wyraził zgody na rozpoczęcie eksploatacji bloków wraz z instalacjami mu towarzyszącymi (załącznik 10B uzupełnienia i strona 124 wniosku). Wobec powyższego w sposób pełny i prawidłowy odwołujący wykazał zrealizowanie powyższego warunku.

Pomimo, że oświadczenia i dokumenty określone w punkcie powyżej są wystarczające dla wykazania spełnienia warunku określonego w Sekcji III 2.3 punkt 1B) akapit 3, odwołujący dodatkowo przekazał zamawiającemu odpowiednią dokumentację zamówienia zrealizowanego w Elektrowni Wangting (pozycja nr 6 Wykazu, załącznik nr 21 do Uzupełnienia) przez spółkę East China Electric Power Design Institute, przedstawiając dodatkowo na wezwanie zamawiającego stosowne oświadczenie złożone w trybie art. 26 ust. 2b PZP przez wskazaną spółkę (załącznik nr 14 do uzupełnienia oraz strona 119 wniosku). W celu potwierdzenia prawidłowego wykonania zamówienia, Odwołujący przedłożył referencje - zaświadczenie wystawione dla East China Electric Power Design Institute przez spółkę Shanghai Huadian Wangting Power Plant. (załącznik nr 9 do

uzupełnienia oraz str. 119 wniosku), co w stosunku do pkt. a. powyżej, stanowi dodatkowe, aczkolwiek ponad normę, potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku. W zaświadczeniu tym inwestor wskazuje, że elektrownia działa dobrze i bez przerwy. Należy podkreślić, że gdyby zamówienie nie zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, odpowiednie organy admmistracyjno-techniczne nie udzieliłyby zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji bloku energetycznego.
Podmiot trzeci East China Electric Power Design Institute posługuje się w obrocie prawnym zamienne pełną firmą „China Power Engineering Consulting Group Corporation East China Electric Power Design Institute" lub jest skróconą formą drugim członem firmy East China Electric Power Design Institute.
W licencji na prowadzenie działalności podane jest pełne brzmienie firmy i jego kopia została załączona do uzupełnienia - załącznik nr 16. Oświadczenie to zostało podpisane przez uprawnionego do reprezentacji spółki reprezentanta prawnego Wang Liwei, ujawnionego w licencji na prowadzenie działalności. Zarzut zamawiającego, iż oświadczenie i licencja na

prowadzenie działalności gospodarczej dotyczą dwóch różnych podmiotów jest wobec powyższego chybiony i wynika prawdopodobnie z braku wiadomości, iż spółka ta może się posługiwać pełną lub skróconą firmą w obrocie prawnym.
A IV Spełnianie przez odwołującego warunku Sekcja III 2.3 punkt 2.
W Sekcji III 2.3. punkt 2 zamawiający postawił wykonawcom drugi wymóg związany ze zdolnością techniczną, zobowiązujący ich do wykazania się:
1 (i) posiadaniem własnej technologii na budowę kotła na parametry nadkrytyczne oraz (ii) technologii na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne oraz posiadaniem wszystkich innych niezbędnych praw, w tym praw własności przemysłowej oraz majątkowych praw autorskich dla tych technologii
albo
(2) posiadaniem licencji w powyższym zakresie obowiązujących na rynku krajów objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA).
Na stronie 11 ogłoszenia akapit 2) zamawiający dla spełnienia powyższego warunku wymagał, aby wykonawca złożył:
„Oświadczenie własne wykonawcy o posiadaniu własnej technologii na budowę kotła na parametry nadkrytyczne oraz technologii na budowę turbozespołu na parametry

nadkrytyczne oraz posiadaniu wszystkich innych niezbędnych praw, w tym praw własności przemysłowej oraz majątkowych praw autorskich dla tych technologii
albo
umowę licencyjną / Wyciąg z umowy licencyjnej (zawierającą co najmniej nazwy/adresy stron umowy, zakres udzielanej licencji (w tym pola eksploatacji), zakres terytorialny obowiązywania licencji, czas trwania licencji, potwierdzającą posiadanie licencji w powyższym zakresie obowiązujących na rynku krajów objętych Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA)".
Również w tym zakresie każdy z wykonawców był uprawniony do wykazania tego warunku w trybie art. 26 ust. 2b PZP (zgodnie z Sekcją VI.3 8 Ogłoszenia str. 13).
Odwołujący w zakresie posiadania Zdolności Technicznej:
a. „własnej technologii na budowę kotła na parametry nadkrytyczne" Odwołujący przedłożył zamawiającemu zobowiązanie swojej spółki zależnej Shanghai Boiler Works Ltd. („SBW") (załącznik nr 20 do uzupełnienia), gdzie spółka ta skierowała do wiadomości zamawiającego oświadczenie, w którym jednoznacznie stwierdza, że „dysponuje technologią bloków nadkrytycznych o mocy do 600MW oraz własnością intelektualną", oraz że „udziela spółce wsparcia przy składaniu oferty, a następnie przy prowadzeniu negocjacji i podpisaniu Kontraktu na kocioł nadkrytyczny produkowany przez nas do nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów w Polsce". Ponadto SBW w ostatnim akapicie oświadczenia, iż złożył zobowiązanie, że będzie w pełni wspierać odwołującego w ramach przedsięwzięcia, jak i dostarczy wyżej wymieniony sprzęt na warunkach preferencyjnych.
Dla spełnienia tego warunku, jak sam to wskazał zamawiający, wystarczające jest złożenie odpowiedniego oświadczenia przez wykonawcę lub inny podmiot w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wobec powyższego jest niezrozumiałym i bezzasadnym stwierdzenie zamawiającego zawarte na stronie 10 zawiadomienia, iż z treści oświadczenia nie wynika, że SBW posiada wymaganą technologię i udostępni ją odwołującemu.
SBW, oprócz informacji o posiadaniu takiej technologii oraz własności intelektualnej, zobowiązała się również do dostarczenia powyższego zakresu zamówienia odwołującemu. Oznacza to, jednoznacznie, biorąc pod uwagę treść oświadczenia, jego kontekst, wskazanie konkretnego Postępowania, stosunku zależności kapitałowej SBW od odwołującego, że SBW udostępni swoje wszelkie zasoby, jako podwykonawca, niezbędne w realizacji projektu w Elektrowni Turów w zakresie technologii i własności intelektualnej i innych z tym

związanych niezbędnych do wykonania zamówienia, projektowania i wykonania go. Zwroty „Udzielamy wsparcia", „będziemy w pełni wspierać spółkę w ramach tego przedsięwzięcia" są jednoznaczne z zobowiązaniem się do udostępnienia wszelkiego niezbędnego wiedzy, doświadczenia potencjału technicznego osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wobec powyższego działanie zamawiającego, polegające na nieuwzględnieniu zobowiązania SBW, jako w pełni wartościowego, potwierdzającego spełnianie opisywanego warunku, jest

całkowicie bezprawne, a odwołujący w sposób pełny i prawidłowy poprzez złożenie oświadczenia własnego przez podmiot trzeci w trybie art. 26 ust 2b PZP wykazał spełnienie powyższego warunku dotyczącego zdolności technicznej.
b. Odwołujący w celu wykazania posiadania „technologii na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne oraz posiadaniem wszystkich innych niezbędnych praw" przedłożył Zamawiającemu zobowiązanie swojej spółki zależnej Shanghai Electric Power Generation Equipment Co.Ltd. („SEPGE") (Załącznik nr 19 do Uzupełnienia oraz wyciąg z umowy Joint Venture str. 95 -103 Wniosku dotyczący powołania SEPGE). W wyciągu z umowy joint venture, odwołujący przedstawił, w jaki sposób została utworzona spółka SEPGE (spółka zależna kapitałowo od odwołującego). Nowo powołana spółka SEPG (zwana również w umowie joint venture NEWCO - od angielskiego „new company") została utworzona między chińskimi podmiotami a SIEMENS LTD China. Zgodnie z art. 7 umowy joint venture SEPGE zakresem działalności SEPGE jest projektowanie i produkcja urządzeń energetycznych, w tym turbin parowych na parametry podkrytyczne i nadkrytyczne (pkt.1) oraz wytwornic pary (generatorów) (pkt. 2) i innych; a także prace badawczo-rozwojowe w zakresie nowych produktów. SEPGE jest podmiotem nie tylko posiadającym własne technologie w powyższym zakresie i wszelkie prawa z tym związane, ale również zajmuje się projektowaniem takich urządzeń (co wiąże się z uzyskiwaniem praw do nowych technologii), ale także SEPGE jest producentem powyższych urządzeń opartych na własnych technologiach, projektach i rozwiązaniach technicznych.
Odwołujący na podstawie wyciągu z umowy Joint Venture str. 95 -103 wniosku dotyczący powołania SEPGE, wykazał, że SEPGE posiada odpowiednią technologię na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne oraz posiadaniem wszystkich innych niezbędnych praw. Natomiast SEPGE złożył pisemne oświadczenie skierowane do wiadomości Zamawiającego, w którym jednoznacznie zobowiązał się do „udzielenia spółce wsparcia przy składaniu oferty, a następnie przy prowadzeniu negocjacji i podpisaniu Kontraktu na produkowaną przez nas turbinę na parametry nadkrytyczne i generator do nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów w Polsce". Ponadto SEPGE w ostatnim akapicie

oświadczenia, złożył zobowiązanie, że będzie w pełni wspierać Odwołującego w ramach przedsięwzięcia jak i dostarczy wyżej wymieniony sprzęt na warunkach preferencyjnych.

W ocenie odwołującego się niezrozumiałym i bezzasadnym jest stwierdzenie zamawiającego zawarte na stronie 10 zawiadomienia, iż z treści oświadczenia nie wynika, że SEPGE posiada wymaganą technologię i udostępni ją odwołującemu. Biorąc pod uwagę treść oświadczenia, jego kontekst, wskazanie konkretnego postępowania, stosunku zależności kapitałowej SEPGE od odwołującego, jest oczywistym, że SEPGE udostępni swoje wszelkie zasoby, jako podwykonawca niezbędne w realizacji projektu w Elektrowni Turów w zakresie technologii i własności intelektualnej i innych z tym związanych niezbędnych do wykonania zamówienia, projektowania i wykonania gotowego produktu. Treść zobowiązania SEPGE należy wykładać mając na uwadze wszystkie dokumentu złożone przez odwołującego, udostępnione przez SEPGE i dotyczące zaangażowania SEPGE w wykonanie zamówienia objętego postępowaniem. Zwroty „Udzielamy wsparcia", „będziemy w pełni wspierać spółkę w ramach tego przedsięwzięcia" są jednoznaczne z zobowiązaniem się do udostępnienia wszelkiej niezbędnej wiedzy, doświadczenia potencjału technicznego osób zdolnych do wykonania zamówienia, to w tym przypadku oznacza udostępnienie technologii i wszelkich związanych z nią praw, pomocy w projektowaniu i wykonaniu turbozespołu. Dostarczenie przez SEPGE turbozespołu dla odwołującego na warunkach preferencyjnych (podjęcie takiego zobowiązania) nie byłoby przecież możliwe gdyby SEPGE nie posiadał własnej technologii, odpowiednich kadr zajmujących się projektowaniem oraz potencjałem produkcyjnym. Wobec powyższego działanie Zamawiającego, polegające na nieuwzględnieniu tychże dwóch dokumentów, zobowiązania SEPGE jako w pełni wartościowego oraz treści umowy joint venture powołującej SEPGE z dnia 26 czerwca 2006 roku, potwierdzającego spełnianie opisywanego warunku, jest całkowicie bezprawne, a odwołujący w sposób pełny i prawidłowy poprzez złożenie oświadczenia własnego przez podmiot trzeci w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp wykazał spełnienie powyższego warunku dotyczącego zdolności technicznej.

Odwołujący zarzuca również zamawiającemu naruszenie art. §6 ust. 2 rozporządzenia poprzez jego błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż odwołujący

(działający w jego imieniu pełnomocnik Marek Frydrych) nie jest uprawniony do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów urzędowych - licencji na prowadzenie działalności dotyczących podmiotów trzecich, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, których to zobowiązania zostały przedłożone w uzupełnieniu.

16

Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia stwierdził, iż pełnomocnik Marek Frydrych nie był uprawniony do poświadczenia za zgodność z oryginałem licencji na prowadzenie działalności następujących podmiotów:
a) Shanghai Power Construction Engineering Co. (Załącznik 16 Uzupełnienia)
b) China Power Engineering Consulting Group Corporation East China Electric Power Design Institue (Załącznik 15 Uzupełnienia)
c) Shanghai Electric Power Generation Equipment Co.Ltd. (Załącznik 19A Uzupełnienia)
d) Shanghai Boiler Works Ltd. (Załącznik 20A Uzupełnienia)

Zamawiający zacytował brzmienie §6 ust. 2 Rozporządzenia „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty". Stwierdził również (strona 8,9,10,11 zawiadomienia) że „wymaganie to zostało powtórzone przez zamawiającego w ogłoszeniu" (sekcja. VI.3. pkt. 6 ogłoszenia), co nie jest prawdą. Abstrahując od błędnej wykładni § 6 rozporządzenia dokonanej przez zamawiającego, o czym w dalszej części uzasadnienia, odwołujący chciałby podkreślić i zwrócić uwagę, iż w sekcji. VI.3. pkt. 6 ogłoszenia, do którego zamawiający sam odsyła w uzasadnieniu zawiadomienia jest napisane wprost:
„6. Dokumenty wymagane wraz z Wnioskiem, a wyszczególnione w Rozporządzeniu 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) - mogą być składane w formie oryginału lub kopii. Każda strona dokumentu w formie kopii z oryginału musi być poświadczona przez wykonawcę za zgodność z oryginałem (za wyjątkiem pełnomocnictw, które powinny być wystawione zgodnie z sekcją III.2.1. punkt 8 niniejszego Ogłoszenia)."

Dyspozycja wydana wykonawcom jest jednoznaczna, każde poświadczenie musi być dokonane przez wykonawcę. W tym zakresie zamawiający nie daje żadnego wyboru wykonawcom, co jest również sprzeczne z literalnym brzemieniem § 6 ust. 2 rozporządzenia i celu, w jakim został on wprowadzony. Należy podkreślić, iż w obecnym brzmieniu ogłoszenia, poświadczenie dokonane przez np. inne podmioty, naraziłoby odwołującego na zarzut właśnie naruszenia dyspozycji zamawiającego określonego w sekcji. VI.3. pkt. 6, gdzie poświadczać zawsze musi wykonawca.

17

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 kwietnia 2011 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili: wykonawca Doosan Power Systems Limited Doosan House Crawley Business Quarter Manor Royal, Crawley, West Sussex RH10 9AD, Wielka Brytania, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ALSTOM Power Systems GmbH, ALSTOM Power Systems S.A., PBG Spółka Akcyjna, 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 12, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: RAFAKO Spółka Akcyjna, Polimex - Mostostal Spółka Akcyjna, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, wniosku odwołującego się wraz z uzupełnieniem, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stroni przystępujących złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołujący się nie potwierdził, że spełnia warunek określony w sekcji III.2.3 punkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający we wskazanym punkcie określił, że do dalszego postępowania zostaną zaproszeni wykonawcy, którzy wykażą się posiadaniem własnej technologii na budowę kotła na parametry nadkrytyczne oraz technologii na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne oraz posiadaniem wszystkich innych niezbędnych praw, w tym praw własności przemysłowej oraz majątkowych praw autorskich dla tych technologii albo posiadaniem licencji w powyższym zakresie obowiązujących na rynku krajów objętych porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA).

Potwierdzeniem tego warunku miało być oświadczenie własne wykonawcy o posiadaniu własnej technologii na budowę kotła na parametry nadkrytyczne oraz technologii na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne oraz posiadaniu wszystkich innych niezbędnych praw, w tym praw własności przemysłowej oraz majątkowych praw autorskich dla tych technologii albo umowa licencyjna/wyciąg z umowy licencyjnej (zawierająca co najmniej nazwy, adresy stron umowy, zakres udzielanej licencji /w tym pola eksploatacji/, zakres terytorialny obowiązywania licencji, czas trwania licencji) potwierdzająca posiadanie

licencji w powyższym zakresie obowiązujących na rynku krajów objętych porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA). Możliwe było również w zakresie tego warunku skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

Wraz z wnioskiem odwołujący się złożył następujące oświadczenia:
- oświadczenie odwołującego się w sprawie turbiny (strony 90-92 wniosku) z dnia 16 grudnia 2010 roku podpisane przez Panią Yang Ying i dotyczące zawarcia z SIEMENS Ltd. Chiny kontraktu Joint Venture;
- oświadczenie odwołującego się w sprawie kotła/technologii generatora pary (str. 104-106 wniosku) z dnia 16 grudnia 2010 roku podpisane przez Panią Yang Ying;

Izba przeanalizowała wzmiankowane oświadczenia i doszła do wniosku, że odwołujący się w powyższym zakresie opierał się na zasobach podmiotów trzecich na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W tym celu – zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b zd. 2 winien był udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedstawienie w tym celu pisemnych zobowiązań tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tymczasem oświadczenia dołączone do wniosku są oświadczeniami złożonymi nie przez podmioty udostępniające swoje zasoby odwołującemu się, ale przez samego odwołującego się. Zamawiający zasadnie zatem wezwał odwołującego się do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków określonych w ogłoszeniu.

Złożone w wyniku uzupełnienia oświadczenie Shanghai Boiler Works Ltd. Nie potwierdza faktu udostępnienia zasobów odwołującemu się w zakresie dysponowania technologią kotła na parametry nadkrytyczne. Z oświadczenia wynika między innymi, że składający oświadczenie dysponuje technologią bloków nadkrytycznych o mocy do 600 MW oraz własnością intelektualną oraz że udziela wsparcia przy składaniu oferty, a następnie przy prowadzeniu negocjacji i podpisaniu kontraktu na kocioł nadkrytyczny produkowany przez niego do nowego bloku elektrycznego w Elektrowni Turów w Polsce. Ponadto Shanghai Boiler Works Ltd. oświadczyła, że przez cały ten okres będzie w pełni wspierać spółkę Shanghai Electric Group Co., Ltd. w ramach tego przedsięwzięcia oraz dostarczy wyżej wymieniony sprzęt na warunkach preferencyjnych.

Analizując złożone oświadczenie Izba doszła do przekonania, że z jego treści nie można wywnioskować ani faktu posiadania przez składającego oświadczenie własnej technologii bądź umowy licencyjnej na dysponowanie taką technologią, ani też zobowiązania

do udostępnienia zasobów w tym zakresie. Izba zgadza się z odwołującym się, że nie istnieje ogólnie obowiązujący wzór oświadczenia o udostępnieniu zasobów, niemniej jednak ze złożonego oświadczenia ma w sposób nie budzący wątpliwości wynikać fakt udostępnienia tych zasobów wykonawcy. Tymczasem w oświadczeniu Shanghai Boiler Works Ltd. jest jedynie mowa o wsparciu, bez wskazania, na czym to ewentualne wsparcie miałoby polegać. W ocenie Izby ma to niebagatelne znaczenie z uwagi na fakt, że poprzez złożenie oświadczenia wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazuje fakt spełniania

przez siebie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie, że wykonawca dysponuje zasobami osoby trzeciej w sposób pozwalający na uznanie, że sam spełnia warunki udziału w postępowaniu nie musi w ocenie Izby polegać koniecznie na złożeniu oświadczenia zawierającego sformułowanie „udostępnia zasoby", lecz również poprzez użycie słów równoznacznych, ale nie pozostawiających wątpliwości co do tego, że takie udostępnienie istotnie nastąpiło. Oświadczenie o udzieleniu wsparcia jest w ocenie Izby na tyle niedookreślone, że umożliwia swobodną jego interpretację, niekoniecznie prowadzącą do wniosku, że istotnie składający oświadczenie udostępnił wymagany potencjał do dyspozycji odwołującego się.

Powyższe rozważania dotyczą również oświadczenia Shanghai Electric Power Generation Equipment Ltd. w sprawie udzielenie wsparcia odwołującemu się w zakresie turbiny na parametry nadkrytyczne. W oświadczeniu tym jest również mowa jedynie o wsparciu odwołującego się przy składaniu oferty, a następnie przy prowadzeniu negocjacji i podpisaniu kontraktu na produkowaną przez składającego oświadczenie turbinę na parametry nadkrytyczne i generator do nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów w Polsce.

Ponadto z oświadczenia tego nie wynika, że Shanghai Electric Power Generation Equipment Ltd. posiada jakąkolwiek technologię na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne. Wniosku takiego nie można wyprowadzić także z treści fragmentu kontraktu Joint Venture. Artykuł 7 umowy obejmuje jedynie zakres działalności nowo powstałej spółki, czyli to, czym spółka w istocie ma się zajmować. W żadnym miejscu przedstawionego fragmentu kontraktu nie ma wzmianki na temat tego, że spółka dysponuje wymaganą technologią (czy to własną, czy na podstawie umów licencyjnych).

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, iż ten bezpodstawnie przyjął, iż kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich

udostępniających swe zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp mogą być poświadczone wyłącznie przez te osoby (względnie przez notariusza), a nie mogą być poświadczone przez wykonawcę.

Zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność przez wykonawcę lub te podmioty. W ocenie Izby redakcja przepisu nie pozostawia wątpliwości, że kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczone wyłącznie przez te osoby. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę sformułowania „odpowiednio", co zdaniem Izby wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu.

Izba oceniła za zasadny zarzut dotyczący bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, że odwołujący się nie wykazał spełniania warunku określonego w sekcji III.2.3 pkt 1b tiret 3 ogłoszenia o zamówieniu. W uzupełnieniu do wniosku (załącznik nr 10A) odwołujący się zamieścił tłumaczenie oświadczenia zawartego we wniosku złożonego przez Shanghai Power Costruction Engineering Co. Z dokumentu tego wynika, iż składający doświadczenie posiada doświadczenie w projektowaniu, dostawach, rozruchu i uruchomianiu zamkniętych systemów chłodzenia wodnego (w tym chłodni kominowych itp.) dla elektrowni o 300 MW do 1000 MW jednostkach ultra nadkrytycznych i zobowiązuje się do wspierania odwołującego się w procesie składania oferty na ww. projekt, udostępnienia jego zasobów do dyspozycji odwołującego się na etapie przetargu, a następnie negocjowania i podpisania umowy wraz z jej wykonaniem, jeśli dojdzie do skutku. W ocenie Izby oświadczenie zawiera wszystkie niezbędne elementy pozwalające na uznanie, że składający oświadczenie w istocie udostępnił odwołującemu się zasoby w zakresie doświadczenia i że udostępnienie to obejmuje również wykonywanie umowy. W ocenie Izby niezrozumiałe są twierdzenia zamawiającego, iż w oświadczeniu nie zdefiniowano pojęć „projekt" i „umowa", w związku z czym zamawiający nie jest w stanie uznać, że odwołujący się udowodnił, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia przez okres korzystania z tych zasobów przy jego wykonaniu. Izba skonstatowała, że w nagłówku pisma

wskazano zamawiającego jako adresata oświadczenia, a następnie oznaczono postępowanie o udzielenie zamówienia jako ET/EU 2/0932/10 pn. Budowa nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Oczywistym jest zatem, że pojęcia „projekt" i „umowa" należy odnosić do wskazanego dokładnie zamówienia, zaś zobowiązanie o udostępnieniu zasobów na etapie wykonania

umowy nie pozostawia wątpliwości co do prawidłowości takiego oświadczenia z punktu widzenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Powyższe dotyczy również załącznika nr 13 do uzupełnienia do wniosku odwołującego się, gdzie zawarto oświadczenie Shanghai Power Construction Engineering Co. Z dnia 26 listopada 2010 roku. Zamawiający zarzucił, że treść oświadczenia nie jest wystarczająca dla potwierdzenia dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Z treści oświadczenia wynika bowiem, że Shanghai Power Construction Engineering Co. udziela wsparcia odwołującemu się w ramach przedsięwzięcia (przy czym brak definicji przedsięwzięcia), jak również zapewni zakres prac na bliżej nieokreślonych warunkach preferencyjnych.

W ocenie Izby zamawiający dokonał wybiórczo oceny złożonego oświadczenia opierając się na niektórych tylko sformułowaniach w nim zawartych. Przedmiotowe oświadczenie zawiera bowiem wskazanie zamawiającego, oznaczenie zamówienia publicznego, którego dotyczy, jak również stwierdzenie, że składający oświadczenie posiada doświadczenie w projektowaniu, realizacji, uruchomianiu i oddawaniu do eksploatacji zamkniętych systemów wody chłodzącej (w tym mokrych chłodni kominowych o ciągu naturalnym itd.) dla elektrowni posiadających nadkrytyczne bloki o mocy 300 MW do 1000MW, jak również stwierdzenie, że zasoby składającego oświadczenie pozostają do dyspozycji odwołującego się na etapie składania oferty, a następnie prowadzenia negocjacji, podpisania kontraktu oraz wykonania zgodnie z projektem, realizacji, uruchomienia i oddania do eksploatacji zamkniętego systemu wody chłodzącej dla nowego bloku w Elektrowni Turów w Polsce.

Izba zwraca uwagę, że złożone oświadczenie należy odczytywać i interpretować biorąc pod uwagę jego całość, a nie tylko niektóre fragmenty. Zamawiający bezpodstawnie opiera swoją decyzję na sformułowaniach, które uważa za niewystarczające bądź nieprecyzyjne, skoro oświadczenie zawiera również elementy nie pozostawiające wątpliwości co do intencji jego autora. Zdaniem Izby kwestionowane oświadczenie jednoznacznie wyraża wolę o udostępnieniu zasobów w sposób odpowiadający wymaganiom wskazanym w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Powyższe rozważania znajdują zastosowanie również wobec oświadczenia East China Electric Power Design Institute. Załącznik nr 14 do uzupełnienia do wniosku zawiera stwierdzenie, że zasoby składającego oświadczenie pozostają do dyspozycji odwołującego się na etapie składania oferty, a następnie na etapie prowadzenia negocjacji, podpisania kontraktu oraz wykonania zgodnie z projektem zamkniętego systemu wody chłodzącej lub

nawet całej instalacji dla nowego bloku w Elektrowni Turów w Polsce. W ocenie Izby treść oświadczenia czyni zadość przepisowi zawartemu w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 797/11

W dniu 15 kwietnia 2011 roku wykonawca Doosan Power Systemsa Limited Doosan House Crawley Business Quarter, Manor Royal, Crawley, West Sussex RH10 9AD, Wielka Brytania wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1) zaniechaniu wykluczenia z postępowania konsorcjum w składzie: RAFAKO S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. oraz MOSTOSTAL Warszawa S.A. (dalej: Konsorcjum),
2) zakwalifikowaniu Konsorcjum do dalszego udziału w postępowaniu poprzez pozytywną ocenę wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w

szczególności przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1, art. 22 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 23 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 w związku z art. 104 i następne kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, a także innych przepisów wskazanych poniżej w uzasadnieniu. Ponadto zamawiający naruszył art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji2.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienie czynności zakwalifikowania Konsorcjum do dalszego udziału w Postępowaniu oraz czynności pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2) dokonanie powtórnej oceny wniosku Konsorcjum,
3) wykluczenie Konsorcjum z postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że pismem z dnia 16 lutego 2011 r. zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów załączonych do wniosku do dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że na s. 7 wniosku znajduje się pełnomocnictwo dla Pana Alfreda Seń do działania w imieniu

Konsorcjum, podpisane przez przedstawicieli Lidera tj. Rafako S.A. Zostało ono jednak udzielone wadliwie, ponieważ Lider Konsorcjum nie miał umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu jednego z członków Konsorcjum tj. POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. (co wynika wprost z pełnomocnictwa od POLIMEX-MOSTOSTAL SA, s. 3 wniosku). Wobec tego zamawiający uznał, że wszystkie dokumenty podpisane przez Pana Seń są wadliwe. W uzupełnieniu Konsorcjum przesłało nowe pełnomocnictwo od POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. dla RAFAKO S.A. do występowania w roli Lidera.
Uzupełnione pełnomocnictwo jest wadliwe i nie potwierdza działania Pana Seń w imieniu Konsorcjum na dzień 20 grudnia 2010 r. (data udzielenia pełnomocnictwa Panu Seń). Pełnomocnictwo dla Lidera jest bowiem z daty późniejszej, tj. 22.12.2010 r. Zatem RAFACO S.A. nie miało umocowania w dniu 20.12.2010 do udzielania dalszych pełnomocnictw, co jest potwierdzone wyraźnie w pierwszym pełnomocnictwie od POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. (s. 3 wniosku). Zgodnie z art. 106 K.c. pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników, tylko jeżeli umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Co więcej, jednostronna czynność prawna (jaką jest np. udzielenie pełnomocnictwa dalszego) dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem umocowania jest bezwzględnie nieważna (art. 104 K.c.). Wobec tego, pełnomocnictwo udzielone Panu Seń było i jest nieważne, a nieważności tej nie można konwalidować. Nie można bowiem przenieść więcej praw niż się samemu posiada. POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. swym nowym pełnomocnictwem, zawierającym prawo udzielania dalszego pełnomocnictw, stworzył nowy stan prawny, ale dopiero od 22 grudnia 2010 r., zatem po dacie udzielenia pełnomocnictwa Panu Seń. Konsorcjum nie może ponownie uzupełnić dokumentów pełnomocnictwa ani innych dokumentów wadliwie podpisanych przez Pana Seń, z uwagi na fakt, że było już raz wzywane do ich uzupełnienia (por. wyrok KIO o sygn. akt 268/11).
Skoro zatem zamawiający wyczerpał tryb naprawczy z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictw/dokumentów podpisanych przez Pana Seń, wskazując na powyższe okoliczności, a jedynym dokumentem złożonym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego było nowe pełnomocnictwo z dnia 22 grudnia 2010 r., nie istniejące w chwili udzielania pełnomocnictwa Panu Seń, to należy uznać, że Konsorcjum nie tyle wykazało, iż wszyscy uczestnicy Konsorcjum byli prawidłowo reprezentowani przez tego samego pełnomocnika, ile stworzyło po terminie 20 grudnia 2010 r. nowy stan prawny. Wadliwość pełnomocnictwa istnieje nadal, nawet mimo złożenia nowego pełnomocnictwa POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. z dnia 22 grudnia 2010 r. Tym samym Konsorcjum nie

wykazało, iż wniosek i inne dokumenty zostały podpisane przez osobę właściwie umocowaną.

Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia Siemens AG o udostępnieniu swoich zasobów, ponieważ pierwotnie złożone oświadczenie (s. 156-157 Wniosku) było warunkowe, a przez to nieprawidłowe. Oświadczenie Siemens złożone w

ramach uzupełnienia dokumentów jest także wadliwe z następujących powodów:

Oświadczenie zostało złożone w dniu 23 lutego 2011 r. tj. po terminie składania wniosków (28 grudnia 2010 r.). Narusza w ten sposób art. 26 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, według którego złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Oświadczenie złożone w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest niewątpliwie dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wypadku warunku wiedzy i doświadczenia. Skoro poprzednie oświadczenie było warunkowe, natomiast oświadczenie złożone na potrzeby uzupełnienia dokumentów zostało podpisane po terminie składania wniosków, to oznacza to, że na dzień składania wniosków Konsorcjum nie spełniało także pośrednio, poprzez inne podmioty - warunków udziału w postępowaniu. Nie ma przy tym żadnej mocy prawnej wskazanie w oświadczeniu, że obowiązuje ono i wchodzi w życie z dniem 8 grudnia 2010 r. Oświadczający nie może bowiem kreować stanu prawnego wstecz ani też zmienić faktu, że na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Siemens AG nie był zobowiązany do udostępnienia swoich zasobów. Wobec powyższego Konsorcjum nie spełniało warunku doświadczenia na dzień składania wniosków;

Jedyne zadanie, jakie zostało przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia w zakresie realizacji kompleksowej projektów (EPC), to wykonanie przez Siemens pod klucz elektrowni w ramach Projektu Energetycznego Kogan Creek, tj. zgodnie z pkt HI.2.3) 1.A Ogłoszenia. Innego doświadczenia w tym zakresie Konsorcjum nie przedstawiło, co oznacza, że wykorzystanie zasobów podmiotu trzeciego - Siemens AG jest jedyną gwarancją dla zamawiającego należytego wykonania zamówienia przez Konsorcjum. Tymczasem z oświadczenia Siemens o udostępnieniu zasobów bezsprzecznie wynika, iż firma ta „użycza" swoją wiedzę i doświadczenie jedynie w zakresie wyspy turbinowej wraz z wyposażeniem oraz układem chłodzenia. Udostępnienie zasobów zostało zatem zawężone jedynie do wskazanych w nim elementów. Z oświadczenia w żaden sposób nie wynika, aby Siemens udostępniał swe doświadczenie w celu wykonania całości zamówienia, a zwłaszcza

w tak kluczowym aspekcie jak budowa kotła. Podkreślić należy, że wykonawca nie może się wykazywać doświadczeniem podmiotu trzeciego zakresie referencji bez zapewnienia, że odpowiednie zasoby zostały zapewnione przez pisemną deklarację tego podmiotu. W związku z tym Konsorcjum nie miało prawa wykazać się budową EPC tj. „pod klucz", która - zgodnie z pkt III.2.3) 1.A) Ogłoszenia -miała składać się także z kotła. W praktyce ma to niebagatelne znaczenie. Świadczy o tym chociażby warunek z pkt III.2.3) 1.B) Ogłoszenia, w którym zamawiający umożliwił - w przypadku braku doświadczenia w budowie „pod klucz" - wykazanie się odrębnie budową kotła, turbozespołu oraz zamkniętego układu chłodzenia. Tymczasem Konsorcjum – mimo nieposiadania doświadczenia w ramach budowy kotła, w tym doświadczenia Siemens, który oświadczenie wyraźnie ograniczył do turbozespołu i układu chłodzenia - przedstawił w wykazie budowę pod klucz wraz z kotłem. Innymi słowy, jedyny projekt wskazany w wykazie wykracza poza zakres zasobów udostępnionych na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w związku z czym Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Zarówno oświadczenie Siemens, jak i wykaz oraz potwierdzenie wykonania projektu były już przedmiotem uzupełnienia, zatem Konsorcjum podlega wykluczeniu bez kolejnego wzywania do uzupełniania dokumentów.

W pkt III.2.3) ppkt 2 Ogłoszenia zamawiający żądał przedstawienia oświadczenia własnego wykonawcy o posiadaniu własnej technologii na budowę kotła na parametry nadkrytyczne oraz technologii na budowę turbozespołu na parametry nadkrytyczne oraz posiadaniu wszystkich innych niezbędnych praw, w tym praw własności przemysłowej oraz majątkowych praw autorskich dla tych technologii albo odpowiedniej umowy licencyjnej. Konsorcjum przedstawiło takie oświadczenie własne, ale zamawiający zwrócił na to uwagę, żądając wyjaśnienia, czy Konsorcjum posiada własną technologię w zakresie budowy turbozespołu. W odpowiedzi Konsorcjum przedstawiło oświadczenie Siemens AG o posiadaniu własnej technologii w obszarze kompletnej turbiny parowej na parametry nadkrytyczne (s. 584 pisma Konsorcjum z wyjaśnieniami). Oświadczenie to nie może być wzięte pod uwagę z następujących przyczyn:

Oświadczenie Siemens AG zostało złożone w dniu 23 lutego 2011 r. tj. po terminie

składania wniosków. Narusza w ten sposób art. 26 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, według którego złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Odpowiednia argumentacja w tej kwestii została przedstawiona w punkcie B.1 odwołania. Skoro zatem

26

Konsorcjum nie posiada własnej technologii w zakresie budowy turbozespołu, a użyczenie technologii Siemens zostało dokonane dopiero pismem z dnia 23 lutego 2011 r., to oznacza to, że na dzień składania wniosków (28 grudnia 2010 r.) Konsorcjum nie spełniało warunku udziału w postaci zdolności technicznej zgodnie z pkt III.2.3) ogłoszenia.

Zamawiający żądał oświadczenia o (i) posiadaniu własnej technologii na budowę kotła, (ii) posiadaniu technologii na budowę turbozespołu, (iii) posiadaniu wszystkich innych niezbędnych praw. Ewentualnie należało złożyć odpowiednią umowę licencyjną. Przy założeniu, że złożone wraz z wnioskiem oświadczenie własne Konsorcjum nie może być wzięte pod uwagę (zawiera nieprawdziwe informacje o posiadaniu własnej technologii w zakresie budowy turbozespołu), a oświadczenie Siemens odnosi się tylko do turbozespołu, należy stwierdzić, że istnieje wątpliwość, czy Konsorcjum posiada technologię w zakresie budowy kotła na parametry nadkrytyczne. Trudno byłoby bowiem bronić poglądu, że złożone wraz z wnioskiem oświadczenie w jednej części jest prawdziwe, w innej nie. Zamawiający nie ma prawa ani możliwości domyślania się, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powinno to wynikać z przedstawionych dokumentów. Konsorcjum nie wyjaśniło, którą technologię posiada samodzielnie. W związku z powyższym zaszła podstawa do wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 kwietnia 2011 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: RAFAKO Spółka Akcyjna, Polimex - Mostostal Spółka Akcyjna, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33 zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

27

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, wniosku konsorcjum RAFAKO S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. oraz MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. wraz z uzupełnieniem, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do wniosku Konsorcjum dołączyło pełnomocnictwo z dnia 20 grudnia 2010 roku jednego z konsorcjantów – POLIMEX MOSTOSTAL S.A. dla Lidera Konsorcjum – RAFAKO S.A. Pełnomocnictwo zawiera klauzulę, że nie uprawnia ono do udzielania dalszych pełnomocnictw.

W dniu 20 grudnia 2010 roku lider Konsorcjum – RAFAKO S.A. udzielił pełnomocnictwa Panu Alfredowi Seń do reprezentowania, podpisania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem oraz składania oświadczeń woli w imieniu KONSORCJUM: RAFAKO S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. oraz MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.

Pan Alfred Seń podpisał w imieniu Konsorcjum szereg dokumentów, w tym dokument wniosku, który wraz z załącznikami został złożony do zamawiającego w dniu 28 grudnia 2011 roku.

Pismem z dnia 16 lutego 2011 roku zamawiający wezwał konsorcjum do uzupełnienia wniosku i przedłożenia właściwego pełnomocnictwa dla RAFAKO S.A., na podstawie którego Pan Alfred Seń będzie uprawniony do reprezentowania Konsorcjum albo przedłożenie

nowych pełnomocnictw i dokumentów, które pierwotnie podpisane były przez Pana Alferda Seń.

W wyniku wezwania Konsorcjum złożyło pełnomocnictwo z dnia 22 grudnia 2010 roku udzielone przez POLIMEX MOSTOSTAL S.A. dla RAFAKO S.A. Pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym czynności wymienionych przez mocodawcę i uprawnia do udzielania dalszych pełnomocnictw.

W myśl art. 106 K.c. pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Ponieważ pełnomocnictwo dla RAFAKO S.A. udzielone przez POLIMEX MOSTOSTAL S.A. zawierało wyraźny zakaz udzielania dalszych pełnomocnictw, oczywistym jest, że na podstawie tego pełnomocnictwa RAFAKO S.A. nie mogło udzielić dalszego pełnomocnictwa Panu Alfredowi Seń.

Pan Alfred Seń w oparciu o wadliwe pełnomocnictwo złożył w imieniu Konsorcjum wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Izba dokonując oceny co do ważności tej czynności dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający słusznie wezwał Konsorcjum do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo, które zostało złożone w wyniku uzupełnienia zostało udzielone w dniu 22 grudnia 2011 roku, zatem na jego podstawie nie mogło zostać udzielone pełnomocnictwo dalsze noszące datę 20 grudnia 2011 roku. Czynność prawna w postaci udzielenia pełnomocnictwa głównego nie może przecież być dokonana później niż udzielenie pełnomocnictwa dalszego. Podstawą pełnomocnictwa dalszego jest bowiem pełnomocnictwo główne, a zatem chronologia dokonanych czynności winna być następująca: w pierwszej kolejności udziela się pełnomocnictwa głównego, a dopiero potem pełnomocnictwa dalszego. Konsorcjum winno było zatem przedłożyć w wyniku uzupełnienia bądź pełnomocnictwo główne dla RAFAKO S.A. uprawniające do udzielania dalszych pełnomocnictw udzielone najpóźniej w dniu 20 grudnia 2010 roku, bądź też – oprócz pełnomocnictwa, które uzupełnił – pełnomocnictwo dalsze dla Pana Alfreda Seń udzielone nie wcześniej niż w dniu 22 grudnia 2010 roku (i oczywiście nie później niż w dniu 28 grudnia 2011 roku, czyli w dniu wyznaczonym na składanie wniosków). Zasadnym jest zatem wniosek, iż czynność prawna polegająca na złożeniu przez Pana Seń wniosku została dokonana z naruszeniem przepisów o pełnomocnictwie.

Kodeks cywilny w art. 104 zd. 1 K.c. stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jest to nieważność bezwzględna, od której przewidziany jest jeden wyjątek wyrażony w zdaniu drugim o treści: „Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania”. Przyjęcie, że przepis ten ma znaczenie w niniejszej sprawie, oznaczałoby, że ważność czynności dokonanych przez Pana Seń będzie

zależała – po pierwsze: od zgody zamawiającego na działanie bez umocowania oraz – po drugie: od potwierdzenia jej przez POLIMEX-MOSTOSTAL.

Rozważenie powyższego wymaga udzielenia odpowiedzi na pytania: czy przepisy art. 103 i 104 K.c. mają zastosowanie do oceny działań rzekomego substytuta, czy przepis art. 104 zd. 2 K.c. ma zastosowanie w przypadku działania z przekroczeniem zakresu umocowania (a nie tylko bez umocowania) oraz czy wzmiankowane przepisy będą miały zastosowane w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Rozpoznając powyższe Izba doszła do następujących wniosków:

W ocenie Izby przepisy art. 103 i 104 K.c. znajdują zastosowanie do działań rzekomego substytuta. Wskazują na to poglądy doktryny, w tym: M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski, KC

Komentarz, CH Beck Warszawa 1997 str. 264: „Do oceny działań rzekomego substytuta znajdą zastosowanie art. 103 i 104", J. Strzebińczyk [w:] Kodeks cywilny Komentarz pod red. E. Gniewka, str. 253: „Pojęcie rzekomego pełnomocnika i skutki wynikające z działania w takim charakterze (art. 103-105) można odnieść także do substytutów". Izba poglądy te akceptuje i przyjmuje jako własne.

Izba stoi na stanowisku, że przepis art. 104 zd. 2 K.c. znajduje zastosowanie również w przypadku działania z przekroczeniem zakresu umocowania, a nie tylko bez umocowania. Co prawda w przepisie art. 104 zd. 2 K.c. mowa jest tylko o zgodzie na działanie bez umocowania, brak natomiast wzmianki o zgodzie na działanie z przekroczeniem zakresu umocowania. Wydaje się jednakże na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus* , że skoro adresat może się zgodzić na działanie w ogóle bez umocowania, to tym bardziej może wyrazić zgodę na działanie z przekroczeniem jego zakresu. Izba zdaje sobie sprawę z rozbieżności w poglądach na ten temat zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, niemniej jednak opowiada się za stanowiskiem, że pojęcie „brak umocowania" obejmuje oba wskazane przypadki.

I wreszcie – zdaniem Izby specyfika i formalizm cechujący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwalają na zastosowanie rozwiązań zawartych w art. 103 i 104 do działań pełnomocnika/substytuta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazują na to następujące argumenty:

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że prymat w

takim postępowaniu mają przepisy ustawy Pzp, a przepisy K.c., znajdują zastosowanie w tych kwestiach prawnych, których ustawa Pzp nie reguluje.

W ocenie Izby o braku możliwości działania bez pełnomocnictwa lub z przekroczeniem jego zakresu świadczy przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli pełnomocnictw lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie. W świetle tego przepisu oczywistym wydaje się wniosek, że wobec zamawiającego należy wykazać się umocowaniem do działania poprzez przedłożenie dokumentu pełnomocnictwa oraz tym, że pełnomocnictwo to nie jest wadliwe.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że w omawianym przypadku nie doszło ani do wyrażenia ze strony zamawiającego zgody na działanie bez umocowania, ani też do potwierdzenia dokonanych czynności przez POLIMEX MOSTOSTAL S.A. Zamawiający wezwał przecież Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictw (co jest jednoznaczne z tym, że nie wyraził zgody na działanie bez umocowania), natomiast Konsorcjum przedłożyło nowe pełnomocnictwo dla lidera (RAFAKO S.A.), w którym nie ma mowy o potwierdzeniu czynności już dokonanych. W ocenie Izby przyjęcie, że nowy dokument pełnomocnictwa jest potwierdzeniem dokonanych czynności jest zbyt daleko idące. Potwierdzeniem takim mogłoby być oświadczenie POLIMEX MOSTOSTAL z dnia 29 kwietnia 2011 roku, które przystępujący złożył na rozprawie, ale zdaniem Izby dokument ten powinien być zostać doręczony zamawiającemu w terminie wskazanym w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, tj. najpóźniej w dniu 7 marca 2011 roku. Stanowisko, że Konsorcjum mogłoby uzupełniać dokumenty w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą byłoby równoznaczne z udzieleniem Konsorcjum dodatkowego terminu na złożenie dokumentów, co z kolei godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców.

Izba nie zgadza się z Konsorcjum biorącym udział w postępowaniu w charakterze przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego, iż wobec faktu, iż skorzystał tylko z jednej z możliwości zawartych w wezwaniu do uzupełnienia polegającej na uzupełnieniu pełnomocnictwa dla RAFAKO S.A., uprawniony jest nadal do przedłożenia dokumentów, które zamawiający wskazał alternatywnie, tj. nowych pełnomocnictw i dokumentów wskazanych w wezwaniu. Izba zwraca uwagę, że zamawiający wyznaczył

Konsorcjum termin 7 marca 2011 roku (godz. 14.00), do którego należało uzupełnić wymagane dokumenty. Wobec faktu, że termin ten już minął, zaś zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, o które raz już wzywał, stwierdzić należy, że obecnie brak jest możliwości uzupełnienia wskazanych dokumentów.

Izba rozważyła także stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, iż przepisy art. art. 103 i 104 mają zastosowanie do relacji: mocodawca – pełnomocnik – dalszy pełnomocnik i skonstatowała, że w takiej sytuacji POLIMEX MOSTOSTAL powinien był potwierdzić ważność pełnomocnictwa udzielonego przez RAFAKO S.A. Panu Alfredowi Seń i fakt potwierdzenia tej czynności powinien być wykazany zamawiającemu najpóźniej w dniu 7 marca 2011 roku. Pełnomocnictwo z dnia 22 grudnia 2010 roku udzielone przez POLIMEX MOSTOSTAL na rzecz RAFAKO nie zawiera w swej treści potwierdzenia ważności pełnomocnictwa udzielonego przez RAFAKO Panu Seń.

Jeśli chodzi o oświadczenie Siemens o udostępnieniu zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Izba stwierdziła, że oświadczenie złożone wraz z wnioskiem było wadliwe, ponieważ zawierało w sobie warunek, co jest niedopuszczalne w świetle art. 26 ust. 2b ustawy. Z oświadczenia złożonego w wyniku uzupełnienia wynika, że Siemens udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie jedynie w zakresie wyspy turbinowej wraz z wyposażeniem oraz układem chłodzenia. Z oświadczenia nie wynika natomiast, że Siemens udostępnia swe doświadczenie w zakresie całego zamówienia, w tym budowy kotła.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, iż dokonując oceny, czy Siemens udostępnił swe doświadczenie w pełnym zakresie, należy czytać łącznie oba oświadczenia – zarówno to złożone wraz z wnioskiem, jak i to złożone w wyniku uzupełnienia. Zwrócić należy uwagę, że oświadczenie złożone wraz z wnioskiem nie może być w ogóle brane pod uwagę właśnie z tego powodu, że zostało złożone pod warunkiem. Warunek ten dotyczy konieczności osiągnięcia porozumienia względem postanowień dostarczonych firmie Siemens z dokumentacją przetargową i tylko w przypadku ziszczenia się tego warunku Siemens udostępni swoje zasoby i doświadczenie w całej rozciągłości. W ocenie Izby oświadczenie to nie czyni zadość wymogom wskazanym w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Fakt dysponowania niezbędnymi zasobami nie może być wątpliwy i uzależniony od jakichkolwiek okoliczności.

Oświadczenie złożone w wyniku uzupełnienia zawiera deklarację Siemens o udostępnieniu zasobów jedynie w odniesieniu do wyspy turbinowej, w tym turbogeneratora oraz związanym z nim wyposażeniem pomocniczym, jak również technologią oraz wyposażeniem systemu wyprowadzania mocy i zamkniętym układem chłodzenia. Zasoby podlegające udostępnieniu zostały więc w znaczny sposób ograniczone w stosunku do pierwotnego oświadczenia i nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że na mocy uzupełnionego oświadczenia Siemens udostępni również zasoby, o których mówił w

oświadczeniu złożonym wraz z wnioskiem. Konstatacja płynąca z analizy treści obu oświadczeń jest wręcz odmienna – Siemens udostępni całość wiedzy i doświadczenia, ale tylko pod warunkiem zawartym w oświadczeniu, natomiast bezwarunkowo jest gotów udostępnić jedynie zasoby wskazane w uzupełnionym oświadczeniu.

Tym samym należy stwierdzić, że Konsorcjum nie wykazało, że posiada wymagane doświadczenie i wiedzę w zakresie realizacji kompleksowej projektów (EPC). Stanowiska tego nie zmienia, a jedynie potwierdza oświadczenie Siemens złożone na rozprawie przed KIO. Siemens w zakresie pełnego projektu udzielił jedynie wsparcia Konsorcjum bez wskazania, na czym owo wsparcie miałoby polegać. W tym aspekcie pozostają aktualne rozważania Izby przy rozpoznawaniu odwołania o sygn. akt KIO 786/11. Spółka Siemens zamierza zaś działać w charakterze poddostawcy RAFAKO tylko w zakresie turbinowni.

Wobec braku stosownego umocowania do działania Pana Alfreda Seń w imieniu Konsorcjum Izba stwierdziła, że oświadczenie o posiadaniu technologii na budowę zespołu

na parametry nadkrytyczne dotknięte jest sankcją nieważności. Tym samym rozpoznawanie zarzutu dotyczącego oświadczenia w tym zakresie nie ma znaczenia dla sprawy.

Na marginesie Izba zauważa, że nie dopatruje się wadliwości w zawieraniu w składanych oświadczeniach sformułowań, iż obowiązują one i wchodzą wżycie z dniem wcześniejszym niż data ich wystawienia.

33

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……..

34