

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2011 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Blanka Zorębska (spr.)

Sędziowie: SSO Krystyna Fańciszevska - Rąba

SSO Grażyna Jeziorowska

Protokolant: sekr. sądowy Iwona Zdebel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2011 r. w Katowicach

sprawy z odwołania konsorcjum:

- Alstom Power Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider)
- Alstom Power Systems GmbH w Niemczech
- PBG Spółki Akcyjnej w Wysogotowie

przeciwko zamawiającemu

Południowemu Koncernowi Energetycznemu Spółce Akcyjnej w Katowicach

przy uczestnictwie przystępujących do postępowania odwoławczego

1. po stronie odwołującego

Konsorcjum :

- Warbud Spółki Akcyjnej w Warszawie (Lider)
- Doosan Power Systems Limited w Anglii
- SKODA PRAHA Invest s.r.o. w Republice Czeskiej

2. po stronie zamawiającego

a. Konsorcjum

- SNC -LAVALIN Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider)
- SNC-LAVALIN Inca w Kanadzie
- HITACHI Power Europe GmbH w Niemczech

b. Budimex Spółki Akcyjnej w Warszawie

c. Konsorcjum

- China Overseas Engineering Group Co. Ltd (COVEC) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider)
- China National Electric Equipment Corporation CNEEC w Warszawie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi: BUDIMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/2785/10

1. oddała skargę;
2. zasądza od wnoszącego skargę BUDIMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie na rzecz uczestnika postępowania Alstom Power Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (Lider) kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;
3. zasądza od wnoszącego skargę BUDIMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie na rzecz zamawiającego Południowego Koncernu Energetycznego Spółki Akcyjnej w Katowicach kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego. /

slwjierazct:

XIX Ga 92/11

Uzasadnienie

Zamawiający Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach opublikował Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 113,poz.759 ze zm.) w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. „Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w PKE SA - Budowę Bloku Energetycznego o mocy 800 - 910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II w zakresie: kocioł parowy, turbozespół, budynek główny, część elektryczna i

AKPiA bloku”.

Następnie w dniu 14 grudnia 2010 r. ogłosił informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z ich uzupełnieniami i wyjaśnieniami dokonanyymi na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Od wskazanej decyzji Zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniosło Konsorcjum - ALSTOM Power Sp. z o. o. (lider) oraz ALSTOM Power Systems GmbH (członek) i PBG S.A. (członek). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 57 ust.2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3; ust 2 pkt 3 i 4, w związku z art. 26 ust 1 i 2a ustawy Pzp oraz § 2 ust 2 i § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz U z 2009 r. nr 226 poz. 1817). W uzasadnieniu wykonawca podał, że zgodnie z art. 7 ust 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższa zasada uzupełniana jest przez przepisy traktujące o cechach wykonawcy niezbędnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (art.22 ust. 1 Pzp), jak również o przesłankach negatywnych, których wystąpienie rodzi nakaz wykluczenia wykonawcy z postępowania art.26 ust. 1 i 2 Pzp. Podniósł także, że do dalszego udziału w postępowaniu zostały dopuszczone podmioty, które bezwzględnie powinny zostać z niego wykluczone na podstawie wskazanych przepisów bądź, które ewentualnie winny zostać wykluczone z postępowania po wcześniejszym wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentacji, co dotyczy: Konsorcjum COVEC w składzie: China Overseas Engineering Group Co. Ltd. (lider), oraz China National Electric Equipment Corporation (członek); Konsorcjum Tecnimont w składzie: Tecnimont S.p.A. (lider), Tecnimont Poland Sp. z o.o. (członek), Sices Montaż Sp. z o.o. (członek), Burmeister & Wain Energy A/S (BWE A/S) (członek) oraz KTI Poland S.A. (członek); Wykonawcy Budimex S.A. i Konsorcjum Energomontaż w składzie: Energomontaż - Południe S.A (lider) oraz Harbin Power Engineering Company Limited (członek).

Odwołujący w części obejmującej szczegółowe rozważania zawarł wiele zarzutów kierowanych do uczestniczących w postępowaniu Wykonawców, przy czym poniżej odnotowano jedynie te, w zakresie, których orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zostało objęte skargą wykonawcy Budimex S.A.

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

zobowiązania podmiotu trzeciego - IHI Corporation, do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów (wiedzy i doświadczenia) celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania. Oświadczenie IHI nie jest, bowiem wiążącym strony zobowiązaniem do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie

wyrażeniem zainteresowania ewentualnym „wsparciem” Budimex S.A. w bliżej nieokreślonym zakresie, a projekt którego wsparcie ma dotyczyć niewłaściwie zdefiniowany. Z oświadczenia IHI można jedynie domniemywać, iż wsparcie to wyrażać ma się w ewentualnej dostawie generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III. Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w art. 26 ust. 2b Pzp zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów Zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia oświadczenie innego podmiotu, o udzieleniu odpowiedniego zasobu będzie czy też nie będzie uprawniony do dysponowania nim, a także, w jakim zakresie oraz czy nastąpi udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście

je posiada. Oświadczenie IHI zaproponowane przez Budimex S.A. nie posiada doniosłości prawnej w świetle wymogu przewidzianego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2 b Ustawy. Nie stanowi ono, bowiem dokumentu, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów wykonawcy celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym Budimex S.A. nie spełnił wymogu postawionego w pkt B.12.3 ppkt B Ogłoszenia o Zamówieniu. Odwołujący zaznaczył także, że w tym punkcie postawiono warunek, że: „Wykonawcy wykażą się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniu przynajmniej jednego zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji jednego kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami. Zatem oświadczenie IHI dotyczące jak należy domniemywać jedynie intencji wsparcia Budimexu S.A. przez dostawę generatora pary nie obejmuje: zobowiązań do zaprojektowania, dostarczenia i uruchomienia zakończonego przejściem do eksploatacji kompletnego kotła. W przedłożonym

przez Budimex S.A. „Świadectwie realizacji” IHI Corporation brak jest jakiegokolwiek wzmianki, iż IHI Corporation zaprojektowała kotły parowe, które dostarczyła zgodnie z załączoną referencją. Brak jest również jednoznacznego wskazania użytkownika i zleceniodawcy zakresu wykonanych dostaw, robót budowlanych i usług w ramach wykonanych zamówień oraz daty przejścia do eksploatacji. Zatem „Świadectwo realizacji” IHI Corporation nie potwierdza spełnienia warunku: „zaprojektowania, dostarczenia i uruchomienia zakończonego przejściem do eksploatacji jednego kompletnego kotła parowego” w okresie ostatnich 10 lat przed upływem

terminu składania wniosków, o którym mowa w pkt II. 12.3 ppkt b Ogłoszenia o Zamówieniu. W uzupełnieniu Odwołujący podniósł także, że Budimex S.A. nie wykazał, iż pan Haschimoto, który umocował pana Nobuo Uematsu do podpisania w imieniu IHI Corporation oświadczenia IHI, był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji tej spółki. Przedłożone, przez Budimex S.A. wyjaśnienie, iż zgodnie z generalną zasadą zawartą w japońskim prawie o spółkach każdy członek Zarządu jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki, pod warunkiem, że nie zasiada w zarządzie innej spółki nie mogą być potraktowane jako wystarczające. Dla wykazania należytego umocowania pana Haschimoto do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation winna być załączona umowa spółki bądź Uchwała spółki IHI Corporation potwierdzająca umocowanie pana Haschimoto do jej jednoosobowej reprezentacji. Przywołany generalny przepis (zasada) z japońskiego prawa spółek może być w różny sposób ograniczony poprzez stosowne zapisy w umowie spółki bądź Uchwale podjętej przez spółkę odnośnie zasad reprezentacji. Budimex S.A. poza umową Spółki lub Uchwałą Spółki odnośnie zasad reprezentacji nie przedłożył oświadczenia pana Haschimoto bądź spółki IHI Corporation potwierdzających, iż jest on wyłącznie członkiem zarządu IHI Corporation, co uprawniałoby go do jednoosobowej reprezentacji spółki zgodnie z generalną zasadą art. 349 (4) japońskiego kodeksu spółek. Przedłożone tytułem uzupełnienia przez Budimex S.A. oświadczenie IHI Corporation: „potwierdzamy, że zgodnie z artykułem 349 (4) japońskiej ustawy o spółkach, ustawa o spółkach (część I - IV), (ustawa nr 86 z 26 lipca 2005 roku) uchwalonej przez japoński rząd, p. Ichiro Haschimoto jest uprawniony do jednoosobowego reprezentowania Spółki” zostało

podpisane przez pana Kenji Ishizawa (kierownika ds. sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni) nie posiadającego kwalifikacji do interpretacji prawa, nie będącego nawet członkiem Zarządu IHI Corporation oraz oświadczającego we własnej sprawie IHI Corporation. Dokument ten nie może mieć, zatem doniosłości prawnej w niniejszym postępowaniu, gdyż nic nie potwierdza i nic nie wykazuje w kwestii należytej reprezentacji spółki IHI Corporation. Oświadczenie IHI przedłożone przez Budimex S.A. podpisane przez pana Nobuo Uematsu umocowanego niewłaściwie przez pana Ichiro Haschimoto (brak wykazania reprezentacji

jednoosobowej) należy traktować jako bezskuteczne, z uwagi na podpisanie go przez osobę do tego nieuprawnioną.

Odwołujący stwierdził także, że w powiadomieniu Siemens, przedłożonym przez Budimex S.A., Siemens AG potwierdziła, iż: a) „wyraża zainteresowanie złożeniem propozycji firmie Budimex S.A. w zakresie jednego kompletnego turbozespołu o parametrach nadkrytycznych wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym odpowiednim do celów Projektu (postępowania)”, b) z zastrzeżeniem punktu (a) w przypadku realizacji przedmiotu postępowania przez Budimex S.A.

dostarczy turbozespół pod warunkiem zawarcia umowy dostawy na wynegocjowanych i uzgodnionych warunkach i zasadach; c) z zastrzeżeniem punktu (b) udostępni do dyspozycji firmy Budimex S.A. niezbędne zasoby na okres ich wykorzystania w ramach realizacji kontraktu. W punkcie (e) Siemens AG zastrzegła, iż powyższe potwierdzenie obowiązuje do dnia, w którym warunki i zasady określone w punkcie (b) zostaną uzgodnione, lecz w żadnym przypadku nie dłużej niż do 31 lipca 2012 roku, kiedy to wszelkie prawa lub obowiązki będą podlegać wyłącznie warunkom i zasadom określonym w punkcie (b), a w przeciwnym wypadku nie będą obowiązywać. Decyzja o nie składaniu oferty na warunkach określonych w punkcie (a) lub o nie zawarciu umowy na warunkach i zasadach wspomnianych w punkcie (b), nie uprawnia żadnej strony do wysuwania jakichkolwiek roszczeń wobec jakichkolwiek innej strony na podstawie jakichkolwiek doktryn prawa. Stosują się przepisy szwajcarskiego prawa. Zatem zdaniem Odwołującego powiadomienie Siemens o treści przytoczonej powyżej nie potwierdza istnienia zobowiązania podmiotu trzeciego - Siemens AG, do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów (wiedzy i doświadczenia) celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania. Powiadomienie Siemens nie jest wiążącym ten podmiot

zobowiązaniem do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie intencją do podjęcia negocjacji dotyczących dostawy turbozespołu w przypadku realizacji przedmiotu postępowania przez Budimex S.A. Siemens AG uzależnia dostarczenie turbozespołu i udostępnienie swoich zasobów (wiedzy i doświadczenia) od wynegocjowanych i uzgodnionych warunków przyszłej umowy dostawy. Z uwagi na zapisy poczynione w pkt a, b, c, e powiadomienia Siemens, nie posiada ono doniosłości prawnej w świetle wymogu przewidzianego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b Pzp. Nie stanowi ono, bowiem dokumentu, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia. Enigmatyczne zapisy zawarte w pkt (e) powiadomienia Siemens czynią ten dokument nieczytelny i mnożą możliwości jego dowolnej interpretacji. Tym samym nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż Budimex spełnił wymóg postawiony w pkt III.2.3 ppkt c Ogłoszenia o

Zamówieniu. Zdaniem Odwołującego, także poważne zastrzeżenie budzi umocowanie panów Stefana Wissnera i Uwe Hoffstadta do podpisania powiadomienia Siemens. Stefan Wissner, jak i Uwe Hoffstadt nie byli i nie są członkami zarządu spółki Siemens AG, co jednoznacznie wynika z załączonej do Wniosku dokumentacji. Budimex S.A. wyjaśniając i uzupełniając dokumentację dotyczącą należytego umocowania wskazanych osób na skutek wezwania Zamawiającego dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przedłożył pełnomocnictwo, z treści, którego wynika, iż panowie Stefan Wissner i Uwe Hoffstadt byli upoważnieni do dwuosobowej reprezentacji

Siemens AG w zakresie zapewnienia i składania wszelkich wymaganych deklaracji we wszystkich sprawach związanych z blokiem energetycznym 800-900 MW dla PKE, Elektrownia Jaworzno III od dnia 30 września 2010r. Tym samym Budimex nie przedłożył stosownego pełnomocnictwa czy też pełnomocnictw potwierdzających, iż wskazane osoby były uprawnione do składania jakiegokolwiek deklaracji (zobowiązań) w imieniu Siemens AG w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym powiadomienie Siemens przedłożone przez Budimex, należy traktować jako bezskuteczne, z uwagi na podpisanie go przez osoby do tego nieuprawnione. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający wzywał Budimex S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień odnośnie reprezentacji w spółce Siemens AG, brak jest podstaw do ponownego wezwania Wykonawcy w powyższym zakresie. Odwołujący podkreślił, iż zawarty w art. 26 ust. 2 b Pzp przykładowy sposób udowodnienia i wykazania, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został w szczególności na pisemnym zobowiązaniu tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy

wykonaniu zamówienia. Przedłożone przez Budimex S.A. dokumenty nie mogą być zakwalifikowane jako zobowiązania w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Ustawy. Jakakolwiek wykładania powyższych „zobowiązań” nie daje gwarancji Zamawiającemu, że Budimex S.A. będzie dysponował zasobami IHI Corporation bądź Siemens AG. W sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z pomiotem ich udzielającym (a taka sytuacja istnieje w przypadku IHI Corporation oraz Siemens AG) niemożliwe do samodzielnego obrotu i

dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, „dokument zobowiązujący” winien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym, bowiem wypadku Zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wykazania zobowiązania do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem zarówno w przypadku IHI Corporation, jak i Siemens AG.

Budimex S.A. nie wykazał uczestnictwa tych podmiotów w wykonaniu zamówienia, w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z tymi podmiotami.

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

Wyjaśnienia wymaga, iż KIO wyrokiem z dnia 13 stycznia 2011 r. orzekła o dwóch odwołaniach tj. szczegółowo opisanego wyżej oraz odwołaniu Konsorcjum Warbud S.A. (lider), Doosan Power Systems Limitem (członek) i Skoda Praha Incest s.r.o (członek) sygn. akt KIO 2785/10, które zawierało zarzuty skierowane do Zamawiającego i dotyczące wykonawcy Konsorcjum COVEC. Na marginesie wyjaśnienia wymaga, iż wyrok KIO w tej części nie został zakwestionowany skargą, a wniesione od niego zdanie odrębne pozostaje bez wpływu na przedmiotowe postępowanie wywołane skargą Budimex S.A..

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze ustalony stan faktyczny, wynikający z dokumentacji postępowania w kwestii oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, oraz przedstawione na rozprawie dowody, stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu, co skutkowało wydaniem wyroku o treści: uwzględnia oba odwołania i nakazuje ponowne badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego..

Rozpatrując zarzuty Izba miała na względzie przepis art. 190 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zgodnie, z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a zatem zarówno dowody na poparcie swoich twierdzeń jak i na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Izba miała także na względzie przepis art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którym może orzekać tylko w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

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

Pierwszy z zarzutów dotyczy braku wykazania przez Budimex S.A. (KIO wadliwie wpisało Konsorcjum Tecnimont) zdolności technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia (pkt III.2.3 ppkt B Ogłoszenia o Zamówieniu). Zgodnie z pkt III.2.3 Ogłoszenia o Zamówieniu, Zamawiający dla potwierdzenia zdolności technicznej, wymaganej do wykonania przedmiotu zamówienia, żądał od wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu "Wykazu wykonanych przez Wykonawcę zamówień" oraz stosownych dokumentów potwierdzających wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych zamówień wyszczególnionych w powołanym wykazie, z uwzględnieniem art. 26 ust. 2 b Pzp,

zgodnie, z którym wykonawca może polegać, na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wykonawca Budimex na potwierdzenie, że będzie dysponował w przedmiotowym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przedłożył: oświadczenie dotyczące dostawy generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III, Polska" - z 22 lipca 2010r. wydane przez IHI Corporation oraz oświadczenie z 29 lipca 2010 r. skierowane przez Siemens Energy (AG) - do Budimex. Wykonawca IHI oświadczył, iż (...) w przypadku udzielenia Projektu firmie Budmex SA IHI Corporation będzie wspierać Budimex S.A. swoimi zasobami wiedzy i doświadczenia w zakresie oraz przez okres konieczny do realizacji Projektu. Nadto w tytule oświadczenia zaznaczono, że dotyczy ono dostawy generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III.

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

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

Co do oświadczenia Siemens AG, na potwierdzenie dysponowania w przedmiotowym postępowaniu niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia. Izba podtrzymała w całości argumentację zawartą we wcześniejszej części uzasadnienia dotyczącej Konsorcjum Tecnimont, stwierdzając, że sporne oświadczenie nie jest wiążącym Siemens AG zobowiązaniem do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie intencją do podjęcia negocjacji dotyczących przede wszystkim dostawy turbozespołu w przypadku realizacji przedmiotu postępowania przez Budimex S.A. Nadto Siemens AG uzależnia dostarczenie

turbozespołu i udostępnienie swoich zasobów (wiedzy i doświadczenia) od wynegocjowanych i uzgodnionych warunków przyszłej umowy dostawy.

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

Zarzut w zakresie braku wykazania przez Budimex, iż pan Haschimoto, który umocował pana Nobro Vemotsu do podpisania w imieniu IHI Corporation oświadczenia IHI, był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation, zasługuje na uwzględnienie. Przedłożone, bowiem przez Budimex wyjaśnienia, iż zgodnie z generalną zasadą zawartą w japońskim prawie o spółkach każdy członek Zarządu jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki, pod warunkiem, że nie zasiada w zarządzie innej spółki nie mogą być uznane za wystarczające. Dla

wykazania należytego umocowania pana Haschimoto do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation winna być załączona umowa spółki IHI Corporation bądź Uchwała tej spółki potwierdzająca jednoosobowe umocowanie wskazanej osoby do reprezentacji spółki. Przywołanie generalnego przepisu (zasady) z japońskiego prawa spółek nie może zostać uznane za wystarczające i wiążące, gdyż przepis ten może być w różny sposób ograniczony poprzez stosowne zapisy w umowie spółki bądź Uchwale podjętej przez spółkę odnośnie zasad reprezentacji. Nadto Izba zwróciła uwagę, że przedłożone tytułem uzupełnienia przez Budimex oświadczenie IHI Corporation: „potwierdzamy, że zgodnie z artykułem 349 (4) japońskiej ustawy o spółkach, ustawa o spółkach (część I, część II, część III s. część IV), (ustawa nr 86 z 26 lipca 2005 roku) uchwalonej przez japoński rząd, p. Ichiro Haschimoto jest uprawniony do jednoosobowego reprezentowania Spółki” - zostało podpisane przez pana Kenji Ishizawa (kierownika ds. sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni). W przypadku tej osoby nie wykazano jednak, jej uprawnień do składania oświadczeń w imieniu IHI Corporation. Dokument

ten nie może mieć, zatem doniosłości prawnej w niniejszym postępowaniu, gdyż nic nie potwierdza i nic nie wykazuje w kwestii należytej reprezentacji spółki IHI Corporation. W zakresie zarzutu dotyczącego umocowania panów Stefana Wissnera i Uwe Hoffstadta do podpisania oświadczenia Siemens AG, Izba ustaliła, że w pełnomocnictwie z dnia 30 września 2010 r. nie zostało potwierdzone upoważnienie dla wymienionych osób do działania w imieniu Spółki także przed dniem 30 września 2010 r. Tym samym Budimex nie przedłożył stosownego pełnomocnictwa czy też pełnomocnictw potwierdzających, iż panowie Stefan Wtasner i Uwe Hoffstadt byli uprawnieni do składania jakiegokolwiek deklaracji (zobowiązań) w imieniu Siemens AG w tym postępowaniu przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe ustalenia na względzie KIO orzekła jak w sentencji. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, iż dokonując ponownej oceny ofert Zamawiający powinien mieć na uwadze wykonane już dotychczas w stosunku do danego wykonawcy czynności na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Tak jak wynika z orzecznictwa KIO i orzecznictwa sądowego powołany przepis umożliwia zamawiającemu jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Oczywiście odrębną od procedury uzupełnienia dokumentów jest procedura związana z uzyskiwaniem wyjaśnień, co do treści złożonych - nawet w wyniku uzupełnienia - oświadczeń i dokumentów. Izba zwróciła także uwagę, iż zgodnie z zasadą wyrażoną z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia wykonawcy mogą być dwie sytuacje faktyczne; gdy wykonawca wprowadził przedłożone wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, lecz wynika z nich, iż nie posiada wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bądź też - wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty - nie przedłożył wymaganych w danym postępowaniu oświadczeń lub dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie o sygn. akt KIO/2814/10 w zakresie uwzględnienia przez KIO zarzutów dotyczących złożonego przez Budimex S.A. wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wniósł wykonawca Budimex, który zarzucił:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 i art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez ich niewłaściwą interpretację i uznanie zasadności zarzutów Odwołującego: Konsorcjum firm Alstom Power Sp. z o.o. (lider), Alstom Power Systems GmbH w Mannheim, PBG S.A. Wysogotowo k. Poznania dotyczących wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Skarżącego, co w konsekwencji w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu Skarżącemu - zdolnemu do należytego wykonania zamówienia i posiadającemu niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponującego osobami zdolnymi do realizacji

zamówienia, a także znajdującego się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej;

2. naruszenie art. 26 ust. 2b Pzp poprzez jego niewłaściwą interpretację polegającą na przyjęciu, iż udostępnienie potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci jest możliwe tylko w przypadku, gdy ten podmiot będzie uczestniczył w realizacji zamówienia oraz, że fakt ten powinien wyraźnie wynikać z oświadczenia o udostępnieniu potencjału złożonego przez ten podmiot;

3. naruszenie art. 65 kc. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkiem czego KIO dokonała wadliwej oceny oświadczeń woli o udostępnieniu potencjału firm IHI Corporation i Siemens AG wyrażonych w oświadczeniach złożonych zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

4. naruszenie art. 6 kc poprzez jego błędną wykładnię tj. uznanie, że Skarżący jest obowiązany wykazywać okoliczność nie zasiadania przez członka zarządu spółki IHI Corporation w zarządach innych spółek, które to twierdzenie podnosił Odwołujący wywodzący z tego faktu korzystne dla siebie skutki prawne;

5. naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp oraz przepisów § 1 ust. 2 pkt 3 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 poprzez uznanie za zasadne zażądania na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia dokumentów niewskazanych ww. rozporządzeniu oraz żądanie uzupełnienia tych dokumentów.

Skarżący zarzucił również naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na jego wynik tj

- art. 190 ust. 7 Pzp, poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie oraz powtórzenie w wyroku argumentacji Odwołującego i nieuwzględnienie, a nawet nie ustosunkowanie się do twierdzeń Skarżącego:

- art. 190 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, iż Skarżący powinien wykazywać dowody na zaprzeczenie tez stawianych przez Odwołującego, w zakresie prawidłowej reprezentacji spółki

IHI Corporation w sytuacji, gdy to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu, gdyż to Odwołujący wywodził skutki prawne z przedstawianych przez siebie twierdzeń.

Wskazując na powyższe zarzuty Skarżący wniósł o:

1) uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku KIO w zakresie, w którym wyrok ten uwzględniał zarzuty Odwołującego w stosunku do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Skarżącego, poprzez uznanie, iż czynności podjęte przez Zamawiającego, tj. uznanie wniosku Skarżącego za prawidłowy i zaproszenie go do złożenia oferty wstępnej nie naruszają przepisów ustawy Pzp, a tym samym oddalenie odwołania w stosunku do Skarżącego;

2) zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania poniesionych przed Sądem Okręgowym oraz Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający - Południowy Koncern Energetyczny S.A. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z Ogłoszeniem opublikowanym 18 maja 2010 r. Wykonawcy byli zobowiązani złożyć wnioski o udzielenie zamówienia na dzień 30 lipca 2010 r.

Skarżący Budimex S.A. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 29 lipca 2010 r. W dniu 21 września 2010 r. Zamawiający uznał, iż we wniosku tym brak jest między innymi dokumentów i informacji o uprawnieniach osób reprezentujących spółkę IHI Corporation - pana Ichiro Haschimoto, oraz spółkę Siemens AG - panów Stefana Wissnera oraz Bernarda Krause. Ponadto Zamawiający wezwał Skarżącego do uzupełnienia dokumentów o oryginał oświadczenia z art. 26 ust. 2b Pzp, które zostało złożone w kopii.

Skarżący uzupełnił ww. dokumenty w zakreślonym przez Zamawiającego terminie.

Wobec powyższego po dokonaniu oceny wniosku Skarżącego wraz z uzupełnieniem Zamawiający uznał, iż Budimex S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego i zaprosił Budimex S.A. do złożenia oferty wstępnej.

Na czynność tą odwołanie złożył Odwołujący, tj. Konsorcjum Alstom Power sp. z o.o., w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 57 ust. 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3, ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 26 ust. 1 i 2a) Pzp oraz § 2 ust. 2 i § 4 rozporządzenia Prezesa RM w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący podał, iż do dalszego udziału w postępowaniu zostały dopuszczone podmioty, które nie wykazały, że spełniają warunki udziału w postępowaniu i z tego powodu powinny być wykluczone bądź, wobec których Zamawiający powinien wsząć procedurę uzupełnienia dokumentacji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący postawił następujące zarzuty w stosunku do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Skarżącego:

- bezskuteczności oświadczeń złożonych przez firmę IHI Corporation oraz firmę Siemens Energy AG w trybie art. 26 ust. 2b Pzp z uwagi na treść tych oświadczeń;
- braku należytego wykazania umocowania osób składających zobowiązanie o udostępnienie potencjału w imieniu IHI Corporation (umocowanie pana Haschimoto) oraz Siemens AG (umocowanie panów Stefana Wissnera i Uwe Hoffstada).

Z zarzutami tymi zgodziła się KIO, która w uzasadnieniu swojego wyroku niemalże powtórzyła argumentację przytoczoną przez Odwołującego w odwołaniu.

Odnosząc się do pierwszego z ww. zarzutów KIO uznała, iż oświadczenia złożone w trybie art. 26 ust. 2b Pzp przez firmy IHI Corporation i Siemens AG nie potwierdzają istnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów wiedzy i doświadczenia celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania. W ocenie KIO oświadczenie IHI Corporation jest jedynie „wyrażeniem zainteresowania ewentualnym wsparciem Budimex S.A. w bliżej nieokreślonym zakresie”. Natomiast oświadczenie Siemens AG stanowi jedynie wyrażenie „intencji do podjęcia negocjacji dotyczących przede wszystkim dostawy turbozespołu”. Ponadto Izba uznała, iż wadą dyskwalifikującą złożone przez ww. firmy oświadczenia jest fakt, iż z ich treści nie wynika wyraźnie, iż podmioty te będą uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia, co zdaniem KIO jest warunkiem koniecznym, aby móc posłużyć się zasobami podmiotu trzeciego w celu wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyrażone przez KIO stanowisko nie znajduje oparcia w stanie faktycznym. Nie znajduje również uzasadnienia w poglądach wyrażonych przez doktrynę prawa ani w dotychczasowym orzecznictwie KIO.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego oznaczonym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast ust. 2b ww. artykułu dopuszcza możliwość posłużenia się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykazania się przez wykonawcę spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie, bowiem z tym przepisem 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. Wskazać należy, iż oba kwestionowane przez Odwołującego oświadczenia zostały złożone Skarżącemu przez podmioty trzecie przed terminem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w obu w sposób wyraźny powołano się na przedmiotowe postępowanie. Ponadto wraz z oświadczeniami podmioty te przekazały Skarżącemu wykazy zrealizowanych przez siebie robót oraz referencje na potwierdzenie, że dokumenty te zostały zrealizowane prawidłowo, które to dokumenty załączył do wniosku.

W szczególności IHI Corporation wyraźnie wskazało, że oświadczenie dotyczy przedmiotowego postępowania wraz z podaniem jego pełnej nazwy oraz numeru referencyjnego, podano pełną nazwę podmiotu składającego oświadczenie oraz wymieniono roboty spełniające wymagania postawione przez Zamawiającego, a także załączono wymagane referencje. W świetle powyższego zdaniem Skarżącego nie może budzić wątpliwości, iż oświadczenie o treści: „występując w imieniu IHI Corporation, niniejszym oświadczamy, że w przypadku udzielenia Projektu (wskazanego w oświadczeniu z nazwy) firmie Budimex S.A. (występując samodzielnie lub łącznie z innymi wykonawcami) IHI Corporation będzie wspierać Budimex S.A. swoimi zasobami wiedzy i doświadczenia w zakresie oraz przez okres konieczny do realizacji Projektu”, stanowi oświadczenie wymagane zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W świetle takiego brzmienia ww. oświadczenia, które niemalże kopiuje treść przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, jak i celu, w jakim zostało złożone, niezrozumiałe jest stanowisko KIO, iż oświadczenie to „nie może być zakwalifikowane jako zobowiązanie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp”.

Zastosowana przez Izbę wąska i skrajnie formalistyczna wykładnia wyrażenia „wspierać swoimi zasobami wiedzy i doświadczenia w zakresie oraz przez okres konieczny do realizacji projektu”, zgodnie, z którą „stwierdzenie to nie wyraża zobowiązania”, nie ma oparcia w żadnej regule wykładni tak literalnej jak i celowościowej. Bezsprzeczne jest, iż wyrażenie „będzie wspierać” oznacza to samo, co „zobowiązuje się wspierać”.

Ponadto wykładnia ww. oświadczenia zastosowana przez KIO jest sprzeczna z regułami wykładni celowościowej oraz nie uwzględnia okoliczności faktycznych towarzyszących złożeniu tego oświadczenia. Oświadczenie to składane jest jedynie do celów postępowania, co bezspornie wynika z jego treści oraz terminu jego złożenia (wskazanie nazwy postępowania, numeru, złożenie oświadczenia przed terminem składania wniosków). Ponadto zgodnie z przepisami prawa, poza odpowiednimi referencjami wystawionymi przez podmiot trzeci oraz oświadczeniem z art. 26 ust. 2b Pzp, w celu uzyskania zamówienia wykonawca nie potrzebuje żadnych innych

dokumentów od podmiotu trzeciego. Nie powinien budzić, zatem wątpliwości cel wystawienia tego oświadczenia.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Budimex S.A. wykładania oświadczeń woli przyjęta przez KIO w sposób rażąco narusza normę art. 65 kc., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Kombinowana metoda wykładni oświadczeń woli przyznaje pierwszeństwo - w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie - temu znaczeniu oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Sąd Najwyższy podkreślił, iż wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 kc., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii *clara non sunt interpretanda*. Najnowsze stanowisko nauki prawa cywilnego odrzuciło tę koncepcję, co oznacza, iż przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 kc).

Powyższe argumenty dotyczące obowiązku zastosowania celowościowej wykładni mają pełne zastosowanie również do drugiego z kwestionowanych oświadczeń, które złożyła firma Siemens AG. Skarżący poprzestał jednak na szczegółowej analizie oświadczenia złożonego przez IHI

Corporation z uwagi na fakt, iż naruszenie prawa w tym przypadku jest ewidentne. Ponadto dla potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia postawionego przez Zamawiającego wystarczyło wykazanie się jedną robotą budowlaną. Tym samym dokumenty złożone przez firmę IHI Corporation należy uznać w tym wypadku za wystarczające dla wykazania się spełnieniem tego warunku przez Skarżącego.

Reasumując podkreślić należy, iż w przedmiotowej sytuacji KIO w ogóle pominęła okoliczności faktyczne złożenia oświadczeń oraz cel, w jakim zostały złożone oba oświadczenia opierając się jedynie na niezrozumiałej, skrajnie formalistycznej i wadliwie dokonanej wykładni językowej tych oświadczeń, czym w sposób rażąco naruszyła normę art. 65 kc.

Ponadto nietrafne jest stanowisko KIO, że w każdym przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia wymagany jest udział podmiotu udostępniającego ten zasób w realizacji zamówienia, ani tym bardziej wykładnia art. 26 ust. 2B Pzp oparta na takim założeniu.

Podkreślenia wymaga, że treść tego przepisu nie nakłada na podmiot trzeci takiego zobowiązania. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż prawodawca wyraźnie zaznaczył, że istnieje możliwość korzystania z zasobów osób trzecich bez angażowania ich do realizacji zamówienia. Z treści § 1 ust. 2 rozp. o dokumentach wynika, bowiem że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia czyli dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. A contrario, jeżeli wykonawca korzysta z potencjału tych podmiotów, a nie uczestniczą one w realizacji, to zamawiający nie może żądać od nich ww. dokumentów. Tym samym prawo zamówień publicznych rozróżnia dwie możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich: jedna, gdy podmiot ten uczestniczy w realizacji zamówienia i druga, gdy udostępnia mu zasób, ale bezpośrednio nie bierze udziału w realizacji zamówienia. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia. Prezentowane przez Skarżącego stanowisko znajduje odzwierciedlenie także w ugruntowanej linii orzeczniczej KIO. Przykładowo w wyroku z 10 stycznia 2011 r. sygn. akt.: 2790/10 KIO oraz w wyroku z dnia 26 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1452/10

Na marginesie Skarżący podkreślił, iż na mocy art. 26 ust. 2b Pzp w sytuacji udostępniania zasobów przez podmioty trzecie zachodzi konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jednakże do wyboru wykonawcy pozostawiono sposób, w jaki udowodni powyższą okoliczność. Pismne zobowiązanie podmiotów udostępniających swój potencjał jest tylko przykładowym środkiem osiągnięcia tego celu. Na powyższe wskazuje użycie przez ustawodawcę w ww. przepisie wyrażenia „w szczególności” odnoszącego się do pisemnego zobowiązania, zamiast wskazania wprost, iż konieczne jest przedłożenie stosownego zobowiązania z pominięciem jakichkolwiek ogólnych instytucji dowodzenia. Skarżący w przedmiotowym przypadku załączył oświadczenie z art. 26 ust. 2 b Pzp jak również listy referencyjne podmiotów trzecich podpisane przez osoby reprezentujące te podmioty, odpowiednie referencje oraz wyjaśnienia, iż wskazane podmioty współpracują ze Skarżącym na zasadzie art. 26 ust. 2 b Pzp. Tym samym wszelkimi możliwymi środkami wykazał, iż będzie mógł dysponować zasobami tych podmiotów trzecich (Siemens AG i IHI Corporation). Co więcej, także zasady logiki podpowiadają iż Budimex S.A. będący firmą budowlaną i nie produkujący tak specjalistycznych urządzeń jak kotły będzie realizował zamówienie wspólnie z tymi podmiotami na zasadach pod wykonawstwa lub w inny ustalony sposób.

Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia przez KIO art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i wadliwe zastosowanie w ocenie Skarżącego jest w pełni uzasadniony.

Odnosząc się do kolejnego uwzględnionego przez KIO zarzutu Odwołującego, iż Budimex S.A. nie wykazał, iż pan Ichiro Haschimoto, był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Skarżący stwierdził, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp podpisał pan Nobro Vemotsu, który został upoważniony do działania w imieniu IHI Corporation przez pana Ichiro Haschimoto. Skarżący załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odpis z właściwego rejestru, z którego wynika, że pan Haschimoto jest członkiem przedstawicielem zarządu spółki IHI Corporation. Ponadto na wezwanie o wyjaśnienie Skarżący wskazał, iż zgodnie z prawem japońskim pan Haschimoto jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki oraz przedłożył zamawiającemu oświadczenie pana Kenji Ishizawa, kierownika ds. sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni w tym zakresie, a także stronę tytułową ustawy o spółkach obowiązującą w Japonii wraz z tłumaczeniem, oraz treść art. 349 tej ustawy wraz z tłumaczeniem. Dokumenty te w sposób nie budzący wątpliwości wykazały, iż Pan Haschimoto był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji.

Nie zrozumiałe i wadliwe jest, zatem wyrażone w wyroku stanowisko KIO, w którym stwierdza ona, że dokumenty i wyjaśnienia złożone przez Budimex S.A. nie mogą być potraktowane jako

wystarczające, ponieważ „dla wykazania należytego umocowania pana Haschimoto do jednoosobowej reprezentacji spółki IHI Corporation winna być załączona umowa spółki IHI Corporation bądź uchwała spółki IHI Corporation potwierdzająca jednoosobowe umocowanie pana Haschimoto do reprezentacji spółki”.

Na mocy z art. 349 japońskiej ustawy o spółkach każdy członek zarządu spółki ma prawo do reprezentowania spółki akcyjnej. Jednakże w przypadku powołania na członka zarządu spółki osoby, która reprezentuje inną spółkę akcyjną lub członka zarządu innej spółki akcyjnej, który posiada prawo do reprezentowania, przepis ten nie ma zastosowania. Ponadto zgodnie z ust. 2 ww. artykułu w przypadku, gdy powołanych jest dwóch lub więcej członków zarządu każdy z nich reprezentuje spółkę samodzielnie. Natomiast ust. 3 tego artykułu stanowi, że spółka akcyjna może powołać członków zarządu posiadających prawo do reprezentowania spółki spośród wszystkich członków zarządu zgodnie ze statutem, poprzez wybory wzajemne członków zarządu na podstawie uregulowań w statucie lub uchwałą walnego zgromadzenia.

Analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, iż zasadą w japońskim prawie jest reprezentacja jednoosobowa (samodzielna) spółki przez każdego członka zarządu. Od tej zasady przepisy prawa japońskiego przewidują dwa wyjątki: 1) zasada ta nie będzie miała zastosowania do

członka, który zasiada w zarządzie lub reprezentuje inną spółkę akcyjną oraz 2) gdy statut lub uchwała wskaże jedynie kilku spośród wszystkich, co do zasady uprawnionych członków zarządu, który będą mieli prawo do reprezentacji spółki. Należy, zatem stwierdzić, iż przepis ten opiera się na zasadzie ogólnej i domniemaniu, że ona ma zastosowanie zawsze poza ściśle wskazanymi w przepisie wyjątkami.

Pan Haschimoto reprezentuje spółkę samodzielnie i jednoosobowo, zgodnie z prawem japońskim i zawartym w nim domniemaniem.

Prawo do reprezentacji spółki IHI Corporation przez pana Haschimoto zostało potwierdzone poprzez: 1) oświadczenie pana Haschimoto wyrażone poprzez samo udzielenie pełnomocnictwa do podpisania zobowiązania panu Nobro Vemotsu, 2) odpis z rejestru, z którego wyraźnie wynika, że jest on członkiem przedstawicielem zarządu, 3) wyjaśnienie stanowiące oświadczenie wiedzy pana Kenji Ishizawa kierownika ds. sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni oraz 4) generalną zasadę ustawy.

Skarżący przedstawił, zatem dokumenty potwierdzające prawidłowe umocowanie pana Haschimoto do reprezentacji spółki IHI Corporation. Nie miał natomiast prawnego obowiązku przedkładania dodatkowych dokumentów, które świadczyłyby o tym, że w tym przypadku zachodzą wyjątki od ogólnej zasady prawa uprawniającej go do reprezentacji spółki.

Podkreślić należy, iż przyjęte przez KIO stanowisko uwzględniające w pełni argumentację Odwołującego, iż Skarżący był obowiązany udowodnić również nie istnienie wyjątków wskazanych w art. 349 ustawy o spółkach, rażąco narusza art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto żądanie dodatkowych, zbędnych dla oceny spełnienia przez Skarżącego warunków udziału w postępowaniu dokumentów stanowi również naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach.

W niniejszej sprawie to Odwołujący podniósł wątpliwości w zakresie umocowania pana Haschimoto do reprezentowania spółki IHI Corporation nie przedkładając żadnych dowodów na ich poparcie. Niezrozumiałe jest, zatem działanie KIO, która uznała, iż ciężar wykazania prawa, że nie zachodzą wyjątki od zasady ogólnej reprezentacji spółki, obciąża Skarżącego a nie Odwołującego, który z twierdzenia, że zachodzą wyjątki od zasady ogólnej wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Podkreślić należy, że również Zamawiający nie miał wątpliwości, co do prawidłowej reprezentacji spółki IHI Corporation, a zatem jedynym podmiotem, który podnosił zarzuty w tym zakresie był Odwołujący. Odwołujący, zatem powinien był wykazać, iż w stosunku do pana Haschimoto zachodzi jeden z wyjątków określony w ustawie, dlatego nie jest on uprawniony do reprezentacji spółki IHI Corporation.

Jak podkreślił Skarżący powyższe wywody znajdują oparcie w doktrynie; przykładowo popiera to stanowisko prof. dr hab. Edward Gniewek w Komentarzu do kodeksu cywilnego.

Jeżeli zatem ustawa o spółkach wprowadza generalną zasadę dopuszczając od niej odstępstwa, to

wystarczy, aby Skarżący wykazał umocowanie zgodnie z tą generalną zasadą.

Natomiast Odwołujący powinien wykazać dowody na potwierdzenie faktów niweczających tą generalną zasadę. Z tym, że same twierdzenia strony, czy też wyrażanie wątpliwości nie może być uznane za dowód. Skoro, zatem Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich zarzutów, to nie można uznać, że wykazał, iż pan Haschimoto nie jest należycie umocowany do reprezentacji spółki. W tej sytuacji nieuprawnione było działanie KIO, tj. przerzucenie ciężaru dowodu w ww. zakresie na Skarżącego.

Niezrozumiałe jest również stwierdzenie KIO, iż oświadczenie złożone przez pana Kenji Ishizawa, kierownika do spraw sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni, „nie ma doniosłości prawnej” i nie może stanowić dowodu reprezentacji pana Haschimoto ponieważ „nie potwierdza” oraz nie wykazano uprawnień pana Kenji Ishizawa do reprezentacji spółki IHI Corporation. Należy wyraźnie stwierdzić, iż w oświadczeniu tym wyraźnie stwierdzono, iż pan Haschimoto jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki. Ponadto oświadczenie to stanowi wyjaśnienie sposobu reprezentacji spółki (wraz z powołaniem się na przepisy), tj. oświadczenie wiedzy osoby, w zakresie obowiązków, której leży m.in. współpraca z zagranicznymi podmiotami. Tym samym fakt jego umocowania lub braku do składania oświadczeń woli czy też reprezentowania spółki jest w tym zakresie bez znaczenia. Uprawnienie do umocowania spółki przez pana Haschimoto powstało z mocy prawa w chwili jego powołania na członka zarządu, a zatem nie ma znaczenia prawnego złożenie oświadczenia w tym zakresie przez osobę upoważnioną do reprezentacji (w tym jak można zakładać samego pana Haschimoto), czego wymaga KIO. Takie oświadczenie miałoby, bowiem charakter jedynie wyjaśnienia sposobu reprezentacji z powołaniem się na przepisy, czyli de facto miałoby takie samo znaczenie, jak oświadczenie złożone przez pana Ishizawa.

Odnosząc się do zarzutu braku potwierdzenia prawa do reprezentacji spółki Siemens AG osób podpisujących w jej imieniu zobowiązania z art. 26 ust. 2b Pzp Skarżący wskazuje, iż takie potwierdzenie znajduje się w piśmie z 5 października 2010 r., w którym osoby uprawnione do reprezentacji Siemens AG stwierdziły, iż panowie Stefan Wissner i Uwe Hofstadt byli uprawnieni do reprezentacji również przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do postępowania.

Niezależnie od powyższego wyraźnego podkreślenia wymaga, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku zamawiający wymagał spełnienia jedynie jednej roboty budowlanej o zakresie prac

wskazany w Ogłoszeniu. Oznacza to, że dla uznania odwołania za niezasadne i jego oddalenia wystarczyło uznanie za prawidłowe oświadczenia złożonego przez jeden z podmiotów udostępniających potencjał wiedzy i doświadczenia Skarżącemu, np. IHI Corporation, bez badania oświadczenia i dokumentów złożonych przez drugiego np. Siemens.

W ocenie Skarżącego Izba wydając skarżone orzeczenie naruszyła powołane przepisy prawa materialnego i postępowania, co ma wpływ na sytuację Skarżącego, uniemożliwiając mu złożenie oferty.

Konsorcjum Alstom Power Sp. z o.o. w Warszawie, Alstom Power GmbH w Niemczech oraz PBG S.A. w Wysogotowie k. Poznania wniosło dwa pisma datowane na 15 i 16 lutego 2011 r. oznaczone jako odpowiedź na skargę. W pismach tych Konsorcjum Alstom domagało się odrzucenia skargi na mocy art. 198e ust. 1 Prawa zamówień publicznych z uwagi na naruszenie art. 198b ust. 2 tej ustawy oraz art. 133 § 3 kpc. w zw. z art. 198a ust. 2 Pzp i art. 391 § 1 kpc. bowiem odpisu skargi nie doręczono ustanowionemu przez Konsorcjum pełnomocnikowi, ewentualnie oddalenia skargi w całości jako oczywiście bezzasadnej w oparciu o art. 198f ust. 2 zd. 1 Pzp jak również zasądzenia na rzecz Konsorcjum kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego w wysokości trzykrotnej stawki minimalnej.

W ocenie Konsorcjum żaden z zarzutów skargi nie jest zasadny, dlatego skarga jako pozbawiona podstaw nie zasługuje na uwzględnienie, a orzeczenie KIO należało uznać za prawidłowe. Również ustalenia jak i rozważania poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą zdaniem Konsorcjum znajdują uzasadnienie w zgromadzonym w postępowaniu materiale dowodowym. Nadto Konsorcjum odniosło się szczegółowo do treści przedstawionych przez wnoszącego skargę oświadczenia IHI i powiadomienia Siemens AG wykazując nie spełnienie przez wskazane dokumenty wymogów ustawy o zamówieniach publicznych i kodeksu cywilnego oraz

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy w jakich dokumenty mogą być składane jak również określonych przez zamawiającego.

Konsorcjum powołało się na swoje stanowisko zawarte w odwołaniu, co do nie spełnienia przez wniosek wykonawcy Budimex S.A. wymogów wynikających z obowiązujących przepisów oraz określonych przez zamawiającego.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę ustalił i zważył:

Odnosząc się do wniosku o odrzucenie skargi z przyczyn formalnych podniesionego przez Konsorcjum Alstom w ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten nie mógł odnieść zamierzonego skutku, dlatego skarga podlegała rozpoznaniu merytorycznemu. Wprawdzie faktycznie skarżący

nie doręczył odpisu skargi pełnomocnikowi Konsorcjum Alstom mimo, iż Konsorcjum to wnosząc odwołanie w przedmiotowej sprawie ustanowiło zawodowego pełnomocnika to jednak brak ten w ocenie Sądu Okręgowego w sytuacji gdy odpis skargi został w ustawowym terminie doręczony stronie postępowania skargowego (czego Konsorcjum nie kwestionuje) nie mógł skutkować odrzuceniem skargi, która podlegała merytorycznej ocenie.

Skarga wykonawcy „Budimex” S.A. w Warszawie nie mogła odnieść zamierzonego skutku i dlatego jako niezasadna podlegała oddaleniu na mocy przepisów art. 198 f ust.2 zd.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 10.113.759 j.t., ze zm.).

Wbrew zarzutom skargi Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła prawidłowe postępowanie, a ustalony stan faktyczny znajduje uzasadnienie w zaoferowanych przez uczestników postępowania tj. Odwołującego, Zamawiającego i Wykonawcę wyjaśnieniach i wywodach. Przedmiotem sporu, a w konsekwencji oceny KIO była kwestia czy skarżący dopełnił wymogu określonego przepisem art.26 ust.3 w zw z ust.2b ustawy Pzp. tj. czy przedłożone przez wykonawcę Budimex S.A. oświadczenia firm IHI Corporation oraz Siemens Energy AG spełniają wymogi wskazanego przepisu jak również czy osoby podpisane pod tymi oświadczeniami (w imieniu IHI Corporation - I. Haschimoto, a w imieniu Siemens - St. Wissner i U. Hoffstad) wykazały w należyty sposób posiadanie umocowania do ich reprezentowania. Ponieważ Sąd Okręgowy rozpoznając skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest Sądem merytorycznym, zatem przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu w pierwszej

kolejności winna być kwestia wykazania prawidłowego umocowania osób podpisanych pod oświadczeniami przedłożonymi przez Skarżącego na okoliczność udostępnienia mu przez te podmioty ich wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego w oparciu o art.26 ust 2b Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem 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.

Mając na uwadze przywołany przepis Prawa zamówień publicznych podkreślenia wymaga, iż kwestią, co najmniej równie istotną jak treść pisemnego zobowiązania jest kwestia prawidłowości jego sporządzenia.

Zgodnie z przepisem art.96 kc. umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo).

Skarżący w przedmiotowym przypadku dla wykazania spełnienia powyższych wymogów powołał się na dwa oświadczenia dwóch firm tj. oświadczenie dotyczące dostawy generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III Polska z 22.07.2010r wydane przez IHI

Corporation oraz powiadomienie o zamówieniu nr 2010/S 99 - 150187 opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 22.05.2010r. przez Południowy Koncern Energetyczny S.A. (PKE S.A.) na budowę nowych mocy w technologiach węglowych w PKE S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 800 - 91 OM W na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II (Projekt) z 26.07.2010r. wydane przez Siemens Energy.

Firma IHI Corporation ma swoją siedzibę w Japonii zasadnie, zatem wykonawca aktualnie występujący w sprawie jako Skarżący w toku postępowania wskazywał na konieczność stosowania do kwestii ustalenia zasad reprezentacji tej spółki przepisów prawa japońskiego. Jak wyjaśnił Skarżący generalną zasadą w prawie tym (art. 349 ustawy o spółkach) jest, iż każdy członek zarządu spółki ma prawo do reprezentowania spółki akcyjnej, a w przypadku gdy powołanych jest dwóch lub więcej członków zarządu każdy z nich reprezentuje spółkę samodzielnie.

Wskazał jednak również skarżący, iż zasada ta ma zastosowanie pod pewnym ustawowo określonym warunkiem, a mianowicie w przypadku, gdy członek zarządu konkretnej spółki nie jest równocześnie członkiem zarządu w innej spółce i nie reprezentuje innej spółki. W przypadku powołania na członka zarządu spółki osoby, która reprezentuje inną spółkę akcyjną lub członka zarządu innej spółki akcyjnej, który posiada prawo do reprezentowania, przepis ten nie ma zastosowania.

Podkreślenia wymaga, iż wadliwie interpretuje wskazane uregulowania Skarżący jako wyjątek od generalnej zasady jednoosobowej reprezentacji. Wprawdzie de facto jest to wyjątek jednak należy wskazać zapis ustawowy uznać za warunek, którego spełnienie dopiero skutkuje uprawnieniem członka zarządu określonej spółki do jednoosobowej jej reprezentacji. Nie można również uznać, iż w oparciu o przywołane uregulowania funkcjonuje domniemanie, iż skoro I. Haschimoto jest członkiem zarządu IHI Corporation to ma uprawnienie do jednoosobowej reprezentacji tej spółki. Podkreślenia, bowiem wymaga, iż w sytuacji, gdy w spółce akcyjnej zarząd jest wieloosobowy to zapisy Statutu spółki regulują kwestię reprezentacji. W Statucie możliwe są zapisy o powierzeniu reprezentowania spółki tylko niektórym członkom zarządu.

Mając na uwadze przepis art.6 kc. zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, w przedmiotowym przypadku to na wykonawcy w osobie Budimex S.A. ciążył obowiązek wykazania, iż osoba udzielająca umocowania do podpisania oświadczenia faktycznie jednoosobowo reprezentowała IHI Corporation. Fakt posiadania uprawnienia do jednoosobowej reprezentacji spółki mógł zostać wykazany przez przedłożenie oświadczenia p. Ichiro Haschimoto, iż spełnia warunki ustawowe tj. nie jest członkiem zarządu innej spółki i nie jest upoważniony do reprezentowania innej spółki oraz iż w statucie spółki nie istnieje uregulowanie uniemożliwiające składanie oświadczeń woli w imieniu Spółki IHI Corporation przez p. Ichiro Haschimoto, bowiem fakt, iż jest członkiem zarządu IHI Corporation nie budził wątpliwości.

Zasadnie, zatem podniósł Odwołujący, iż ponieważ wykonawca nie udowodnił, iż podpisany pod oświadczeniem dotyczącym dostawy generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III, POLSKA z 22 lipca 2010r., a wydanym przez IHI Corporation Nobro Nemotsu uczynił to z umocowania uprawnionego jednoosobowego reprezentanta spółki za niezasadne należało uznać stanowisko Zamawiającego spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ skarżący nie wykazał spełnienia tego warunku, zasadnie KIO uznała, iż nie wykazano prawidłowości reprezentacji IHI Corporation, a w konsekwencji oświadczenie tej spółki nie spełniało wymogu art.26 Pzp., bowiem w ogóle nie można go uznać za oświadczenie skutecznie i w sposób wiążący złożone w imieniu i z konsekwencjami dla tego podmiotu.

Sąd Okręgowy podziela również wywody KIO na okoliczność braku mocy wiążącej zarówno dla KIO jak i dla Sądu wyjaśnień przedstawionych przez kierownika ds. sprzedaży na rzecz zagranicznych elektrowni - Kenji Ishizawa w kwestii uprawnienia pana I. Haschimoto do jednoosobowej reprezentacji IHI Corporation w oparciu o przepisy ustawy o spółkach nr 86 z 26.07.2005r. z przyczyny nie wykazania uprawnień osoby podpisanej pod tym wyjaśnieniem, czy to do wiążącej interpretacji przepisów prawa czy też do składania wyjaśnień w imieniu IHI nawet w przypadku uznania tego wyjaśnienia za oświadczenie wiedzy jak to deklaruje skarżący, a nie wywód prawny.

Wbrew wywodom Skarżącego ewentualne oświadczenie przedłożone przez I. Haschimoto o tym, że spełnia wymogi ustawy konieczne do jednoosobowej reprezentacji IHI Corporation miałyby bez wątpienia moc wiążącą dla przedmiotowej sprawy jako złożone przez osobę uprawnioną we własnym imieniu, podobnie oświadczenie w tej kwestii złożone przez innego umocowanego przedstawiciela spółki IHI Corporation, ale nie przez pracownika nie legitymującego się takimi przymiotami.

W opisanym przypadku nie można uznać za środek dowodu na okoliczność umocowania I. Haschimoto samego faktu udzielenia pełnomocnictwa innej osobie (Nobro Vemotsu) do podpisania oświadczenia.

W zaistniałej sytuacji kwestią wtórną pozostawała treść opisanego oświadczenia, ale i w tym zakresie Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO.

Z treści przepisu art.26 ust.2b Pzp. wynika obowiązek wykonawcy udowodnienia 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. Nawet, zatem uznając za zasadne stanowisko orzecznictwa i doktryny, iż na etapie wstępnym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie jest konieczne wykazanie przez wykonawcę dysponowania wymagającym potencjałem, to bez wątpienia obligatoryjne jest udowodnienie, że na etapie realizacji zamówienia będzie takim potencjałem dysponował.

Skarżący przywołał treść oświadczenia IHI „, występując w imieniu IHI Corporation, niniejszym oświadczamy, że w przypadku udzielenia Projektu (wskazanego w oświadczeniu z nazwy) firmie Budimex S.A. (występując samodzielnie lub łącznie z innymi wykonawcami) IHI Corporation będzie wspierać Budimex S.A. swoimi zasobami wiedzy i doświadczenia w zakresie oraz przez okres konieczny do realizacji projektu”.

Na marginesie powyższych rozważań podkreślenia wymaga, iż deklaracja (jak to wyjaśniono - prawnie nieskuteczna) o wspieraniu zasobami wiedzy i doświadczenia nie stanowi decyzji podmiotu zobowiązanego tj. IHI Corporation o pewnym udostępnieniu tych zasobów Skarżącemu. Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska KIO, że skoro w opisanym przypadku przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, dlatego niemożliwy jest samodzielny nimi obrót i dalsze ich udzielanie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Zatem wykonawca winien przedłożyć wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

Po pierwsze przepisy Prawa zamówień publicznych tego nie wymagają, a wręcz dopuszczają każdą formę stosunku łączącego wykonawcę i inny podmiot a nadto, mimo iż faktycznie oddanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego oraz osobowego dla realizacji takiego przedsięwzięcia jak przedmiotowe jest mało prawdopodobne bez współpracy podmiotów w osobach wykonawcy i właściciela lub dysponenta opisanego potencjału to jednak nie jest to zupełnie niemożliwe, dlatego każda wersja współpracy jest dopuszczalna.

Powyższe nie zwalnia jednak wykonawcy, który chce skorzystać z możliwości dopuszczonej przepisem art.26 ust.2b Pzp. od obowiązku udowodnienia zamawiającemu, iż będzie tymi zasobami dysponował w szczególności wykonawca winien przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zapis ustawy o zobowiązaniu do oddania do dyspozycji wykonawcy potencjału innego podmiotu celem korzystania z niego przy realizowaniu zamówienia niesie w sobie jednoznaczną wolę podmiotu przekazania wykonawcy dysponowania konkretnymi walorami w określonym czasie i w oznaczonym celu. Przedstawione oświadczenie zawierające deklarację wspierania wykonawcy nie spełnia powyższych wymogów ustawy nie zawiera, bowiem jednoznacznej woli przekazania opisanego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Zupełnie nie istotną kwestią na aktualnym etapie postępowania pozostają dywagacje na okoliczność możliwego odstąpienia od ewentualnych uzgodnień między wykonawcą, a podmiotem dysponującym potencjałem, bowiem taka możliwość istnieje zawsze jednak strony winny poczynić ustalenia, aby ją zminimalizować do sytuacji zupełnie wyjątkowych i nieprzewidywalnych.

Wprawdzie skarżący znacznie mniejszą wagę przywiązywał do kwestii oświadczenia drugiego podmiotu tj. Siemens Energy to jednak formalnie skargą objął cały wyrok KIO, dlatego przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego były również pozostałe kwestie dotyczące firmy Siemens Energi.

KIO również w odniesieniu do tej firmy ustaliła, iż Budimex S.A. nie wykazał dochowania wymogu wskazanego przepisu art.26 ust.2b Pzp.

Podobnie jak poprzednio w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy ocenił kwestię prawidłowości umocowania osób podpisanych pod powiadomieniem Siemens Energi tj. Stefana Wissnera i Uwe Hoffstadta. Jak ustaliła KIO osoby te nie są i nie były członkami zarządu spółki Siemens AG. Skarżący na skutek wezwania przez zamawiającego na mocy art.26 ust.3 i 4 Pzp przedłożył pełnomocnictwo, z którego wynika umocowanie dla wskazanych osób, do dwuosobowej reprezentacji spółki w zakresie zapewnienia i składania wszelkich wymaganych deklaracji we wszystkich sprawach związanych z blokiem energetycznym 800-900MW dla PKE, Elektrownia Jaworzno III od 30.09.201 Or. Wykonawca nie przedłożył umocowania dla tych osób do występowania w imieniu Siemens Energi w okresie przed tą datą, a zatem w czasie składania wniosku przez Budimex S.A.

Wyjaśnienia wymaga, iż fakt potwierdzenia przez osoby uprawnione do reprezentacji Siemens S.A., iż panowie Stefan Wissner i Uwe Hoffstadt byli uprawnieni do reprezentacji spółki również przed dniem 30.09.2010r. na którą to datę przedstawiono pełnomocnictwo nie jest wystarczające.

Podkreślenia wymaga, iż czynność dokonana przez osobę nie umocowaną może być potwierdzona przez podmiot w imieniu, którego została dokonana, ale takiego potwierdzenia skarżący nie przedstawił, podobnie jak nie przedłożył dokumentu pełnomocnictwa do występowania w imieniu i ze skutkiem dla spółki dla wymienionych osób w czasie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odnosząc się do oświadczenia dotyczącego dostawy generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni Jaworzno III Polska z 22.07.201 Or. wydanym przez IHI Corporation oraz powiadomienia o zamówieniu nr 2010/S 99 - 150187 opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 22.05.2010r. przez Południowy Koncern Energetyczny S.A. (PKE S.A.) na budowę nowych mocy w technologiach węglowych w PKE S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 800 - 910MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II (Projekt) z 26.07.2010r. wydanego przez Siemens Energy, podkreślenia wymaga, iż mając na uwadze przytoczone przez KIO uregulowania dotyczące ewentualnego przyszłego zawarcia umowy zawarte w pkt a, b, c i e zasadnie Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że wykonawca nie wykazał możliwości dysponowania potencjałem tej firmy. W powiadomieniu Siemens Energy zawarto jedynie zainteresowanie złożeniem propozycji wykonawcy w zakresie jednego kompletu turbozespołu o nadkrytycznych parametrach wraz niezbędnym wyposażeniem dodatkowym odpowiednim do celów projektu oraz zastrzeżono, iż Siemens dostarczy Budimex turbozespół pod warunkiem zawarcia umowy dostawy na wynegocjowanych i uzgodnionych warunkach i zasadach oraz iż z tym zastrzeżeniem udostępni do dyspozycji Budimex niezbędne zasoby na okres ich wykorzystania w ramach realizacji kontraktu do dnia ustalenia warunków kontraktu, ale nie dłużej niż do 31.07.2012r.

Powyższe zapisy nie spełniają wymogu przepisu art.26 ust.2b Pzp., który nakłada jak to już wcześniej wskazywano na wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub zdolnościami finansowymi innych podmiotów w szczególności wykonawca winien przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zapisy powiadomienia przywołane przez Odwołującego (nie kwestionowane przez skarżącego) nie dowodzą przekazania przez Siemens Energi jej potencjału wykonawcy ale, stanowią jedynie zaproszenie do negocjacji i ustaleń zarówno co do czasu jak i zakresu ewentualnej współpracy (wyraża zainteresowanie złożeniem propozycji).

Zatem również i w tym przypadku Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny wskazanych zapisów powiadomienia nie naruszyła zasad swobodnej oceny materiału dowodowego oraz wyjaśnień złożonych przez uczestników postępowania (art.233§ 1 kpc.).

Za oczywiste, bowiem wynikające wprost z treści przepisu art.65§1 kc. należało uznać stanowisko Skarżącego, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przy czym należy mieć na uwadze specyficzną sytuację i konstrukcję w

...mniejszej sprawie, bowiem stronami stosunku, co do którego Prawo zamówień publicznych nie nakłada żadnych wymogów formalnych jest wykonawca oraz podmiot trzeci dysponujący określonym potencjałem, natomiast z mocy wskazanego przepisu art.26 ist. 2b Pzp ocena czy wykonawca udowodnił możliwość dysponowania potencjałem osoby trzeciej została powierzona Zamawiającemu nie będącemu ani stroną tego stosunku ani uczestnikiem jakichkolwiek porozumień w tej kwestii. Dlatego też wykonawca winien na ogólnych zasadach udowodnić zamawiającemu możliwość dysponowania opisanym w przepisie potencjałem umożliwiającym mu zrealizowanie zamówienia w sytuacji, gdy to on zostanie wybrany do jego wykonania. W opisanym przypadku bardzo rzadko zastosowanie będzie znajdował subiektywny wzorzec wykładni, na który powołuje się skarżący z prostej przyczyny składania oświadczenia woli przez podmiot trzeci wykonawcy, a nie Zamawiającemu, który ocenia powstałe w jego wyniku uprawnienia wykonawcy do dysponowania potencjałem składającego to oświadczenie. Prawem Zamawiającego winna być, zatem możliwość obiektywnej oceny oświadczenia osoby trzeciej deklarującej wykonawcy korzystanie z własnego potencjału.

Konsekwencją powyższego jest również możliwość dokonania oceny przez KIO oraz Sąd Okręgowy oświadczenia podmiotu trzeciego.

W przedmiotowej sprawie skarżący nie udowodnił uprawnienia do dysponowania potencjałem IHI Corporation ani też Siemens Energy, co prawidłowo oceniła KIO.

Reasumując, skarga jako nie zasadna nie mogła skutkować zmianą prawidłowego wyroku KIO i podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z przepisem art. 198f ust.5 Prawa zamówień publicznych.