

WYROK
z dnia 4 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: METSO AUTOMATION Polska Sp. z o.o., METSO AUTOMATION OY, 44-100 Gliwice, ul. Kościuszki 1c** od czynności zamawiającego **Południowy Koncern Energetyczny S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23.**

przy udziale **Honeywell Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39B** oraz **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórny ocenę wniosków**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Południowy Koncern Energetyczny S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: METSO AUTOMATION Polska Sp. z o.o., METSO AUTOMATION OY, 44-100 Gliwice, ul. Kościuszki 1c;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **18 944 zł 20 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset czterdzieści cztery złote dwadzieścia groszy) przez **Południowy Koncern Energetyczny S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** na rzecz **Konsorcjum: METSO AUTOMATION Polska Sp. z o.o., METSO**

AUTOMATION OY, 44-100 Gliwice, ul. Kościuszki 1c stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Południowy Koncern Energetyczny S. A. prowadzi postępowanie sektorowe w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie, dostawa, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji systemu NSAB dla jednostki wytwórczej OZE w PKE S.A. Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem S159 246276-2010 w dniu 18 sierpnia 2010 r.

Odwołujący Konsorcjum Metso Automation Polska Sp. z o.o., i Metso Automation Oy, złożył odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków z ich uzupełnieniami i wyjaśnieniami w ramach niniejszego postępowania.

I. W odniesieniu do wniosku złożonego przez Wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Emerson z Postępowania z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) pzp,

II. W odniesieniu do wniosku złożonego przez Wykonawcę Honeywell Sp. z o.o., Odwołujący zarzucił zaniechanie wykluczenia Honeywell z Postępowania z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z §2 ust. 1 pkt 5) Rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) oraz naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3

III. W odniesieniu do wniosku złożonego przez Wykonawcę Yokogawa Deutschland GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Yokogawa z Postępowania z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) pzp.

IV. W odniesieniu do wniosku złożonego przez Wykonawcę Siemens Sp. z o.o. Sektor Energy, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Siemens z niniejszego postępowania z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących artykułów:

(i) art. 7 pzp, poprzez zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania wykonawców, którzy winni być wykluczeni jako że nie spełniają warunków udziału w postępowaniu,

(ii) art. 22 pzp, poprzez uznanie oświadczeń złożonych w sposób sprzeczny z pzp i wymogami Zamawiającego,

(iii) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4) pzp poprzez niewykluczenie wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu,

(iv) art. 25 ust. 1 pzp, poprzez niewykluczenie wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu sporządzonym i zatwierdzonym przez Zamawiającego, a tym samym uznanie dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawców, których ten zarzut dotyczy, które nie spełniają warunków określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu,

(v) art. 26 ust. 2b pzp, poprzez uznanie dokumentów przedłożonych przez wykonawców, których zarzut ten dotyczy, które nie spełniają kryteriów określonych we wskazanym przepisie,

(vi) art. 26 ust. 3 pzp, poprzez uznanie dokumentów i oświadczeń złożonych na wezwanie zamawiającego nie potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, z datą późniejszą niż w dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

(vii) art. 50 ust. 1 pzp, w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 pzp poprzez akceptację dokumentów i oświadczeń wykonawców, którzy winni być wykluczeni, pomimo, że ich treść nie spełnia warunków sformułowanych i przedstawionych przez Zamawiającego w ogłoszeniu, oraz

(viii) §2 ust. 1 pkt 5) oraz ust. 2 Rozporządzenia poprzez akceptację dokumentów i oświadczeń wykonawców, którzy winni być wykluczeni, pomimo, że ich treść i data sporządzenia nie spełnia warunków sformułowanych i przedstawionych przez Zamawiającego

w ogłoszeniu,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dopuszczenia do udziału w Postępowaniu Wykonawców: Emmerson, Honeywell, Yokogawa, Siemens, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez ww. Wykonawców i w konsekwencji wykluczenie ww. Wykonawców z udziału w Postępowaniu.

I. WNIOSEK EMERSON

Odwołujący zarzucił Wykonawcy Emmerson, iż ten, wbrew wymogom stawianym przez Zamawiającego, nie przedłożył dokumentów wymaganych zarówno przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i Zamawiającego w ogłoszeniu.

Wykonawca złożył we wniosku zobowiązanie podmiotu trzeciego - Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc. z siedzibą w Pittsburgh, USA, jednakże dokument ten nie został podpisany. Zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym konieczne jest jednak przedstawienie przez wykonawcę pisemnego zobowiązania takiego podmiotu do udostępnienia swoich zasobów.

W ocenie Odwołującego, Wykonawcy polegający na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp obowiązani byli, zgodnie z pkt 7 sekcji VI.3 ogłoszenia, przedłożyć wraz ze zobowiązaniem, dokumenty ujawniające zasadę reprezentacji tych podmiotów. Wykonawca Emerson nie przedłożył również dokumentu, na podstawie którego możliwe byłoby ustalenie prawa do reprezentacji podmiotu, na którego zasoby Wykonawca Emerson się powołuje. Odwołujący twierdzi, iż w związku z powyższym Wykonawca nie może polegać na zasobach - w tym przypadku referencjach wskazanego podmiotu, gdyż nie wykazał w sposób wymagany przepisami pzp oraz określonymi wymogami Zamawiającego, swoich uprawnień w tym zakresie. Zamawiający w ogłoszeniu w warunkach dotyczących doświadczenia napisał, iż będzie oceniał tylko te dostawy wykonane przez Wykonawcę, które dotyczą dostaw Nadrzędnych Systemów Automatyki Bloku energetycznego z kotłem fluidalnym o mocy elektrycznej co najmniej 50 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie) w elektrowni lub elektrociepłowni przekazanego do eksploatacji w latach 2004 -2009 (ocena na podstawie dokumentów złożonych we Wniosku). Natomiast, zgodnie z kryterium kwalifikacyjnym nr 2 — w warunkach dotyczących doświadczenia Zamawiający napisał, iż będzie oceniał tylko te dostawy wykonane przez Wykonawcę, które dotyczą dostaw Nadrzędnych Systemów Automatyki Bloku energetycznego z kotłem opalanym biomasą o mocy elektrycznej co najmniej 20 MWe wraz z

urządzeniami pomocniczymi w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie) w elektrowni lub elektrociepłowni przekazanego do eksploatacji w latach 2004 — 2009 (ocena na podstawie dokumentów złożonych we Wniosku).

Odwołujący podnosił, iż jego zdaniem referencja przedstawiona przez Emerson od Tauron Elektrownia Stalowa Wola z dnia 24.08.2010r., obejmuje przedpalenisko fluidalne na biomasę i kocioł Nr 11 OP 150 (węglowy). Moc przedpaleniska fluidalnego opalanego biomasą wynosi w parze świeżej 40MWth co stanowi maksymalnie około 15 MWe, a więc poniżej 20MWe. Odwołujący podnosił także, iż „Referencja OPTIM ENERGY- Twin Oaks Power, USA z dnia 30.08.2010 r., wskazuje, iż wykonane zadanie to kotły CFB (cyrkulacyjna warstwa fluidalna) opalane węglem brunatnym - wedle najlepszej wiedzy Odwołującego - przekazane do eksploatacji w 1991 r , a tym samym nie spełniające warunku określonego w ogłoszeniu. Ponadto, jest to referencja pochodząca od podmiotu trzeciego, co do którego Emerson nie wykazał, iż może polegać na jego zasobach zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b pzp.

Referencja Nova Scotia Power Kanada obejmuje kocioł CFB (cyrkulacyjna warstwa fluidalna) opalany węglem - wedle najlepszej wiedzy Odwołującego - przekazany do eksploatacji w 1995r, a tym samym nie spełniający warunku określonego w ogłoszeniu. Ponadto, jest to referencja pochodząca od podmiotu trzeciego, co do którego Emerson nie wykazał, iż może polegać na jego zasobach zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b pzp.

Referencja Central Termica La Pereda obejmuje kocioł CFB opalany węglem (z możliwością współspalania paliw alternatywnych) - wedle najlepszej wiedzy Odwołującego - przekazany do eksploatacji w 1995r , a tym samym nie spełniający warunku określonego w ogłoszeniu. Ponadto, Odwołujący podnosi, iż z treści referencji nie wynika, czy przedmiotowe zadanie zostało wykonane przez Emerson, czy przez podmiot, na którego zasoby Emerson chciałby się powołać.”

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż Wykonawca ten nie ponumerował stron złożonego wniosku, pomimo takiego wskazania Zamawiającego w pkt 1 sekcji VI.3 ogłoszenia.

II. WNIOSEK HONEYWELL

Odwołujący zarzucił Wykonawcy Honeywell, iż ten nie dołączył do swojego wniosku dokumentów zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9, jak również nie przedłożył oświadczeń zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pzp.

Zamawiający wezwał Wykonawcę Honeywell do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powyższych dokumentów i oświadczeń, przypominając jednocześnie, iż złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Termin do składania wniosków w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 20 września 2010r.

Wykonawca Honeywell wykonując wezwanie Zamawiającego, uzupełnił dokumenty i oświadczenie zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pzp, które zostało opatrzone datą 29 października 2010r. Nadto, Wykonawca Honeywell przedłożył aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla Wojciecha K, Jarosława B, Marka B, Marka A, Mariusza Ch odpowiednio opatrzone datą 25.10.2010r. , dla Lecha T z daty 26.10. 2010r., dla Jerzego D z daty 24.10.2010r., oraz dla podmiotu zbiorowego z dnia 25.10.2010r.

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający dopuścił do dalszego udziału w postępowaniu wykonawcę, który przedłożył oświadczenia i dokumenty złożone po terminie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pomimo, iż sam wcześniej pouczył tegoż wykonawcę, iż przedkładane dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, z żadnego z przedłożonych dokumentów, opatrzonych datami późniejszymi, w tym z urzędowych dokumentów wystawionych przez Krajowy Rejestr Karny - nie wynika, iż treść ich odnosi się do dnia wyznaczonego na składanie wniosków.

Zamawiający wezwał także Wykonawcę Honeywell sp. z o.o. do złożenia oświadczenia, iż przedstawiony certyfikat ubezpieczenia obejmuje również ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, przedłożony certyfikat ubezpieczenia nie obejmuje ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Wskazuje na to w szczególności treść pkt 4 ww certyfikatu, który wymienia sześć różnych zdarzeń ubezpieczeniowych, przy czym żadne z nich nie jest zdarzeniem dotyczącym odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Z treści dokumentów ubezpieczeniowych, przedstawionych przez wszystkich pozostałych wykonawców w ramach niniejszego postępowania jednoznacznie wynika, iż zakres ich umów ubezpieczenia obejmuje swym zakresem odpowiedzialność cywilną od prowadzonej działalności gospodarczej. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, zamiast do złożenia oświadczenia, winien wezwać Honeywell do wykazania czy przedłożony certyfikat ubezpieczenia rzeczywiście obejmuje żadaną przez Zamawiającego klauzulę.

Odwołujący podnosił także, iż Honeywell nie wykazał również spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia. Jak twierdził Odwołujący, „Referencja Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o.o. zawiera system zrealizowany w roku 2004, a zatem nie spełnia warunku z ogłoszenia, tzn. wykonania zadania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed wszczęciem niniejszego postępowania. Referencje od Portucel Soporcel Group - według najlepszej wiedzy Odwołującego, moce elektryczne zadań, potwierdzonych ww referencjami wynoszą 15MWe (49,75 MWth), a tym samym nie obejmują warunku ogłoszenia, dotyczącego zadania, które obejmuje Blok Energetyczny z kotłem fluidalnym o mocy elektrycznej co najmniej 50MWe.”

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови, wynikającemu z

art. 26 ust. 3 i 4 pzp, nie wezwał Honeywell do złożenia wyjaśnień odnośnie przedłożonych referencji, celem sprawdzenia czy wskazane zadania rzeczywiście spełniają warunki opisane w ogłoszeniu.

III. WNIOSEK YOKOGAWA

Wykonawca Yokogawa złożył we wniosku oświadczenie podmiotu trzeciego co do udostępnienia zasobów finansowych, podpisane przez ustanowionego pełnomocnika. Do oświadczenia tego, dołączono oświadczenie z dnia 2 maja 2008r. - notariusza - Dr Wilhelma D, poświadczającego treść niemieckiego rejestru handlowego, prowadzonego dla Spółki Yokogawa Deutschland GmbH pod numerem HRB 43339. Zdaniem Odwołującego, powyższe oświadczenie nie wypełnia wymogów Zamawiającego co do wykazania zasad reprezentacji. Data przekracza dopuszczalny, wynikający z przepisów 6 miesięcy przed upływem składania wniosków. W Niemczech, podobnie jak w Polsce, dla spółek prawa handlowego, w tym dla niemieckiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH) prowadzony jest sądowy rejestr handlowy (HRB), co potwierdza notariusz w swoim oświadczeniu. Zdaniem Odwołującego, nie można wypisu z rejestru handlowego zastąpić oświadczeniem notarialnym jak to uczynił Wykonawca Yokogawa. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien tego Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia powyższego dokumentu.

Odwołujący zgłosił także uwagę na termin wystawienia dokumentów potwierdzających określony warunek – w tym w szczególności zwrócił uwagę na dokument dotyczący potwierdzenia posiadanych środków, który zawiera termin potwierdzenia na dzień 25 października 2010 r., a więc po terminie składania wniosków.

Odwołujący podnosił, iż Wykonawca Yokogawa nie wykazał również spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia.

Referencja od Tokuyama Corporation - w ocenie Odwołującego, „nie spełnia warunków opisanych w ogłoszeniu ponieważ obejmuje Kocioł CFB (cyrkulacyjna warstwa fluidalna) ze współspalaniem biomasy i węgla a nie kocioł biomasowy, spełnia jedynie wymaganie dostawy Nadrzędnego Systemu Automatyzacji bloku energetycznego z kotłem fluidalnym o mocy elektrycznej co najmniej 50MWe. Nadto, z przedłożonych referencji nie wynika, iż zostały one udzielone wykonawcy, składającemu wniosek w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie podjął czynności zmierzających do wyjaśnienia czy referencje zostały wystawione dla podmiotu ubiegającego się o udział w przedmiotowym postępowaniu.

Referencja od Eraring Power Station - według najlepszej wiedzy Odwołującego, Blok 4 w Eraring Power Station wyposażony jest w węglowy kocioł pyłowy o mocy 660MW , oddany do eksploatacji w 1976, a list referencyjny dotyczy jedynie wymiany regulatora turbiny nie zaś Nadrzędnego Systemu Automatyzacji bloku i nie spełnia żadnych wymagań technicznych określonych w ogłoszeniu. Powołane wyżej referencje zostały wystawione dla Spółki Yokogawa

Australia Pty Ltd, Australia a nie dla podmiotu, składającego wniosek w niniejszym postępowaniu." Wykonawca Yokogawa nie złożył również zobowiązania, iż będzie polegać na referencjach tego podmiotu.

IV. WNIOSEK SIEMENS

Odwołujący zarzucił, iż Wykonawca Siemens sp. z o.o., wraz ze złożonym wnioskiem przedłożył oświadczenie podmiotu trzeciego co do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, podpisane przez osobę, której podpis jest nieczytelny oraz której nie można zidentyfikować. Zdaniem Odwołującego, powyższe oświadczenie nie wypełnia wymogów Zamawiającego. Ponadto Wykonawca Siemens sp. z o.o. nie przedłożył wraz ze zobowiązaniem dokumentów ujawniających zasadę reprezentacji tych podmiotów.

Tym samym, Wykonawca- zdaniem Odwołującego - nie może polegać na zasobach - w tym przypadku referencjach wskazanego podmiotu, gdyż nie wykazał w sposób wymagany przepisami pzp oraz określonymi wymogami Zamawiającego, swoich uprawnień w tym zakresie.

Zamawiający, w ocenie Odwołującego, winien był wezwać Wykonawcę Siemens sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, kto podpisał przedmiotowe oświadczenie w imieniu Siemens AG oraz powinien był wezwać wykonawcę do przedłożenia stosownego dokumentu, potwierdzającego zasady reprezentacji Siemens AG, zgodnie z ustalonymi przez siebie wymogami, zawartymi w ogłoszeniu.

Ponadto, jedna z referencji załączonych do wniosku złożonego przez Wykonawcę Siemens sp. z o.o. potwierdza wykonanie zadania dla Spółki Siemens Nederland N.V. nie zaś dla Wykonawcy Siemens sp. z o.o. - składającego wniosek w niniejszym postępowaniu. Wykonawca Siemens sp. z o.o. nie złożył zobowiązania, iż będzie polegać na referencjach tegoż podmiotu, ani też ze złożonych dokumentów nie wynika, aby spółki miały zamiar wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne.

Zgodnie z treścią punktu sekcji III.2.3) ogłoszenia, wykonawca zobowiązany jest złożyć „...własne referencje dotyczące wyłącznie jego, a nie np. podmiotu dominującego lub od niego zależnego w rozumieniu przepisów kodeksu spółek handlowych..” (chyba, że polega na zasobach podmiotów trzecich - przyp. Odwołującego). W przypadkach polegania na zasobach podmiotów trzecich, wykonawca zobowiązany jest stosować zasady, określone przez stosowne przepisy pzp oraz przez Zamawiającego w treści ogłoszenia, co szczegółowo wskazał Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów wobec dokumentów znajdujących się przy wniosku m.in. Emerson i Yokogawa, a co odnosi się również do zarzutów wobec dokumentów przedłożonych przez Siemens.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść wniosków, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia

i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych.

Izba stoi na stanowisku, iż wykonawca przedstawiający pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych winien udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wyżej wymieniony artykuł zatem wymaga, aby wykonawca przedstawił zobowiązanie pisemne, zatem należy uznać, iż z całą pewnością zobowiązanie takie powinno być podpisane. Brak podpisu oznacza, że nie zostało złożone oświadczenie woli. Zgodnie bowiem z art. 78 §1 kodeksu cywilnego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Brak podpisu oznacza, że oświadczenie woli w ogóle nie zostało złożone.

W niniejszej sprawie Wykonawca Emmerson przedłożył w ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego – Emmerson Process Management Power and Water Solutions Inc., jednakże zobowiązanie to nie zostało podpisane. Zamawiający uznał zarzut podniesiony przez Odwołującego, iż nie jest pisemnym zobowiązaniem przedstawienie przez wykonawcę niepodpisanego oświadczenia. Zamawiający w związku z uznaniem zarzutu zobowiązał się, zarówno w treści złożonej przed Izbą odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy, do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawcy Emmerson do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów w trybie art. 26 ust. 2b. Izba uznała, wbrew twierdzeniu Odwołującego, iż na obecnym etapie postępowania Zamawiający jest uprawniony do dokonania powyższej czynności. Bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, iż złożenie przez Wykonawcę Emmerson zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów w trybie art. 26 ust. 2b jest nieskuteczne, jeżeli zobowiązanie to nie zostało podpisane. Wobec faktu, iż w ofercie Wykonawcy Emmerson brak jest wymaganego dokumentu, Zamawiający, który nie wzywał dotychczas wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu może dokonać tej czynności, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uprawniony jest do dokonania tej czynności w każdym czasie na etapie badania i oceny ofert. Ponadto uprawniony jest do wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku dokonywania powtórnej czynności badania i oceny wniosków.

Podobne rozważania dotyczą wniosku złożonego przez Wykonawcę Siemens sp. z o.o. Wykonawca ten, złożył oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b, na którym podpis jest nieczytelny, zatem nie można zidentyfikować osoby, która dokument ten podpisała. W ocenie Izby Zamawiający może na

obecnym etapie postępowania, przy powtórnej ocenie wniosków, wezwać Wykonawcę Siemens sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, kto podpisał przedmiotowe oświadczenie w imieniu podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b - Siemens AG oraz w ramach powyższych wyjaśnień wezwać wykonawcę składającego wniosek do przedłożenia stosownego dokumentu, potwierdzającego zasady reprezentacji podmiotu Siemens AG, zgodnie z ustalonymi przez siebie wymogami.

Zamawiający może żądać od Wykonawców, w celu potwierdzenia warunków dotyczących posiadanego doświadczenia, złożenia wykazu zawierającego zrealizowane dotychczas dostawy lub usługi w określonym zakresie. Treść tego wykazu mogą potwierdzać dokumenty zaświadczające, iż zamówienie zostało wykonane należycie, np. referencje lub protokoły odbioru robót. Należy przyjąć, iż referencje są dokumentami, które mają na celu poświadczyć, iż zamówienie zostało należycie wykonane. Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający może, choć nie jest zobowiązany do sprawdzenia treści wykazu zrealizowanych zamówień, referencji lub protokołów odbioru robót pod względem ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, w szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający otrzyma informację o tym, iż określone oświadczenia, dane czy fakty są nieprawdziwe.

W niniejszej sprawie należy uznać za zasadny zarzut Odwołującego, w zakresie braku potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia w zakresie zrealizowania dostaw przez Wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solutions sp. z o.o. (zwanego dalej Emerson) Nadrzędnych Systemów Automatyki Bloku energetycznego z kotłem opalanym biomasą o mocy elektrycznej co najmniej 20 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi. Przede wszystkim Odwołujący wykazał, iż referencja pochodząca od Tauron Elektrownia Stalowa Wola z dnia 24 sierpnia 2010 r. przedstawiona w ofercie przez Wykonawcę Emmerson dotyczy kotła nr 11 OP 150, który jest kotłem pyłowym, co wynika z treści Decyzji Wojewody Podkarpackiego z dnia 30 czerwca 2006 r. Zamawiający wymagał wykazania zrealizowanych dostaw NSAB z kotłem opalanym biomasą. Zgodnie jednak z powyższym dokumentem, przedmiotowy kocioł zawiera inne niż wyłącznie biomasa formy opału. Nie można uznać twierdzenia Zamawiającego, iż skoro zapisał w treści ogłoszenia, że skoro wymaga, zgodnie z treścią ogłoszenia wykazania zrealizowanych dostaw NSAB z kotłem opalanym biomasą, oznacza to także, że dopuszcza także inne formy opału w połączeniu z biomasą. Takie twierdzenie nie jest uprawnione z dwóch powodów. Po pierwsze, Zamawiający wprost określił wymaganie (gdyby dopuszczał inne formy opału z pewnością by to zapisał w treści warunku). Wymaganie postawione jako treść warunku odpowiada wprost treści przedmiotu zamówienia. Ponadto, należy uznać za prawdziwe twierdzenie Odwołującego, iż gdyby Zamawiający przedstawił warunek jako wymaganie wykazania zrealizowanych dostaw NSAB z kotłem opalanym w inny sposób niż wyłącznie biomasą, do udziału w przetargu zgłosiłoby się więcej Wykonawców. Bowiem opalanie biomasą jest procesem trudniejszym do

zrealizowania, niż opalanie dokonywane w innej formie.

Dodatkowo, Odwołujący przedstawił wyliczenia, z których wynika, iż moc wskazana w referencji dla kotła przedmiotowego jest znacznie niższa od tej, której wymagał Zamawiający. Zamawiający w treści postawionego warunku wymagał mocy elektrycznej równej co najmniej 20MWe, zaś zgodnie z przedstawionymi przez Odwołującego obliczeniami moc ta jest niższa niż 15 MWe. Zamawiający nie przedstawił żadnych przeciwnych dowodów, ani w treści odpowiedzi na odwołanie, ani też w toku rozprawy, z których mogłoby wynikać, iż takie wyliczenie jest błędne.

Wobec powyższych ustaleń Izby, Zamawiający winien w toku czynności powtórnej oceny ofert wezwać Wykonawcę Emmerson do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie powyższego warunku. Z treści dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego przed Izbą nie wynika, aby Wykonawca ten był wcześniej wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie zaliczyła do materiału dowodowego złożonych przez Odwołującego wydruków ze stron internetowych w języku angielskim, dotyczących zrealizowanych systemów. Zgodnie z artykułem 19 ust. 3 Rozporządzenia Rady Ministrów dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie. Zatem Izba nie opierała się na przedstawionych jako dowód dokumentach w języku angielskim. Dopisane przez Odwołującego w języku polskim tłumaczenie jedynie wybranych z obszernego tekstu pojedynczych zdań, nie stanowi materiału dowodowego. Nawet jeśli przyjąć, że wydruki ze stron internetowych mają wartość informacyjną, to przedstawione w trakcie rozprawy wydruki nie zawierają pełnego tłumaczenia uwierzytelnionego na język polski, ponadto nie zawierają tłumaczenia całości informacji, a jedynie pojedynczych zdań. Wobec powyższego, należy uznać, iż Odwołujący nie udowodnił, iż załączone do oferty przez Wykonawcę Emerson referencje pochodzące od OPTIM ENERGY Twin Oaks Power, Nova Scotia Power Kanada, Central Termica La Pereda nie potwierdzają zarówno informacji przedstawionych w wykazie, jak również, że nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę Emerson warunku w zakresie wymaganego doświadczenia zrealizowania dostaw. Jednakże, Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający winien wyjaśnić treść ww. referencji, jeśli pojawią się wątpliwości co do ich treści, w szczególności zgodności ich treści ze stanem faktycznym, co może mieć wpływ na wynik postępowania.

Fakt, że Wykonawca Emerson nie ponumerował stron złożonego wniosku nie wpływa na jego treść i zgodnie z obowiązującymi przepisami nie może stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania lub też odrzucenia jego wniosku. Zamawiający w treści punktu 1 sekcji VI.3 ogłoszenia zalecił Wykonawcom ponumerowanie stron wniosku. Izba zauważa, iż

jest to jedynie wymaganie formalne, które nie ma wpływu na ocenę wniosku. Izba na marginesie zauważa, że z pewnością wymaganie takie ma na celu zabezpieczenie treści wniosku, zatem także w interesie Wykonawców leży stosowanie się do tego rodzaju zaleceń Zamawiającego.

Zamawiający wyklucza Wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonując badania i oceny wniosków, wezwał Wykonawcę Honeywell sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9, a także oświadczenia zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca przedłożył wymagane dokumenty, opatrzone datą późniejszą niż termin składania ofert w niniejszym postępowaniu (20 września 2010 roku), które nie potwierdzały spełnienia warunków na dzień składania wniosków - informacje z Krajowego Rejestru Karnego zawierały daty na październik 2010 r. podczas gdy termin składania wniosków upłynął w dniu 20 września 2010. Oświadczenie w zakresie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych opatrzone zostało datą 29 października 2010 r., a w treści oświadczenia Wykonawca nie potwierdził, iż spełniał określone w ww. oświadczeniu warunki w dniu składania wniosków. Z żadnego ww. dokumentu nie wynika, że ich treść odnosi się do dnia wyznaczonego jako termin składania wniosków. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość iż dokumenty zostaną wystawione w różnym czasie, nawet po terminie złożenia wniosków czy ofert, ale z ich treści jednoznacznie musi wynikać, że warunek, na potwierdzenie którego zostały złożone, był spełniany już w dniu wyznaczonym na składanie wniosków (lub ofert). Zatem Wykonawca Honeywell sp. z o.o. winien zostać wykluczony z postępowania, zgodnie z treścią art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przedkładając odpowiedź na odwołanie złożył oświadczenie, iż uznaje powyższy zarzut.

Wykonawca Honeywell sp. z o.o. został także wezwany przez Zamawiającego na etapie badania i oceny wniosków do złożenia oświadczenia, iż przedstawiony we wniosku tego wykonawcy certyfikat ubezpieczenia obejmuje również, wymagane przez Zamawiającego, ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Treść złożonego we wniosku Wykonawcy Honeywell sp. z o.o. certyfikatu ubezpieczenia nie potwierdza, iż obejmuje także ubezpieczenie Wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Treść pkt 4 ww. certyfikatu, który wymienia sześć różnych zdarzeń ubezpieczeniowych, nie jest zdarzeniem dotyczącym odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający powinien był, po powzięciu wątpliwości, co do treści certyfikatu ubezpieczenia, nie tyle wezwać Wykonawcę Honeywell sp. z o.o. do złożenia oświadczenia, co do wykazania, że przedmiotowa umowa ubezpieczenia rzeczywiście obejmuje swym zakresem również ubezpieczenie w zakresie prowadzonej

działalności gospodarczej. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do przedłożenia we wnioskach dokumentów OC, oczekując tym samym, iż treść tego dokumentu będzie potwierdzała spełnienia postawionego warunku (w tym wypadku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej). Zatem wzywając wykonawcę Honeywell sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów powinien zażądać dokumentu (jak w ogłoszeniu) – certyfikatu ubezpieczenia lub załącznika, które potwierdzają spełnienie powyższego warunku (będą zawierały wymaganą przez Zamawiającego klauzulę dotyczącą odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej). Jedynie takie postępowanie zapewni równe traktowanie wykonawców.

W zakresie spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia Izba uznała, iż treść referencji wystawionych przez Foster Wheeler Energia Polska sp. z o.o. oraz Portucel Soporcel Group może budzić uzasadnione wątpliwości co do spełnienia warunku doświadczenia. Odwołujący wskazał, iż z treści referencji wynika moc kotła 15MWe (49,75 MWth), a tym samym nie spełnia warunku ogłoszenia, dotyczącego zadania, które obejmuje Blok Energetyczny z kotłem fluidalnym o mocy elektrycznej co najmniej 50MWe. Zamawiający, wobec pojawiających się wątpliwości winien zbadać i wyjaśnić powyższą okoliczność. Jednak z uwagi na fakt, iż Wykonawca Honeywell sp. z o.o. winien zostać wykluczony na podstawie powyżej wykazanych podstaw do wykluczenia, a w konsekwencji jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający, z uwagi na treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma obowiązku wzywania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający uznał także zarzut podniesiony przez Odwołującego dotyczący konieczności wykluczenia Wykonawcy Yokogawa Deutschland GmbH sp. z o.o. (zwany dalej Yokogawa) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca ten został wezwany przez Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu w zakresie informacji z banku, w którym Wykonawca posiada rachunek bankowy o posiadanych środkach lub zdolności kredytowej sporządzony zgodnie z treścią ogłoszenia. Wykonawca przedłożył dokument, z którego treści nie wynika spełnienie warunku na dzień składania wniosków, tj. 20 września 2010 r. W świetle powyższego Wykonawca ten powinien zostać wykluczony na podstawie art., 24 ust. 2 pkt 4, zaś złożony przez niego wniosek zostać uznany za odrzucony na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia Izba uznała, iż treść referencji wystawionych przez Tokuyama Corporation oraz Eraring Power Station może budzić uzasadnione wątpliwości co do spełnienia warunku doświadczenia. Ponadto treść uzupełnionego wykazu (po wezwaniu przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) wraz z załączonymi referencjami wskazuje, iż Wykonawca ten nie

spełnia warunku w zakresie doświadczenia. Bowiern wskazana wymiana mechanicznego oprzyrządowania hydraulicznego na system sterowania Centum VP oraz system bezpieczeństwa turbiny ProSafe – RS na jednostce 4 nie odpowiada wymaganiom technicznym określonym w ogłoszeniu. Zamawiający wymagał bowiem wykazania dostaw w zakresie Nadrzędnych Systemów Automatyki Bloku energetycznego z kotłem. Zatem, w sytuacji gdy treść złożonych dokumentów (po wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania, a jego ofertę uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego, z uwagi na treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania Wykonawcy Yokogawa do uzupełnienia dokumentów w zakresie wyjaśnienia reprezentacji podmiotu trzeciego składającego podpis pod oświadczeniem z art. 26 ust. 2b, dotyczącym udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba uznała, iż Wykonawca Siemens sp. z o.o. w sytuacji, gdy powołuje się na zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego - Siemens AG, winien przedstawić Zamawiającemu oświadczenie ww. podmiotu o udostępnieniu zasobów. Dopóki Wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, iż może dysponować zasobami wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego – Zamawiający nie może uznać referencji wystawionych na rzecz podmiotu trzeciego jako potwierdzających spełnienie warunku w zakresie doświadczenia. Należy uznać, iż Zamawiający winien wezwać Wykonawcę Siemens sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanego doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....