

Sygn. akt: KIO/858/11

WYROK

z dnia 10 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Ewa Rzońca

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Metso Automation Polska Sp. z o.o. oraz Metso Automation Oy, adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 1c, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Energetyczny, S. A. w Katowicach, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**

przy udziale wykonawcy **Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Metso Automation Polska Sp. z o.o. oraz Metso Automation Oy, adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 1c, 44-100 Gliwice i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Metso Automation Polska Sp. z o.o. oraz Metso Automation Oy, adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 1c, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Metso Automation Polska Sp. z o.o. oraz Metso Automation Oy, adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 1c, 44-100 Gliwice** na rzecz **Południowego Koncernu Energetycznego, S. A. w Katowicach, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Południowy Koncern Energetyczny, S. A. w Katowicach, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zaprojektowanie, dostawę, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji systemu NSAB dla jednostki wytwórczej OZE w PKE S.A. Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 16 sierpnia 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 159-246276.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Metso Automation Polska Sp. z o.o. oraz Metso Automation Oy, adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 1c, 44-100 Gliwice (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 22 kwietnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie m. in. na czynność zaniechania wykluczenia wykonawcy Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa w związku z ponowną oceną i badaniem wniosków (pismo z dnia 12 kwietnia 2011 r.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ustawy Pzp, poprzez zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania wykonawcy, który winien być wykluczony jako że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 22 ustawy Pzp, poprzez uznanie oświadczeń złożonych w sposób sprzeczny z ustawą Pzp i wymogami Zamawiającego,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie wykonawcy, którzy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu sporządzonym i zatwierdzonym przez Zamawiającego, a tym samym uznanie dokumentów i oświadczeń złożonych przez tegoż wykonawcę, które nie spełniają warunków określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu,
- 5) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez uznanie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę, które nie spełniają kryteriów określonych w przepisach,
- 6) art. 26 ust. 3 ustawy 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,

- 7) art. 50 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 ustawy Pzp poprzez akceptację dokumentów i oświadczeń wykonawcy, który winien być wykluczony, pomimo, że ich treść nie spełnia warunków sformułowanych i przedstawionych przez Zamawiającego w ogłoszeniu,
- 8) art. 192 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp poprzez nie wykonanie wyroku KIO z dnia 4 lutego 2011 r.,
- 9) § 2 ust. 1 pkt 2) oraz ust. 2 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. Nr 226, poz. 1817) 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.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o.,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny wniosku wykonawcy Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez ww. wykonawcę i w konsekwencji wykluczenie tegoż wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wezwał m.in. wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie oświadczenia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez podmiot, na zasobach którego ww. wykonawca zamierza polegać w przedmiotowym postępowaniu. Wraz z tym oświadczeniem, wykonawca został zobowiązany m.in. do przedłożenia odpowiednich dokumentów wykazujących zasady reprezentacji podmiotu, na zasobach których wykonawca zamierza polegać oraz do przedłożenia stosownych pełnomocnictw do działania w imieniu podmiotu, na zasobach którego wykonawca ma zamiar polegać. Na wezwanie Zamawiającego, wykonawca przedłożył szereg dokumentów. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał de facto dokonania jakiegokolwiek oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, przyjmując je bezkrytycznie i bez jakiegokolwiek analizy i weryfikacji.

Tym samym nie można uznać, iż wykonał on zobowiązanie nałożone na niego przez KIO wyrokiem z dnia 4 lutego 2011 r. Nie można uznać za wykonanie zgodnie z wyrokiem Izby czynności Zamawiającego polegającej jedynie na wezwaniu wykonawcy do przedłożenia brakujących dokumentów oraz stosownych oświadczeń, a następnie na całkowitym zaniechaniu dokonania oceny przedłożonych dokumentów i przyjęciu za prawidłowe dokumentów, nie spełniających, w opinii Odwoływającego wymogów postępowania, jak również nie spełniających warunków zawartych w pouczeniu udzielonym wykonawcy przez Zamawiającego. Wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów opatrzone datą i podpisane przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc. Zdaniem Odwoływającego, przedstawiony dokument nie spełnia przesłanek oświadczenia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z przedmiotowego dokumentu w żaden sposób nie wynika, jakiego rodzaju zasoby zostają udostępnione oraz na jaki okres. Tym samym w opinii Odwoływającego nie można uznać, iż z przedmiotowego dokumentu wynika bezwarunkowe i jednoznaczne udostępnienie określonych zasobów podmiotu trzeciego na potrzeby postępowania. Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie formułują szczegółowych warunków jakie ma spełniać zobowiązanie podmiotu trzeciego, wskazując jedynie podstawowy zakres, niemniej każdy dokument przedłożony przez wykonawcę, który ma być traktowany jako zobowiązanie podmiotu trzeciego musi spełniać podstawowe warunki, wskazane precyzyjnie w powoływanym art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tymczasem, zdaniem Odwoływającego, zobowiązanie przedłożone przez wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o. nie spełnia nawet podstawowych warunków, a tym samym nie może być uznane za prawidłowe. Ponadto, zgodnie z pkt 7 sekcji V1.3 ogłoszenia, Zamawiający wymagał, aby wykonawca polegający na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - m.in. przedłożył wraz z zobowiązaniem dokumenty ujawniające zasadę reprezentacji tych podmiotów. Wykonawca Emerson, przedłożył szereg dokumentów, jednakże w opinii Odwoływającego dokumenty te nie spełniają warunków, umożliwiających udział w postępowaniu. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z treścią ogłoszenia, miały być złożone do dnia 20 września 2011 r. do godz. 12. Zamawiający, w wezwaniu z dnia 25 lutego 2011 r., skierowanym do wykonawcy, pouczył go, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednym z przedłożonych dokumentów jest akt rady Dyrektorów Spółki Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc, wymieniających osoby, uprawnione do reprezentacji ww. spółki. Dokument ten został poświadczony przez notariusza w dniu 17 lutego 2011 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca posłużył się niepełnym tłumaczeniem oryginalnego dokumentu, które nie obejmuje daty poświadczenia przedmiotowego dokumentu przez notariusza - Anitę S. B. Data widnieje jedynie na dokumencie sporządzonym w j. angielskim, a zatem, dokument ten został przygotowany przez Spółkę Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc po dacie określającej termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podobny zarzut, Odwołujący sformułował względem dokumentów potwierdzających zawiązanie spółki Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc. Z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów wynika w opinii Odwołującego, iż wykonawca przedłożył wyciąg z dokumentów rejestrowych spółki, poświadczone przez Jeffrey'a W. B. (B.) — Sekretarza Stanu w Stanie Delaware według stanu na dzień 16 lutego 2011 r. Wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o., w ramach uzupełnienia wniosku złożył wyjaśnienia, iż prawo stanu Delaware nie wymaga uaktualniania członków władz i zarządów spółek w Akcie Ustanowienia Spółki. Odwołujący podzielił to stanowisko, jednakże z jego najlepszej wiedzy i praktyki wynika, iż możliwe jest uzyskanie ze stosownego rejestru poświadczenie o zgromadzonych tam danych i dokumentach na określony dzień. Podobna zasada, odnosi się zresztą do pozostałych stanów USA jak i większości krajów, w których obowiązuje system anglosaski (np. w Wielkiej Brytanii). Zatem w opinii Odwołującego w każdym czasie możliwe jest uzyskanie - zgodnie w wymogami polskiego prawa — poświadczenia z danego rejestru — jakie dokumenty i o jakiej treści w stosunku do danego podmiotu zostały zgromadzone. Odwołujący wskazał, iż potwierdzeniem jego stanowiska jest to, iż wykonawca przedłożył takie dokumenty - tylko że aktualne na dzień 16 lutego 2011 r. a nie na dzień określony przez Zamawiającego. Odwołujący zauważył również, że Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wniosku poprzez przedłożenie m.in. pełnomocnictwa dla p. Mariusza G., do dokonywania określonych czynności w ramach postępowania, wystawionego przez osoby uprawnione do reprezentowania Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc (lub też alternatywnie - do przedłożenia dokumentów podmiotu trzeciego w oryginale lub poświadczone przez osoby działające w imieniu tego podmiotu, zgodnie z zasadami reprezentacji tego podmiotu). W odpowiedzi, Emerson przedłożył jako uzupełnienie wniosku pełnomocnictwa dla Tomasza K., wystawione i podpisane przez osoby działające w imieniu Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc, do reprezentowania tegoż podmiotu. Jedno z pełnomocnictw wskazuje, iż prawo do działania w imieniu tego podmiotu powstaje z dniem 5 marca 2011 r. Drugie z pełnomocnictw, zawiera, w opinii Odwołującego podobną klauzulę, wskazującą, iż zostało ono podpisane w dniu 5 marca 2011 r. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego w sposób jednoznaczny, iż p. Tomasz K. nie był uprawniony do działania w imieniu Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc na dzień składania wniosków tj. na dzień 20 września 2010 r. Ponadto

referencje przedłożone przez wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o., poza powołanymi wyżej zarzutami w stosunku do przedłożonych przez ww. wykonawcę dokumentów, nie potwierdzają spełnienia warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia w zakresie zrealizowania dostaw - Nadrzędnych Systemów Automatyki Bloku energetycznego z kotłem opalany biomasą o mocy elektrycznej co najmniej 20 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi. Wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o. przedstawił dwie referencje mające dotyczyć spełnienia powyższego kryterium. Powtórnie przedstawił referencję z Tauron Elektrownia Stalowa Wola, utrzymując, że referencja ta spełnia wymagania postępowania – co, w opinii Odwołującego stoi w całkowitej sprzeczności z treścią uzasadnienia wyroku Izby z dnia 4 lutego 2011 r. Przytoczone argumenty wykonawcy Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o. wskazują, że dla Zamawiającego w wymaganej referencji nie powinna mieć znaczenia moc źródła (kotła, przedpaleniska) stanowiącego OZE (Odnawialne Źródło Energii). Takie twierdzenie jest sprzeczne z istotnymi postanowieniami zamówienia, którym jest Nadrzędny System Automatyki dla Jednostki Wytwórczej OZE (JW. OZE) na paliwo biomasowe o mocy elektrycznej 50MW do produkcji tzw. „Zielonej Energii”. Potwierdzeniem tego jest, w opinii Odwołującego również treść dostarczonej wraz z rozstrzygnięciem z dnia 12 kwietnia 2011 r. SIWZ (str. 7), w którym wprost wskazano jakie są cele Zamawiającego - a mianowicie budowa Jednostki Wytwórczej OZE (JW. OZE) na paliwo biomasowe o mocy elektrycznej 50MW do produkcji tzw. „Zielonej Energii”. Moc przedpaleniska fluidalnego służącego do zgazowania biomasy, a następnie spalania powstałych gazów w kodę OP150 nie spełnia wymaganej przez Zamawiającego minimalnej mocy 20MWe. Odwołujący wskazał, iż opalanie biomasą jest procesem trudniejszym do zrealizowania, niż opalanie dokonywane w innej formie a stopień komplikacji zależy od wielkości (mocy) kotła. Skoro Zamawiający w sposób precyzyjny określił swoje wymagania względem przedkładanych referencji, nie mogą one być dowolnie (rozszerzająco) interpretowane przez wykonawców. Celem uniknięcia powtarzania już dokonanych ustaleń, Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie stanowisko Odwołującego oraz KIO w części dotyczącej referencji od Tauron Elektrownia Stalowa Wola, wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 lutego 2011 r. pozostaje aktualne na gruncie niniejszego odwołania. Ponadto Odwołujący dodał, iż wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o. przedstawił nową referencję (dotyczącą identycznego jak wyżej wskazano warunku realizacji Nadrzędnych Systemów Automatyki Bloku energetycznego z kotłem opalany biomasą o mocy elektrycznej co najmniej 20 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi) — odnoszącą się do inwestycji w Rabun Gap w oparciu o list referencyjny, wystawiony przez spółkę Premier Energy Services, Inc. na rzecz Emerson Process Management Power & Water Solutions Inc. Odwołujący wskazał, iż właścicielem i

użytkownikiem jednostki OZE jest Multitrade Rabun Gap, LLC a nie spółka Premier Energy Services, Inc. Emerson tym samym nie przedstawił referencji użytkownika a prawdopodobnie jedynie jednego z wykonawców modernizacji kotła do spalania biomasy. Odwołujący dodatkowo podnosi, iż znamionowa moc podana w/w liście referencyjnym tj. 20MWe jest niezgodna z danymi powszechnie dostępnymi, które wymieniają 17MWe. Z najlepszej wiedzy posiadanej przez Odwołującego wynika, iż przedmiotowe OZE, działające w Elektrowni Rabun Gap mają rzeczywistą moc nominalną 17 MWe. Ponadto, Odwołujący wskazał, iż przedstawiony przez wykonawcę Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym”).

Zamawiający w dniu 6 maja 2011 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, wniosek Przystępującego jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 26 kwietnia 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 28 kwietnia 2010 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Emerson Process Management Power and Water Solution Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący wadliwości oświadczenia wykonawcy, iż w postępowaniu korzystać będzie z wiedzy i doświadczenia podmiotu, t.j. naruszenia art. 22, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2) oraz ust. 2 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.

Izba zauważa, że Odwołujący kwestionował oświadczenie z dnia 16 września 2010 r. złożone przez Emerson Process Management Power and Water Solution w odwołaniu dotyczącym postępowania o sygn. akt 137/11. Wówczas Odwołujący zarzucał, iż powyższe oświadczenie nie zostało podpisane, jednak nie kwestionował treści tego oświadczenia woli. Zdaniem Izby, wykonawca znając treść oświadczenia woli z dnia 16 września 2010 r. powinien na etapie toczącego się wówczas postępowania odwoławczego podnieść wszystkie okoliczności, dotyczące tego zobowiązania. Wykonawca jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek, (wnosząc środki ochrony prawnej) działania z należytą starannością, tak aby w postępowaniu realizowana była zasada szybkości i efektywności postępowania i tak aby zapobiegać ewentualnemu zbędnemu, a w niektórych wypadkach celowemu przedłużaniu procedur o udzielenie zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, iż raz zweryfikowane okoliczności zawarte w oświadczeniu z dnia 16 września 2010 r. nie mogą być bowiem przedmiotem kolejnych środków ochrony prawnej. Zatem, biorąc pod uwagę, że Odwołującemu były znane inne okoliczności, które w jego opinii stanowiłyby podstawę do wykluczenia Przystępującego, składając odwołanie powinien w sposób wyczerpujący podać wszystkie okoliczności (w tym również co do treści i zakresu zobowiązania), będące podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zatem Izba nie odnosiła się do przedstawionych na rozprawie stanowisk, uznając iż zarzut dotyczący treści i zakresu oświadczenia z dnia 16 września 2010 r., jest zarzutem spóźnionym i aby być rozpoznany przez Izbę powinien zostać podniesiony przez Odwołującego na etapie postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 137/11.

W następnej kolejności Izba rozpoznała zarzut dotyczący poświadczenia przez notariusza w dniu 17 lutego 2011 r. kopii dokumentów rejestrowych – aktu Rady Dyrektorów

Spółki Emerson Process Management Power and Water Solution. (dokumenty uzupełnione pismem z dnia 22 marca 2011 r.).

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, że akt rady Dyrektorów Spółki Emerson Process Management Power and Water Solution Inc oraz dokumenty potwierdzające zawiązanie spółki Emerson załączone do uzupełnienia wniosku powinny zostać poświadczane na dzień składania wniosków (t.j. na dzień 20 września 2010 r.) .

Nie ulega wątpliwości, iż z brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy jednoznacznie wynika, iż oświadczenia i dokumenty przedkładane w wyniku wezwania powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków.

Izba uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego, iż „*wykonawca może w uzupełnieniu przedkładać dokumenty wystawione czy też urzędowo poświadczone po dacie składania wniosków. Istotnym jest jednak by z dokumentów tych wynikało, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na datę składania wniosków. Inna interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powodowałaby, iż przepis ten traciłby praktyczne znaczenie*”.

Akt rady Dyrektorów Spółki Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc, wymieniający osoby uprawnione do reprezentacji tej Spółki został opatrzony datą 14 kwietnia 2010 r., zaś z żadnych innych okoliczności, nie wynika, że akt ten został sporządzony w innej dacie, a w szczególności po dacie składania wniosków. Na żadne takie okoliczności nie wskazał również Odwołujący.

Podobnie w odniesieniu do wyciągu z dokumentów rejestrowych spółki. Został on potwierdzony według stanu na dzień 16 lutego 2011 r. Tym niemniej wyciąg ten dokładnie wskazuje kiedy jakie dokumenty zostały złożone w rejestrze przez spółkę Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc. Z dokumentów tych wynika uprawnienie członków zarządu do samodzielnej reprezentacji na dzień składania wniosków. Ponadto z wyciągu również wynika, że pomiędzy dniem składania wniosków, a dniem składania uzupełnienia żadne nowe dokumenty nie zostały złożone.

Niezależnie od powyższych rozważań Izba zauważa, że dokumenty rejestrowe spółki Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc uzupełnione zostały w celu potwierdzenia właściwego umocowania osób składających zobowiązanie z dnia 16 września 2010 r. w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia, nie zaś w celu wykazania

spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdził Zamawiający, wskazując, iż „dokumenty złożone w wyniku wezwania dotyczyły podmiotu trzeciego i wcześniej nie były przedkładane wraz z wnioskiem”.

Co do zarzutu, iż Pan Tomasz K. i Pan Mariusz G. na dzień składania wniosków nie byli uprawnieni do potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem w imieniu Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc, Izba przychyliła się do stanowiska, że powyższa okoliczność nie ma żadnego znaczenia w niniejszym postępowaniu. Jak słusznie zauważył Zamawiający istotne jest jedynie to, że osoby te były uprawnione do potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów przedkładanych w uzupełnieniu. Wartość tych dokumentów należy oceniać według ich treści i dat w których zostały sporządzone, a nie według daty w której zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Istotnym jest spełnianie warunków na dzień składania wniosków, a nie potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokumentów na ten dzień. Poświadczanie dokumentów za zgodność z oryginałem dotyczy wyłącznie formy dokumentu, nie zaś jego treści.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania, iż Emerson spełnia warunek legitymowania się doświadczeniem w zakresie zrealizowanych dostaw - Nadrzędnych Systemów Automatyki Bloku energetycznego z kotłem opalany biomasą o mocy elektrycznej co najmniej 20 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi, Izba zważyła co następuje. Odwołujący podważył zadanie polegające na wykonaniu przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Inc systemu sterowania rozproszonego Ovation dla Elektrowni Rabun Gap kwestionując moc elektryczną bloku biomasowego w tej elektrowni (wskazał, iż wynosi ona 17 MWe, a nie 20 MWe jak tego wymagał Zamawiający).

Skład orzekający ustalił, iż pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna” brzmiał w następujący sposób: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi wykonania zamówienia – wykażą się należytych wykonaniem przynajmniej jednego zadania, którego zakres przedmiotowy obejmował minimum: zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji jednego Nadrzędnego Systemu Automatyki Bloku dla bloku energetycznego z kotłem opalany biomasą o mocy elektrycznej co najmniej 20 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie).

Przystępujący pismem z dnia 22 marca 2011 r. uzupełnił wniosek złożony w dniu 16 września 2010 r. załączając referencję na zadanie polegające na wykonaniu przez Emerson

Process Management Power and Water Solutions Inc systemu sterowania rozproszonego Ovation dla Elektrowni Rabun Gap.

Z referencji przedłożonej w wyniku uzupełnienia wynika, iż dostarczono oraz przeprowadzono montaż i rozruch dla instalacji biomasy o mocy 20 MWe w Elektrowni Rabun Gap.

Odwołujący na poparcie stanowiska, iż kwestionowana moc w rzeczywistości wynosi 17 MWe - nie zaś jak twierdzi Zamawiający oraz Przystępujący - 20 MWe powołał się na informacje zawarte na stronach internetowych wraz z publikacjami.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, iż z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego wynikało, iż powyższa moc wynosiła 20 MWe, nie zaś 17 MWe, zatem Zamawiający nie widział potrzeb wyjaśniania powyższej kwestii, tym bardziej nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba zauważa, że kwalifikacja podmiotowa wykonawców powinna odbywać się o sprecyzowane uprzednio w ogłoszeniu wymagania, wyłącznie na podstawie dokumentów przedłożonych wraz z wnioskiem, z zachowaniem jasnych klarownych reguł, nie zaś w oparciu o wiedzę zdobytą przez Zamawiającego z innych szeroko dostępnych źródeł. Inne zachowanie Zamawiającego przeczyłoby zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Skoro, według Zamawiającego z przedłożonych dokumentów wynikało, iż powyższa moc wynosi 20 MWe, zatem niezasadne było sięganie do innych źródeł w tym również do informacji zawartych na stronach internetowych.

Skoro Odwołujący wywodzi, że informacje zawarte w przedłożonych dokumentach nie są zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym, to powinien to wykazać w toku postępowania odwoławczego. Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby nie przedstawił wystarczających dowodów na poparcie swojego stanowiska. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska.

Ponadto Izba orzekając, nie brała pod uwagę wydruków i materiałów ze stron internetowych, złożonych przez Odwołującego jak i Przystępującego, uznając iż dane zawarte na stronach internetowych (wbrew twierdzeniom Odwołującego) mogą być modyfikowane, zmieniane i zdaniem Izby nie mogą stanowić wystarczającego dowodu okoliczności, na które powołuje się strona w postępowaniu odwoławczym.

Zatem Izba uznała, iż zarzut niespełnienia warunku z uwagi na kwestionowaną moc elektryczną wskazaną w przedstawionej referencji nie potwierdził się w świetle zebranego materiału dowodowego.

Ponadto Odwołujący zwrócił również uwagę, że Przystępujący przedstawił referencję wystawioną przez wykonawcę tego bloku, a nie na jego użytkownika.

W opinii Izby nie ma również znaczenia kto jest użytkownikiem bloku energetycznego, istotnym jest ustalenie na rzecz jakiego podmiotu zostało wykonane zamówienie, co według Zamawiającego jasno wynikało z załączonych dokumentów, w tym w szczególności z załączonej referencji. Izba nie znalazła podstaw do uznania, by wykonawca nie mógł tym samym posłużyć się niniejszą referencją w celu wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Izby nie ma również mocy dowodowej opinia przedłożona przez Odwołującego w zakresie potrzeb własnych kondensacyjnych bloków energetycznych, gdyż przedłożona została bez podpisu osoby sporządzającej niniejszy dokument.

Izba nie orzekała w zakresie powtórnie przedstawionej przez Przystępującego referencji z Tauron Elektrowni Stalowej Woli, zważywszy iż powyższa referencja była już przedmiotem rozstrzygnięcia przed Izbą, dotyczącego tego samego postępowania w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/137/11.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy (zarzutu powołanego w petitum odwołania) należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania Zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez Zamawiającego naruszony.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....

.....