

Sygn. akt: KIO 482/14

WYROK

z dnia 27 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SAG Elbud Gdańsk S.A. w Gdańsku (80-557), ul. Marynarki Polskiej 87 oraz SAG Elbud Kraków sp. z o.o. w Krakowie (30-732), ul. płk. Dąbka 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziornie (05-520), ul. Warszawska 165**

przy udziale wykonawcy: **Pinggao Group Co., Ltd, 22 Nanhuandong Road, Pingdingshan City, Henan Province, Chińska Republika Ludowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SAG Elbud Gdańsk S.A. w Gdańsku oraz SAG Elbud Kraków sp. z o.o. w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SAG Elbud Gdańsk S.A. w Gdańsku oraz SAG Elbud Kraków sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Przebudowa rozdzielni 400kV i budowa pola 110 kV w stacji elektroenergetycznej 400/220/110 kV Kozienice” zostało wszczęte przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziornie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 215 - 374756) w dniu 6 listopada 2013 r.

W dniu 12 marca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SAG Elbud Gdańsk S.A. w Gdańsku oraz SAG Elbud Kraków sp. z o.o. w Krakowie, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy: Pinggao Group Co., Ltd. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- „naruszenie art. 26 ust. 2b PZP w związku z ustalonymi w oparciu o § 1 ust 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (zwanego dalej „Rozporządzenie”) wymogami zawartymi w punkcie 7.23 Części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Formalne Wskazówki dla Wykonawców (zwanej dalej: „SIWZ”) poprzez zaniechanie wykluczenia Pinggao z Postępowania, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że będzie on w sposób rzeczywisty dysponował zasobami podmiotów trzecich tj. firmy Jilin Province Transmission & Substation Project Company [„JPPC”] i firmy International Engineering Company of Central and Southern China Electric Power Design Institute of China Power Engineering Consulting Group Institution

[„CSEPD1”], w zakresie wiedzy i doświadczenia, niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia;

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8) i 11) PZP w związku z § 3 ust. 3 Rozporządzenia poprzez zaniechanie wykluczenia Pinggao z Postępowania, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że urzędujący członek organu zarządzającego wykonawcy, tj. pan Li Yonghe. nie był karany w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8) i 11) PZP:
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z ustalonymi w oparciu o art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP i § 1 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia wymogami zawartymi w punkcie 6.2.1. SIWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Pinggao z Postępowania, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał on w sposób należyty roboty polegającej na wybudowaniu lub zmodernizowaniu co najmniej 5 pól rozdzielni napowietrznej o napięciu 220 kV lub wyższym;
- naruszenie art. 7 ust. 3 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP.”

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy: Pinggao Group Co., Ltd, z udziału w postępowaniu, a następnie dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 17 marca 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Pinggao Group Co., Ltd, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z treścią pkt 6.2.1-6.2.7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający zażądał od wykonawców, aby wykazali się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, w tym w pkt 6.2.1 SIWZ Zamawiający oczekiwał, że wykonawca legitymował się będzie wybudowaniem lub zmodernizowaniem co najmniej 5 pól na rozdzielni napowietrznej o napięciu 220 kV lub wyższym. Zgodnie z pkt 6.4 SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków określonych w pkt 6 SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do załączenia do oferty dokumentów i oświadczeń opisanych w pkt 7 SIWZ.

Zgodnie z pkt 7.5 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4) – 8) ustawy Pzp. W pkt 7.9 SIWZ Zamawiający pouczył wykonawców, że *„jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 7.5, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy”*. Zgodnie zaś z pkt 7.10 SIWZ: *„jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej w pkt 7.8 i 7.9 zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub przed notariuszem, wystawionym nie wcześniej niż w terminie właściwym dla dokumentu zastępowanego oświadczeniem”*

W pkt 7.12 SIWZ Zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawców, że złożą oni wraz z ofertą: *„wykaz zrealizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności wykonawcy jest krótszy niż 5 lat, to w tym okresie, robót odpowiadających opisowi w pkt 6.2.1. powyżej wraz z załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (zgodnie z Załącznikiem nr 2 Części III SIWZ).”* W pkt 7.20 SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że dowodami, o których mowa m.in. w pkt 7.12 są poświadczenia, przy czym, w pkt 7.20.3 SIWZ, dopuścił również możliwość składania w miejsce poświadczeń również *„dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz wykonanie robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej”*.

W pkt 7.23 SIWZ Zamawiający postanowił, że: „w przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach finansowych, wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, dowód, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Dowodem takim jest w szczególności pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie powinno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu. Wzór zobowiązania zawarty jest w Załączniku nr 9 Części III SIWZ. Zamawiający wymaga również przedstawienia dokumentów dotyczących: (1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, (2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, (3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, (4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, w szczególności za dokument taki uznaje się oświadczenie podmiotu zawierające informacje zgodnie z wzorem załącznika nr 9 Części III SIWZ.” Zgodnie z pkt 7.24 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani złożyć wraz z ofertą: „oświadczenie wykonawcy korzystającego z zasobów innych podmiotów, zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 10 Części III SIWZ”, zaś, zgodnie z pkt 7.29 SIWZ, „zakres prac, który zostanie powierzony podwykonawcom, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 12 w Części III SIWZ”.

Jednym z czterech wykonawców, którzy złożyli Zamawiającemu swoje oferty, był Przystępujący. Przedstawił on wraz ze swoją ofertą pełnomocnictwo dla Pani H..... T..... udzielone w imieniu wykonawcy przez Pana L..... Y..... do reprezentowania spółki

w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, w tym do podpisywania i składania wszelkich dokumentów i oświadczeń wymaganych w SIWZ.

Na stronach 17-20 oferty zawarte zostało oświadczenie (wraz z jego tłumaczeniem na język polski) złożone w imieniu Przystępującego podpisane przez Panią H..... T....., w którym zawarte zostało m.in. stwierdzenie, iż Pan L..... Y....., będący jedynym prawnym przedstawicielem Wykonawcy i jedynym członkiem zarządu, nie był prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Nadto na stronach 27-28 oferty złożona została informacja o wynikach sprawdzenia rejestru

prokuratury dotycząca przestępstw łapówkarstwa (wraz z jej tłumaczeniem na język polski), poświadczająca, że Pan L..... Y..... nie był rejestrowany za przestępstwa łapówkarstwa.

Na stronie 33 oferty zawarty został wykaz wykonanych robót, mający potwierdzać spełnienie warunku opisanego w pkt 6.2.1 SIWZ. Na kolejnych stronach oferty (33-34) zawarte zostało oświadczenie odbiorcy wskazanej w wykazie pracy (zawierające w nagłówku wskazanie: „do wszystkich zainteresowanych”) mające potwierdzać jej wykonanie. W dokumencie tym zawarte zostało następujące stwierdzenie: „budowa stacji została zakończona 18 grudnia 2012 r. i od momentu jej przejęcia przez nas stacja ta pozostaje w normalnej eksploatacji”.

Zobowiązania podmiotów trzecich (JPPC i CSEPDI) udostępniających Przystępującemu swój potencjał stanowiły strony od 104 do 108 oferty. Na stronie 109 oferty zawarte zostało oświadczenie wykonawcy o poleganiu na zasobach podmiotów trzecich, tj. JPPC i CSEPDI.

Zamawiający w toku badania złożonych mu ofert w odniesieniu do oferty złożonej przez Przystępującego uznał m.in., że zobowiązania podmiotów trzecich (JPPC i CSEPDI) nie potwierdzają wszystkich okoliczności, których potwierdzenia wymagał on w pkt 7.23 SIWZ. Mając to na uwadze, pismem z dnia 17 stycznia 2014 r., wezwał tegoż wykonawcę do uzupełnienia m.in. tegoż braku.

W odpowiedzi na powołane wezwanie, Przystępujący, wraz z pismem z dnia 27 stycznia 2014 r., przedstawił Zamawiającemu m.in. nową treść zobowiązań podmiotów trzecich (JPPC i CSEPDI).

Zamawiający, uwzględniając uzupełnione mu dokumenty i oświadczenia, uznał, że oferta złożona przez Przystępującego jest najkorzystniejszą w prowadzonym przez niego postępowaniu, o czym poinformował wykonawców za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 3 marca 2014 r.

Wobec powołanych tu czynności Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego – w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż wycofuje się on z twierdzeń o naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia

w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Oceniając zasadność twierdzeń Odwołującego o braku możliwości uznania, że Przystępujący wykazał rzeczywiste dysponowanie zasobami podmiotów trzecich (JPPC i CSEPD) w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba uwzględniła to, iż ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił możliwość, aby Wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Pamiętać należy, że 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. Z przepisem tym koresponduje regulacja zawarta w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Zgodnie z powołanym przepisem, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby podziela w odniesieniu do powołanych przepisów ich interpretację zawartą w orzeczeniu Izby wydanym w sprawie KIO 2182/13, gdzie Izba stwierdziła co następuje: *„stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy*

przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy". Podobnie Izba w sprawie KIO 2292/13.

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Jak to zostało przywołane powyżej, w rozpoznawanym przypadku, Zamawiający skorzystał z uprawnienia wypływającego z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów i zawarł w SIWZ w pkt 7.23 SIWZ żądanie przedstawienia odpowiednich dokumentów wskazanych wyraźnie w treści tegoż przepisu rozporządzenia. Dlatego też obowiązkiem Przystępującego, który powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, było przedstawienie dokumentów i oświadczeń takiej treści, aby wykazać Zamawiającemu, że dysponuje zasobami tegoż podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także tego, że stosunek łączący go z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. Obowiązek ten ciąży bowiem na wykonawcy niezależnie od sposobu planowanego wykorzystania udostępnianego mu potencjału, nawet w przypadku wskazanego powyżej dopuszczenia powoływania się na „różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy”.

W rozpoznawanym przypadku Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zawarte w piśmie z dnia 17 stycznia 2014 r., złożył Zamawiającemu zobowiązania podmiotów trzecich (JPPC i CSEPD) do oddania mu do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego każde z powołanych zobowiązań nie konkretyzowało w swej treści relacji między Przystępującym a podmiotem udostępniającym mu swoje zasoby. Twierdził on, iż zawierają one szereg oświadczeń i deklaracji o charakterze ogólnym, które nie udowadniają faktu udostępnienia zasobów w sposób realny i rzeczywisty. Odwołujący zarzucał treści każdego ze zobowiązań brak doprecyzowania tego, jakie zasoby zostaną udostępnione Przystępującemu (brak dookreślenia rodzaju sprzętu, składu osobowego wykwalifikowanego zespołu projektu). Twierdził on również, iż ze zobowiązań tych nie wynika, jakiego rodzaju stosunek prawny będzie łączył Przystępującego z każdym z podmiotów udostępniających mu swoje zasoby.

Mając na uwadze powyższe, oraz odnosząc się do argumentacji Odwołującego, Izba uznała, że twierdzenia te nie znalazły potwierdzenia w treści dokumentów i oświadczeń złożonych Zamawiającemu przez Przystępującego. Zasadnie Zamawiający w toku postępowania ocenił zobowiązania złożone w imieniu JPPC i CSEPD jako potwierdzające w sposób dostateczny zaistnienie wszystkich okoliczności, o których mowa w pkt 7.23 SIWZ. Jak to już wskazano, Zamawiający oczekiwał, że wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego przedstawi dokumenty lub oświadczenia, które potwierdzą w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów tegoż podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wykazanie wszystkich tych okoliczności służyć miało udowodnieniu Zamawiającemu, że wykonawca (w tym przypadku Przystępujący) będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również potwierdzeniu, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Innymi słowy, służyć miało to wykazaniu, że wykonawcy (Przystępującemu) realnie udostępniono potencjał podmiotu trzeciego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby, przedstawione Zamawiającemu zobowiązania podmiotów trzecich (JPPC i CSEPD) pozwalają stwierdzić, że Odwołujący wykazał zaistnienie okoliczności opisanych w pkt 7.23 SIWZ. Treść każdego ze zobowiązań została sporządzona z wykorzystaniem formularza stanowiącego załącznik nr 9 w III części SIWZ, a zatem odnosiła się do każdej z okoliczności, która została przez Zamawiającego uznana za istotną na etapie konstruowania treści SIWZ. Tym samym każdy z podmiotów odniósł się w swym

oświadczeniu do wszystkich zagadnień, co do których odpowiednich zapewnień wymagał Zamawiający, tak w pkt 7.23 SIWZ, jak i samym formularzu. Każde ze zobowiązań, w pkt 3 zawiera stwierdzenie, iż traktować je należy jako umowę współpracy zawartą pomiędzy podmiotem udostępniającym swe zasoby, a Przystępującym. W kolejnym punkcie (4) zawarte została informacja, iż udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia będzie zapewniony przez cały okres realizacji zamówienia wskazany w SIWZ. W odniesieniu do podmiotu JPPC w pkt 3 zobowiązania wskazano, że Przystępujący po otrzymaniu zamówienia uwzględni zlecenie JPPC budowy linii przesyłowej. W odniesieniu do CSEPMI, w tym samym pkt 3, mowa jest o uwzględnieniu przez Przystępującego zlecenia dokonania technicznych propozycji / rozwiązań przebudowy rozdzielni. JPPC oświadczyło, że będzie wspierać Przystępującego we wszystkich aspektach związanych z projektowaniem i budową linii przesyłowej, utworzy wykwalifikowany zespół dla budowy, a ponadto dostarczy z Chin lub wypożyczy w Polsce cały sprzęt i będzie świadczyć wszystkie usługi dla budowy. JPPC zobowiązało się również do zarządzania (administrowania) bezpieczeństwem swoich pracowników, personelu, urządzeń i materiałów. Oświadczyło również, że będzie działać w imieniu Przystępującego przy prowadzeniu negocjacji technicznych, komunikacyjnych oraz korespondencji z Zamawiającym w zakresie budowy. Zobowiązanie o analogicznej treści złożyło CSEPMI, z tym zastrzeżeniem, iż podmiot ten oświadczył, że dokona szczegółowych propozycji / rozwiązań technicznych i będzie świadczył wszystkie usługi dotyczące tych właśnie propozycji, i w tym celu wyśle swoich specjalistów technicznych i pracowników na miejsce realizacji inwestycji celem uczestniczenia w całej realizacji.

Co istotne, a na co zwracał również uwagę Zamawiający, treść powołanych zobowiązań podmiotów trzecich koresponduje z innymi dokumentami przedłożonymi wraz z ofertą, w tym m.in. uzupełnionymi o odpowiednie dane załącznikami: nr 10 (str. 109 oferty) – gdzie wskazano, że Przystępujący będzie polegał na zasobach podmiotów JPPC i CSEPMI, które udostępnią mu swój potencjał w zakresie wskazanym w tym oświadczeniu – oraz nr 12 (str. 113 oferty) – gdzie wskazano, jakiego rodzaju prace zostaną przez Przystępującego zlecone podwykonawcom (zawarte tam zostało m.in. wyraźne stwierdzenie o opracowaniu specjalistycznych projektów pod nadzorem firm udostępniających referencji).

Mając to na uwadze, Izba uznała za wykazane to, że Przystępujący udowodnił, czemu zaprzeczał Odwołujący, iż był on uprawniony do powołania się na potencjał podmiotów trzecich. Tym samym nie potwierdziły się zarzuty formułowane przez Odwołującego w tym zakresie.

Drugim z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego było twierdzenie o zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że urzędujący członek organu zarządzającego wykonawcy, tj. pan Li Yonghe nie był karany w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8) i 11) ustawy Pzp.

Jak to wskazano powyżej, Odwołujący w toku rozprawy wycofał się z powołanego twierdzenia w zakresie odnoszącym się do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp, podtrzymując tak zakrojony zarzut w pozostałym zakresie, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Jak wynikało ze stanowisk wyrażonych w toku rozprawy, nie było spornym dla Stron to, że przedłożona przez Przystępującego na stronach 27-28 oferty informacja o wynikach sprawdzenia rejestru prokuratury dotycząca przestępstw łapówkarstwa (wraz z jej tłumaczeniem na język polski), poświadczająca, że Pan L..... Y..... nie był rejestrowany za przestępstwa łapówkarstwa, nie była wystarczająca dla uznania, iż w odniesieniu do Przystępującego brak jest podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Tak dla Odwołującego, jak i Zamawiającego, oczywistym zatem było to, iż Przystępujący, zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów (którego powtórzeniem była treść pkt 7.10 SIWZ), był zobowiązany do przedstawienia dokumentu zawierającego oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.

Zdaniem Odwołującego za taki dokument nie mogło zostać uznane zawarte na stronach 17-20 oferty oświadczenie (wraz z jego tłumaczeniem na język polski) złożone w imieniu Przystępującego podpisane przez Panią H..... T..... (działającą w oparciu o pełnomocnictwo również złożone wraz z ofertą). Twierdził on, iż wobec takiej, a nie innej treści samego oświadczenia, oczywistym jest, iż Pani H..... T..... działała w imieniu Przystępującego, nie zaś w imieniu Pana L..... Y..... Tymczasem oświadczenie takie winno być złożone tylko i wyłącznie przez osobę, której ono dotyczy, ewentualnie przez jej pełnomocnika.

Dlatego też uznanie oświadczenia przedstawionego przez Przystępującego stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła oceny wyrażonej przez Odwołującego. Zdaniem składu orzekającego przepis § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów dopuszcza możliwość przedłożenia dokumentu zawierającego oświadczenie wykonawcy mającego potwierdzać

w opisanych tam okolicznościach (tj. w przypadku, gdy w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 powołanego rozporządzenia), że poszczególni, urzędujący członkowie organu zarządzającego nie zostali prawomocnie skazani w zakresie o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp – podobnie Izba w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 823/12 (*„Nie można powiedzieć, aby § 4 ust. 3 wprost nakazywał konieczność złożenia oświadczenia w zakresie niekaralności przez każdego z członków organu zarządzającego. Nie wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu.”*), a także w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1926/12 (*„Co do niemożliwości złożenia przez osobę upoważnioną do reprezentacji spółki oświadczenia za pozostałe osoby wchodzące w skład zarządu, to stanowisko Odwołującego należy uznać za wadliwe. Uszło uwadze Odwołującego rozróżnienie pomiędzy oświadczeniem woli za oświadczeniem wiedzy. Oświadczenie wiedzy może złożyć osoba, która posiada informację o danym stanie rzeczy, co oznacza, iż nie jest wykluczone złożenie takiego oświadczenia przez pełnomocnika spółki.”*). Zauważyć przy tym należy, iż przywołane orzeczenia wydane zostały w oparciu o poprzednio obowiązujące Rozporządzenie 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). Powołany akt prawny został zastąpiony przez obecnie obowiązujące rozporządzenie w sprawie dokumentów. Zestawiając treść § 4 ust. 3 poprzednio obowiązującego rozporządzenia, z treścią § 4 ust. 3 rozporządzenia obecnie obowiązującego, dostrzec można, iż w treści nowego przepisu (mającego zastosowanie do rozpoznawanej sprawy z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z § 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów), po frazie *„dokumentem zawierającym oświadczenie”* dodane zostało następujące sformułowanie: *„w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy”*. Okoliczność ta zdaje się wzmacniać przytoczone powyżej, a zaczerpnięte z wcześniejszych orzeczeń Izby, argumenty przemawiające za dopuszczeniem składania takich oświadczeń przez wykonawcę. Tym bardziej, iż w przepisie tym brak jakiegokolwiek zapisu mogącego sugerować, iż to nowo dopisane sformułowanie odnosić się ma tylko i wyłącznie do wybranych dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Również z uzasadnienia projektu tegoż rozporządzenia, wysnuć można wniosek, iż taki był zamiar prawodawcy (<http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//4/85736/85767/dokument65652.pdf>). Zawarto tam następujące stwierdzenie *„Równocześnie wprowadzono regulację, zgodnie z którą w oświadczeniu należało będzie określić także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy. Regulacja ta ułatwi zamawiającym badanie treści składanych oświadczeń. Obecnie, w sytuacji, gdy zachodzą wątpliwości, czy osoba, która złożyła*

oświadczenie jest uprawniona do reprezentacji wykonawcy, zamawiający musi się zwracać do wykonawcy z prośbą o przedstawienie stosownych wyjaśnień.”.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że dopuszczalnym było złożenie spornego oświadczenia przez Przystępującego, a tym samym przez należycie umocowanego przez niego pełnomocnika. Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie kwestionował prawidłowości umocowania Pani H..... T..... do działania w imieniu Przystępującego, nie kwestionował również prawdziwości tez zawartych w samym oświadczeniu zawartym na stronach 17-20 oferty. Dlatego też, Izba, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że urzędujący członek organu zarządzającego wykonawcy, tj. pan L..... Y..... nie był karany w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucał też Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z ustalonymi w oparciu o art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i § 1 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów wymogami zawartymi w punkcie 6.2.1 SIWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał on w sposób należyty robotę polegającą na wybudowaniu lub zmodernizowaniu co najmniej 5 pól rozdzielni napowietrznej o napięciu 220 kV lub wyższym.

Twierdził on, iż przedstawione na stronach 33 i 34 oferty oświadczenie odbiorcy pracy (wskazanej w wykazie wykonanych robót ze strony 33 oferty) nie zawiera w sobie potwierdzenia, że zadanie to zostało wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Okoliczność ta, zdaniem Odwołującego, rodziła po stronie Zamawiającego obowiązek uznania, że Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.1 SIWZ.

Izba nie podzieliła tej oceny. W pierwszej kolejności zauważyć należało, co zasadnie podnosił Zamawiający, iż zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, Zamawiający, z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, był zobowiązany respektować w miejsce poświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dokumenty potwierdzające wykonanie robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie, określone w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 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). Dlatego też wystarczającym było, aby Przystępujący udokumentował przedstawionymi Zamawiającemu dokumentami i oświadczeniami, to że robota budowlana wykonana została zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Uwzględniając tę okoliczność, a także mając na uwadze treść powołanego wyżej oświadczenia odbiorcy pracy (ze stron 33 i 34 oferty Przystępującego), Izba uznała, że z analizowanego oświadczenia wywieść można, że zamiarem wystawcy tegoż dokumentu było zawarcie w nim elementu oceny jakości pracy wykonanej przez Przystępującego. Stwierdzono tam bowiem, iż od momentu przejęcia wybudowanej przez Przystępującego stacji pozostaje ona w normalnej eksploatacji. Skoro zatem stacja mogła być normalnie eksploatowana – normalnie, tym samym w pełnym zakresie swej funkcjonalności – tym samym musiała zostać prawidłowo ukończona, przez upływem terminu jej odbioru. Interpretację tę, w ocenie składu orzekającego, wzmacnia skierowanie przez odbiorcę pracy swojego oświadczenia „do wszystkich zainteresowanych”, co już samo w sobie zawiera dozę polecenia podmiotu, którego pracę opisano w samym oświadczeniu. Kierując się tym przeświadczeniem, Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający, dokonując oceny opisanego tu wykazu oraz załączonego do niego dokumentu zawierającego oświadczenie odbiorcy wskazanej w wykazie pracy, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. W samym odwołaniu Odwołujący nie podjął również próby udowodnienia, że robota budowlana, na którą powołał się Przystępujący, nie została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, czy też prawidłowo ukończona. Stąd też Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Zamawiający w sposób nieodpowiadający stanowi wypływającemu z dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez Przystępującego błędnie ustalił, że wykonawca ten wylegitymował się realizacją roboty opisanej w treści pkt 6.2.1 SIWZ.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający miał podstawy do wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Tym samym brak było podstaw do przyjęcia, że naruszony został przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: