

Sygn. akt: KIO/2744/10

Sygn. akt: KIO/2783/10

WYROK
z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2010 r. do łącznego rozpoznania

wniesionych przez:

- A. Energoprojekt - Warszawa S.A., 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14 (sygn. akt KIO/2744/10)**
- B. Alstom Power Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 (sygn. akt. KIO/2783/10).**

od czynności Zamawiającego **Elektrownia Wiatrowa Resko Sp. z o.o. Czymanowo, ul. Na Wydmie 1/7, 84-250 Gniewino**

orzeka:

A. sygn. akt KIO/2744/10

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Energoprojekt-Warszawa S.A. z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Elektrownię Wiatrową Resko Sp. z o.o. Czymanowo, ul. Na Wydmie 1/7, 84-250 Gniewino i nakazuje:**
 - a) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Energoprojekt-Warszawa S.A., 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14;**
 - b) **dokonać wpłaty przez Elektrownię Wiatrową Resko Sp. z o.o. Czymanowo, ul. Na Wydmie 1/7, 84-250 Gniewino na rzecz Energoprojekt-Warszawa S.A., 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14 kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

B. sygn. akt. KIO/2783/10

1. **Oddala odwołanie;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Alstom Power Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 i nakazuje:**
 - a) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Alstom Power Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12;**
 - b) **dokonać wpłaty przez Alstom Power Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 na rzecz Elektrowni Wiatrowej Resko Sp. z o.o. Czymanowo, ul. Na Wydmie 1/7, 84-250 Gniewino kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO/2744/10

Sygn. akt: KIO/2783/10

Uzasadnienie

Zamawiający – Elektrownia Wiatrowa Resko Sp. z o.o. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na *Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej RESKO Etap I w formie „pod klucz”*.

W punkcie III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

- 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonał co najmniej jeden projekt budowlany farmy wiatrowej o mocy co najmniej 10 MW, na podstawie którego została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na budowę
- 2) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu nowej farmy wiatrowej o mocy nie mniejszej niż 10 MW wraz z dopuszczeniem do użytkowania
- 3) dysponuje osobami posiadającymi uprawnienia budowlane w następujących specjalnościach i zakresie:
 - konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
 - drogowej bez ograniczeń,
 - instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych bez ograniczeń,
 - instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych bez ograniczeń
- 4) dysponuje osobami posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami w następujących specjalnościach i zakresie:
 - konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym przynajmniej jednoroczne przy budowie farmy wiatrowej – osoba ta będzie pełnić funkcję kierownika budowy
 - drogowej bez ograniczeń,
 - instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych bez ograniczeń,
 - instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych bez ograniczeń

A. Sygn. akt KIO/2744/10

W dniu 21 grudnia 2010 r. wykonawca Energoprojekt-Warszawa S.A. wniósł odwołanie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust 2b ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykluczenie go z postępowania było bezpodstawne. Wskazał, że załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz robót i referencje dotyczące firmy GE Wind Energy GmbH (udostępniającej swoją wiedzę i doświadczenie Odwołującemu) wypełniały wymogi Zamawiającego określone w sekcji III.2.3. pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący wskazał, że wraz z wnioskiem przedłożył oświadczenie firmy GE Wind Energy GmbH o udostępnieniu swojego potencjału na rzecz Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, a oświadczenie to czyni zadość wymogom określonym w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, brak jest więc podstaw do kwestionowania go przez Zamawiającego .

Odwołujący podniósł, że ww. przepis ustawy nie zawiera w swojej hipotezie ani dyspozycji wyrażenia „bezwartkowy”, tym samym nieuprawnione jest wymaganie zawarcia w oświadczeniu wprost takiego sformułowania. Ponadto, oświadczenie w swej treści ani w żadnych innych załączonych do wniosku dokumentach nie zawiera jednoznacznego czy nawet domniemanego warunku. Wskazał również, że Zamawiający nie wykazał ani nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń o rzekomym niejednoznacznym czy warunkowym złożeniu oświadczenia o udostępnieniu potencjału tego podmiotu.

Zdaniem Odwołującego, dokumenty złożone wraz z wnioskiem potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jednakże na żądanie Zamawiającego Odwołujący przekazał dodatkowe dokumenty. W związku z powyższym, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była w jego ocenie bezpodstawna.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z udziałem wniosku Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania ze względu na nieprzekazanie jego kopii Zamawiającemu. W dokumentacji z postępowania znajduje się pismo Zamawiającego z 23 grudnia 2010 r. wzywające wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, w którym to piśmie zawarto informację, że w dniu 21 grudnia Zamawiający otrzymał od wykonawcy Energoprojekt-Warszawa S.A. kopię odwołania. W ocenie Izby pismo to jednoznacznie potwierdza fakt przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Izba oddaliła również wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, stając na stanowisku, że fakt dowodzenia przez Odwołującego prawidłowości dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie świadczy o wniesieniu odwołania od czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów (które to odwołanie należałoby uznać za spóźnione). W ocenie Izby, odwołanie zostało wniesione od czynności wykluczenia, jednak z faktu, że wykonawca uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumenty, nie można wywodzić, że przyznał on Zamawiającemu rację co do oceny dokumentów przedłożonych wcześniej wraz z wnioskiem. Zrozumiałe jest, że wykonawca, kierując się względami racjonalności i ekonomiki postępowania, uzupełnia dokumenty w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie bez zaskarżania czynności wezwania. To dopiero czynność wykluczenia z postępowania, jako bezpośrednio wpływająca na sytuację wykonawcy w postępowaniu i na jego wynik, jest tą czynnością, wobec której wykonawcy – kierując się względami racjonalnego działania – korzystają ze środków ochrony prawnej.

Przedmiotem sporu między stronami jest wykazanie spełniania warunku określonego w punkcie III.2.3. ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Izba ustaliła, że w wykazie załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący wykazał cztery roboty budowlane oraz oświadczenie wystawione w imieniu GE International S.A. Oddział w Polsce, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, prawidłowo i terminowo ukończone. Ponadto do wniosku wykonawca załączył oświadczenie w imieniu GE Wind Energy GmbH o treści:

My, niżej podpisani, należycie umocowani do przedmiotowego działania, w imieniu spółki GEWIND ENERGY GMBH, niniejszym deklarujemy naszą gotowość do dostarczenia potrzebnych zasobów na rzecz biura ENERGOPROJEKT-WARSZAWA S.A. w ramach wspólnego udziału w przetargu na zamówienie publiczne: PL-Gniewino: Roboty budowlane w zakresie budowy elektrowni 2010/S 203-310008. W razie wygrania przetargu przez ENERGOPROJEKT-WARSZAWA S.A. zobowiązujemy się dostarczyć nasze materiały, prace i usługi obejmujące wykonanie instalacji, rozruch i przekazanie do eksploatacji farmy wiatrowej Resko o mocy 10,5 MW. Uroczystie oświadczamy, że ENERGOPROJEKT-

WARSZAWA S.A. może polegać na naszej wiedzy i doświadczeniu w zakresie inwestycji podobnych do przedmiotu umowy.

W dniu 26 listopada 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że wykonawca złożył wykaz robót, jednak nie dołączył dokumentów potwierdzających, że wykazane roboty wykonano zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończono. Załączone „oświadczenie” podpisane przez pana Bogumiła Haponiuka, nie stanowi dokumentu, który potwierdza, że wykazane roboty wykonano zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończono. Ponadto z dołączonego oświadczenia nie wynika, kto był wykonawcą, a kto odbiorcą robót przedstawionych w wykazie, nie wskazano terminu ani przedmiotu wykonania etc. Wykonawca powinien przedłożyć dowody, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, z których powinno wynikać bezwarunkowe zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia na okres wykonywania przedmiotowego zamówienia, a nie w zakresie inwestycji podobnych do przedmiotu zamówienia jak również powinien określić co oznacza dostarczenie potrzebnych zasobów, w taki sposób, żeby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę.

W dniu 10 grudnia 2010 r. wykonawca złożył wykaz robót budowlanych (4 roboty wymienione w pierwotnym wykazie) oraz referencje wystawione przez przedstawiciela Arise Windpower dla pierwszej z wymienionych w wykazie robót (Farma Wiatrowa w Karlskronie). Z treści referencji wynika, że zadanie zostało zrealizowane przez GE Wind Energy GmbH. Ponadto Odwołujący przedłożył oświadczenie przedstawiciela GE International S.A. Oddział w Polsce o bezwarunkowym oddaniu do dyspozycji wiedzy, doświadczenia, niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych podczas udziału w postępowaniu oraz w okresie realizacji zadania.

W dniu 17 grudnia 2010 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, jako uzasadnienie faktyczne podając, że wykonawca załączył zobowiązanie do bezwarunkowego oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia w okresie realizacji przedmiotowego zadania, jednak jest to zobowiązanie innego podmiotu niż podmiot, który wykonał farmę wiatrową wskazaną w poz. 1 wykazu. Farmę tę wykonała spółka GE Wind Energy GmbH z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec. Tymczasem złożone wraz z pismem zobowiązanie pochodzi od GE International S.A. Oddział w Polsce. Spółka GE International S.A. jest spółką z siedzibą w Stanach Zjednoczonych. Spółki GE Wind Energy GmbH i GE International S.A. są różnymi bytami prawnymi, a wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że GE International S.A. (Oddział w Polsce) może zaciągać zobowiązania w imieniu GE Wind Energy GmbH. Zatem GE International S.A. nie jest podmiotem, na wiedzy i doświadczeniu którego wykonawca może polegać.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że oświadczenie pierwotnie załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie mogło być brane pod uwagę, a ocenie podlegały jedynie uzupełnione dokumenty. W ocenie Izby Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę wszystkie dokumenty złożone przez wykonawcę w postępowaniu, niezależnie od momentu ich złożenia. Również Izba przy rozpatrywaniu odwołania miała obowiązek dokonać oceny dokumentów załączonych do wniosku, a z obowiązku tego nie zwalnia fakt niezaskarżenia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Faktem jest, że oświadczenia GE International S.A. Oddział w Polsce, złożonego na skutek wezwania przez Zamawiającego, nie można uznać za prawidłowe, jako że wystawione ono zostało przez inny podmiot niż udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie. Jednakże Izba uznała, że oświadczenie GE Wind Energy GmbH załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy uznać za prawidłowe. Było to oświadczenie spółki, która wykonała roboty przedstawione w wykazie i zawierało nie tylko zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów przy realizacji zamówienia, ale też wskazywało, co konkretnie zostanie przekazane do dyspozycji wykonawcy. Ponadto, z treści oświadczenia nie można wywieść wniosku o jakiegokolwiek warunkowości zobowiązania. Takie oświadczenie w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy uznać za wystarczające. Nieuprawnione było wywodzenie przez Zamawiającego nieprawidłowości oświadczenia z faktu, że w jego treści znalazło się sformułowanie *w zakresie inwestycji podobnych do przedmiotu zamówienia*, gdyż w oświadczeniu tym wyraźnie wskazano zamówienie, którego oświadczenie dotyczy.

Bezpodstawne jest również prezentowane przez Zamawiającego stanowisko, że przedmiotowe oświadczenie stanowi jedynie deklarację, a o jego wadliwości świadczy nieużycie sformułowania o zobowiązaniu się ww. spółki do oddania zasobów. Po pierwsze z całości informacji zawartych w oświadczeniu wynika jego zobowiązaniowy charakter, po drugie stwierdzono w nim wprost, że spółka zobowiązuje się dostarczyć materiały, prace i usługi obejmujące wykonanie instalacji, rozruch i przekazanie do eksploatacji farmy wiatrowej Resko o mocy 10,5 MW.

W odniesieniu do podniesionego przez Zamawiającego na rozprawie sformułowania w oświadczeniu o *wspólnym udziale w przetargu*, Izba ustaliła, że kwestia ta nie została w ogóle przez Zamawiającego zakomunikowana wykonawcy w uzasadnieniu oceny wniosku i wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a podniesiono ją dopiero w postępowaniu odwoławczym. Ponadto z pełnej treści oświadczenia wynika jednoznacznie jego intencja i cel, nieuprawnionym byłoby więc uznanie jego wadliwości wyłącznie z powodu użycia powyższego sformułowania.

W odniesieniu do dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie roboty wymienionej w poz. 1 wykazu, w świetle stanowisk stron przedstawionych na rozprawie bezsporne między nimi jest, że dokument przedłożony wraz z wnioskiem był nieprawidłowy, natomiast referencje uzupełnione na skutek wezwania Zamawiającego potwierdzały należyte wykonanie inwestycji.

W związku z powyższym należy uznać, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wraz z wnioskiem przedłożył prawidłowe oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez GE Wind Energy GmbH, natomiast na skutek wezwania przez Zamawiającego uzupełnił prawidłowy dokument referencyjny.

B. Sygn. akt KIO/2783/10

W dniu 27 grudnia 2010 r. wykonawca Alstom Power Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust 2b oraz art. 51 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że 25 listopada 2010 r. został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, co uczynił pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu jako uzasadnienie wskazując, że:

- wykazy na str. 31, 38, 39 i 40 wniosku Odwołującego nie są wykazami Odwołującego, ponieważ nie są oznaczone jako ALSTOM Power sp. z o.o.,
- wykazy te nie są podpisane przez Odwołującego,
- nie udowodnił, że będzie dysponował osobami wskazanymi w tych wykazach.

Odnosząc się do powyższych powodów wykluczenia Odwołujący podniósł, że wykazy oznaczone we wniosku Odwołującego numerami stron 31, 38, 39 i 40 są wykazami Odwołującego, gdyż wykazy te załączone są do wniosku Odwołującego i stanowią część jego wniosku, ich strony są kolejno ponumerowane, a ich treść odnosi się do poszczególnych punktów ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto na każdym z wykazów znajduje się znak sprawy identyfikujący przedmiotowe postępowanie.

Odwołujący wskazał, że wykazy oznaczone we wniosku numerami stron 31, 38, 39 i 40 są opatrzone podpisem pana Roberta Sawickiego, umocowanego do podpisywania dokumentów w postępowaniu zgodnie z załączonym do wniosku Odwołującego (str. 50) pełnomocnictwem nr 477/GH1/2010 z dnia 3 listopada 2010 r.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, z treści wniosku i dołączonych do niego dokumentów jednoznacznie wynika, że Odwołujący będzie dysponował osobami

wskazanymi w wykazach. Możliwość dysponowania tymi osobami wynika z postanowień porozumienia wspierającego podpisanego przez Odwołującego z podwykonawcą w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP, tj. z SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. (str. 46-48 wniosku) oraz wykazów tych osób, tj. stron 39, 40 oraz 41. Odwołujący wskazał, że ww. porozumienie w pkt. I.1 stanowi, że SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. potwierdza, że spełnia warunki postępowania (Ogłoszenie o przetargu, III.2.3) oraz że załączył dokumenty dotyczące zdolności technicznej i osobowej. W zakresie zdolności osobowej jest to wykaz osób ze stron 39-41 wniosku Odwołującego. Dodatkowo SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. zobowiązał się wspierać ALSTOM Power sp. z o.o. w zakresie niezbędnych zasobów i środków, w szczególności ALSTOM Power sp. z o.o. będzie wspierany przez organizację i środki SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. w wymaganym zakresie przez cały okres procesu ofertowania oraz fazę wykonania projektu będącego przedmiotem porozumienia.

Odwołujący wskazał również, że w piśmie z 10 grudnia 2010 r. przekazał wyjaśnienia SAG Elbud Gdańsk Holding S.A., zgodnie z którymi na bazie zawartego porozumienia ww. firma odda do dyspozycji niezbędne zasoby, w tym m.in. zasoby osobowe, które wprost wymienia w tych wyjaśnieniach. SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. wyjaśnił również, że odda do dyspozycji niezbędne zasoby oraz będzie uczestniczył i wesprze ALSTOM Power Sp. z o.o. w m.in. następującym zakresie realizacji projektu: zaprojektowanie i budowa wyprowadzenia mocy farmy wiatrowej (linie kablowe SN) i stacji SN/110kV w GPZ Resko wraz z inną niezbędną infrastrukturą, wykonanie projektu budowlanego w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na budowę, uzyskanie wszystkich niezbędnych uzgodnień oraz decyzji przewidzianych przepisami prawa, sporządzenie projektów wykonawczych niezbędnych do wykonania robót, wykonanie robót budowlanych „pod klucz” zgodnie z wykonanymi projektami, sporządzenie dokumentacji powykonawczej, uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji wymaganych przepisami szczegółowymi niezbędnymi do odbioru oraz użytkowania farmy wiatrowej. Oznacza to m.in. że dla realizacji takiego zobowiązania będzie wykorzystywał specjalistów, których oddał do dyspozycji Odwołującemu, a wykaz których został załączony do wniosku Odwołującego na stronach 39-41.

Zarzuty stawiane przez Zamawiającego, które skutkowały wykluczeniem Odwołującego z postępowania, nie są – zdaniem Odwołującego – zarzutami merytorycznymi, tj. nie dotyczą braku wymaganej zdolności ekonomicznej, finansowej lub technicznej, a są jedynie zarzutami formalnymi, które nie zasługują na uwzględnienie i tym samym nie mogą być podstawą wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienia czynności wykluczenia

Odwołującego z postępowania, powtórzenia czynności oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku Odwołującego oraz zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, z tych samych przyczyn, jak opisane w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO/2744/10.

Przedmiotem sporu między stronami jest wykazanie spełniania przez Odwołującego warunków określonych w punkcie III.2.3 ppkt 1-4 ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie dokumentacji z przedmiotowego postępowania Izba ustaliła, że w dniu 26 listopada 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał Odwołującego do złożenia wymaganych dokumentów, w związku z faktem, że – w ocenie Zamawiającego – wykonawca nie wykazał spełniania ww. warunków.

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że wykazy potwierdzające spełnianie wymagań powinny zawierać oznaczenie Wykonawcy oraz zostać podpisane przez Wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia. Ponadto Zamawiający zamieścił w wezwaniu informację, że w przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, powinny być dołączone dowody, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz wskazał błędy w dołączonych do wniosku porozumieniach wspierających dotyczących udostępnienia wykonawcy potencjału przez inne podmioty.

W dniu 10 grudnia 2010 r. Odwołujący złożył dokumenty referencyjne oraz wyjaśnienia do porozumień wspierających, nie złożył natomiast wskazanych w wezwaniu wykazów, wyjaśniając, że wykazy: projektów budowlanych, robót budowlanych, osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania oraz osób posiadających uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi zostały przekazane Zamawiającemu w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (czego potwierdzeniem jest) odpowiednio strona 31, 38, 39 i 40 wniosku.

W dniu 17 grudnia 2010 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako uzasadnienie faktyczne podając, że *w wykazach na str. 31, 38, 39 i 40 wniosku jako Wykonawcy wskazane zostały podmioty, tj.*

SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. (str. 31, 39 i 40) oraz ALSTOM WIND SLU (str. 38), co nie jest prawdą, bowiem Wykonawcą jest wyłącznie ALSTOM Power Sp z o.o. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Umowa nie została jeszcze zawarta i oferty nie zostały jeszcze złożone, zatem przymiot wykonawcy przysługuje wyłącznie podmiotowi, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podmiotem tym jest ALSTOM Power Sp z o.o., a nie SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. ani ALSTOM WIND SLU. Co jednak najistotniejsze, żaden z wykazów nie został podpisany przez Wykonawcę wbrew wymaganiu postawionemu przez Zamawiającego.

Ponadto w uzasadnieniu wykluczenia wskazano, że wykonawca nie podpisał również oświadczeń, że osoby wskazane w wykazie posiadają wymagane uprawnienia budowlane. Pod tekstem oświadczenia o posiadaniu wymaganych w ogłoszeniu uprawnień budowlanych przez osoby wymienione w wykazach (str. 39 i 41 wniosku) brak jest podpisu osoby upoważnionej ze strony Wykonawcy, a tym samym Wykonawca nie złożył wymaganych oświadczeń.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, podmiot SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. w stosunku do żadnej z osób wskazanych w tych wykazach nie zobowiązał się, że osoby te udostępni Wykonawcy. W porozumieniu wspierającym (str. 46 i nast. wniosku), jak również w wyjaśnieniu do tego porozumienia załączonym do pisma Wykonawcy z dnia 10 grudnia 2010 r. jest mowa jedynie o wsparciu Wykonawcy przez SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. w zakresie niezbędnych zasobów i środków, bez określenia o jakie zasoby chodzi, a przede wszystkim bez imiennego wskazania konkretnych osób. W żaden inny sposób Wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował osobami wskazanymi w wykazach.

Izba uznała, że załączone do wniosku porozumienia wspierające w sposób prawidłowy i wystarczający dowodziły dysponowania przez Odwołującego zasobami innego podmiotu. Określały one zasady współpracy, zakres zasobów, które podlegać będą udostępnieniu, a nawet zawierały zobowiązanie do uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy (pkt II.1.1). Brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że były one niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a ocenę tych dokumentów dokonaną przez Zamawiającego Izba uznała za błędną.

Niemniej jednak Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z tym odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Izba ustaliła, że wykazy załączone do wniosku Odwołującego były nieprawidłowe, były one bowiem sporządzone nie przez Odwołującego, ale przez podmioty zobowiązujące się

udostępnić mu swoje zasoby i podpisany przez osoby reprezentujące te podmioty. Ponieważ wykazy te stanowiły element oświadczenia woli, jakim jest wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że winny one być oznaczone jako wykazy wykonawcy i przez niego podpisane. Za podpisanie wykazów z całą pewnością nie można uznać złożenia przez pełnomocnika Odwołującego podpisu wraz z pieczętą *za zgodność z oryginałem*.

Izba nie twierdzi, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, stwierdza jednak, że nie wykazał ich spełniania w sposób wymagany przez Zamawiającego. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że oznaczenie spornych wykazów było błędem formalnym, jednakże – w ocenie Izby – niedopuszczalne i nieuzasadnione byłoby zaniechanie wykluczenia wykonawcy z tego powodu. Odwołujący bowiem miał szansę skorygować te dokumenty, ponieważ został wezwany przez Zamawiającego do złożenia prawidłowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Celem przywołanego przepisu jest niedopuszczanie do sytuacji, w której wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaje wykluczony ze względu na uchybienia formalne i przeoczenia. Podkreślić należy, że w wezwaniu Zamawiający wprost wskazał na konieczność sporządzenia i podpisania wykazów przez wykonawcę, czego jednak Odwołujący nie uczynił. W związku z tym nie może obecnie bronić się przed wykluczeniem z postępowania wskazując na formalny charakter nieprawidłowości w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....