

WYROK

z dnia 14 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2013 r. przez **odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Abener Energia S.A. siedzibą w Sewilli, Hiszpania (pełnomocnik wykonawców), Teyma Gestion de Contratos de Construcciones e Ingenieria, S.A. w Sewilli, Mitsubishi Heavy Industries Ltd w Tokio, Japonia**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** – **Elektrownia Puławy Sp. z o.o., 24-100 Puławy, ul. Komunalna 24,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. w Warszawie (pełnomocnik wykonawców), SNC-Lavalin Inc. W Montrealu, Kanada, SNC-Lavalin Constructors Inc., Bothell, Stany Zjednoczone** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Abener Energia S.A. siedzibą w Sewilli, Hiszpania (pełnomocnik wykonawców), Teyma Gestion de Contratos de Construcciones e**

Ingenieria, S.A. w Sewilli, Mitsubishi Heavy Industries Ltd w Tokio, Japonia i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, 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 Lublinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Elektrownia Puławy Sp. z o.o. w Puławach (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego na „Budowę Elektrowni Puławy”.

Ostateczny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału został wyznaczony na dzień 22 października 2012 r.

Konsorcjum spółek w składzie: Abener Energia, S.A. w Sewilli (pełnomocnik wykonawców), Teyma Gestion de Contratos de Construcciones e Ingeniería, S.A. w Sewilli i Mitsubishi Heavy Industries Ltd w Tokio (zwane dalej odwołującym) wniosło dnia 2 marca 2013 r. od czynności wykluczenia go z postępowania.

Czynności Zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania na skutek błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez Odwołującego poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Z ostrożności procesowej naruszenie: 2) art. 26 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji kiedy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów złożonych w Postępowaniu.

3) art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych przez niego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy zdaniem Zamawiającego przedstawione dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Wskazując zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 20 lutego 2013 r. dotyczącej oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu skutkującej wykluczeniem Odwołującego z Postępowania i nakazanie dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Odwołującego.

Odwołujący złożył swój wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu („Wniosek”).

W dniu 20 listopada 2012 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 PZP zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie niektórych dokumentów, między innymi: 1.2.1. dokumentu, z którego będzie wynikało, że p. M..... W..... był w dniu 27 września 2012 r. uprawniony do samodzielnej reprezentacji jednego z konsorcjantów Odwołującego - Mitsubishi Heavy Industries Ltd. („MHI”); 1.2.2. dokumentu potwierdzającego, że w stosunku

do MHI nie ogłoszono upadłości ani nie otwarto likwidacji; 1.2.3. dokumentu potwierdzającego, że członkowie zarządu MHI nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP (Zamawiający wskazał ogólnie na przestępstwa z art. 24 ust. 1 pkt 5-8 PZP, ale biorąc pod uwagę, że MHI pozostaje osobą prawną - spółką z ograniczoną odpowiedzialnością prawa japońskiego - zastosowanie znajdzie art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP); 1.2.4. dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący może dysponować doświadczeniem Mitsubishi Power Systems Europe Ltd. („MPSE”) w zakresie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia wymaganych dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do godz. 12:00 dnia 4 grudnia 2012 r.

We wskazanym terminie Odwołujący dokonał uzupełnienia dokumentów.

Wśród nich znalazły się między innymi: 1.3.1. oświadczenie z dnia 28 listopada 2012 r. o braku przyczyn wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 5-8 PZP w stosunku do MHI (str. 215-217 Uzupełnienia; w angielskiej wersji językowej, str. 218-220 w polskiej wersji językowej). Oświadczenie to zostało złożone przez p. N..... H..... - przedstawiciela p. M..... W....., członka zarządu MHI upoważnionego do reprezentacji MHI („Oświadczenie o Niekaralności”); 1.3.2. oświadczenie z dnia 28 listopada 2012 r. potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości w stosunku do MHI (str. 188-189 Uzupełnienia w angielskiej wersji językowej, str. 190-191 Uzupełnienia w polskiej wersji językowej). Oświadczenie to zostało złożone przez p. N..... H..... - przedstawiciela p. M..... W....., członka zarządu MHI upoważnionego do reprezentacji MHI („Oświadczenie o Likwidacji”); 1.3.3. oświadczenie z dnia 28 listopada 2012 r. na podstawie którego MPSE udostępnia spółce Abener Energia S. A. z siedzibą w Sewilli (konsorcjantowi Odwołującego) („Abener”) niezbędne zasoby w postaci wiedzy oraz doświadczenia (str. 237-238 Uzupełnienia w angielskiej wersji językowej, str. 239-240 w polskiej wersji językowej) („Zobowiązanie MPSE”); 1.3.4. wyjaśnienia złożone przez p. Y..... S....., z których wynika, że p. M..... W..... jako członek zarządu MHI jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu MHI (str. 19-21 Uzupełnienia). Dowód: str. 19-21, 188-191, 215-220, 237-240 Uzupełnienia. 1.4.

W dniu 20 lutego 2013 r. Odwołujący został powiadomiony pocztą elektroniczną o wykluczeniu go z Postępowania.

Zamawiający stwierdził we wskazanym piśmie, że dokumenty złożone przez Odwołującego we Wniosku oraz w Uzupełnieniu nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w ogłoszeniu oraz wymagań formalnych określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) („Rozporządzenie”).

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż: w Uzupełnieniu z 4.12.2013 r. Odwołujący złożył dwa oświadczenia z 28.11.2012 r. podpisane przez p. M..... W.....:

a/ potwierdzające, że członkowie zarządu Mitsubishi Heavy Industries Ltd., nie zostali prawomocnie skazani za żadne z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy pzp (s. 215-217 uzupełnienia)

b/ potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości MHI (s. 188-189 uzupełnienia).

Zdaniem Zamawiającego oświadczenia te nie zostały złożone w formie wymaganej przepisami Rozporządzenia t.j. przed notariuszem. W opinii Zamawiającego, p. N..... H..... potwierdził w obecności notariusza jedynie fakt, że p. M..... W..... uznał podpis pod wskazanymi oświadczeniami za własnoręczny. Tym samym, dokumenty te nie zostały sporządzone w formie zgodnej z § 4 ust. 3 Rozporządzenia. Dodatkowo, Oświadczenie o Niekaralności odnosi się, według Zamawiającego, do stanu z dnia 28 listopada 2012 r. a więc nie potwierdza, że Odwołujący spełniał warunek określony w art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP w dniu składania Wniosku t.j. w dniu 22 października 2012 r.

Zamawiający uznał także, iż ze złożonych we Wniosku dokumentów rejestrowych nie wynika, że p. M..... W....., który w imieniu MHI udziela pełnomocnictwa p. P..... M..... (który następnie podpisał ofertę w imieniu Odwołującego) a także składa inne oświadczenia, miał prawo do jednoosobowego reprezentowania MHI. Zamawiający wprawdzie wskazuje, że Odwołujący w Uzupełnieniu złożył wyjaśnienie p. Y..... S....., z którego wynika że p. M..... W..... jako członek zarządu MHI jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu MHI, jednakże Odwołujący nie złożył żadnych dokumentów, z których wynikałoby umocowanie dla p. Y..... S.....

Oprócz tego Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 listopada 2012 r. Odwołujący złożył w uzupełnieniu Zobowiązanie Misubishi Power Systems Europe Ltd, jednak wobec faktu, że wskazane oświadczenie zostało podpisane w dniu 28 listopada 2012 r. oznacza to, że w dniu składania Wniosku (22 października 2012 r.) Odwołujący nie dysponował zasobami MitPowSysEeu.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że oświadczenia złożone w obecności notariusza są zgodne z § 4 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach. Uznał oświadczenie zawarte na str. 220 uzupełnienia złożone przed notariuszem zgodnie z prawem siedziby notariusza za

spełniające wymagane warunki. Złożył do akt memorandum (opracowanie japońskich prawników) dotyczące oświadczeń składanych przez notariusza przez agenta w imieniu mocodawcy i skutków prawnych takiego oświadczenia. Wskazał na treść oświadczeń z 28 listopada 2012 r. złożonych na wezwanie zamawiającego, z których wynika brak podstaw do wykluczenia zarówno w dniu składania pisma jak i w terminie wcześniejszym obejmującym również termin składania wniosków (str. 218). Stwierdził, że również oświadczenie o udostępnieniu zasobów z 28 listopada 2012 r. zawiera stwierdzenie o zapewnieniu zasobów podczas procedury przetargowej oraz w okresie realizacji kontraktu, co oznacza, że obejmuje okres co najmniej od dnia wszczęcia postępowania w tym termin składania wniosków.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymuje argumentację zawartą w pisemnej odpowiedzi. Dodatkowo stwierdził, że nie jest poświadczaniem złożonym przed notariuszem poświadczanie notarialnego podpisu mocodawcy (członka zarządu) przez inną osobę. Oceniając dokumenty złożone w uzupełnieniu stwierdził, że oświadczenie o upadłości jest poprawne co do treści, jako że zawiera wskazanie daty 22 października, tj. terminu składania wniosków, natomiast zakwestionował oświadczenie o braku przyczyn wykluczenia (str. 218), z którego nie wynika, iż dotyczy ono dnia składania wniosków. Również oświadczenie o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci (str. 240) nie wskazuje, iż dotyczy okresu wcześniejszego niż data jego sporządzenia. Stwierdził, że procedura przetargowa jest nadal w toku i tym samym neguje stanowisko odwołującego, iż udostępnienie dotyczy całego okresu postępowania przetargowego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podzielił stanowisko zamawiającego. Stwierdził, że z treści dokumentów powinno wprost wynikać spełnienie warunków bez potrzeby domniemania. W ocenie przystępującego oświadczenie o udostępnieniu oraz o braku skazania powinny stanowić przyczynę wykluczenia z postępowania. Zauważył przy tym, że oświadczenie Pana W..... dotyczy wiedzy tego Pana na temat własnych i innych członków zarządu spółki, a zatem nie jest bezwzględnie w stosunku do tych osób i opiera się jedynie na wiedzy składającego oświadczenie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści wniosku odwołującego wraz z uzupełnieniem złożonymi przez odwołującego zamawiającemu, zważyła, co następuje.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony z uwagi na brak uprawnień do jednoosobowej reprezentacji członka

konsorcjum, w imieniu którego występuje pan M..... W....., skład orzekający uznaje wniosek za niezasadny. Odwołujący złożył wraz z wnioskiem dokumenty rejestrowe z tłumaczeniem japońskiego rejestru handlowego zawierającego informację, że p M..... W..... jest dyrektorem (członkiem zarządu) spółki Mitsubishi Heavy Industries Ltd w Tokio (str. 343 wniosku). Okoliczność ta jest niesporna, natomiast zamawiający poddaje w wątpliwość uprawnienie ww osoby do jednoosobowej reprezentacji. Wykonawca zarówno we wniosku, jak i uzupełnieniu zawarł szereg dokumentów, w których konsekwentnie występuje p. W..... jako dyrektor upoważniony do reprezentacji, bez jakichkolwiek zastrzeżeń, czy ograniczeń co do sposobu reprezentacji. Dodatkowo na rozprawie odwołujący przedstawił wyciąg z umowy spółki, w której stwierdza się, iż każdy dyrektor reprezentujący uprawniony jest do reprezentowania spółki i prowadzi sprawy spółki zgodnie z uchwałami rady dyrektorów. Należy przy tym zauważyć, że również zamawiający potwierdza zasadę japońskiej ustawy o spółkach (Companies Act z 26.07.2005 r.), iż każdy członek zarządu spółki uprawniony jest do samodzielnego reprezentowania. Opatruje to jednak komentarzem, że zasada może doznawać ograniczeń i wskazuje na potencjalną możliwość ograniczenia uprawnienia do reprezentacji. Takiej sugerowanej ewentualności jednakże nie udowadnia. Biorąc pod uwagę, że odwołujący przedstawił dokumenty wskazujące na uprawnienia ww osoby do jednoosobowej reprezentacji, a twierdzenie przeciwne nie zostało udowodnione, Izba uznała, iż wykonawca wykazał uprawnienie pana M..... W..... do jednoosobowego reprezentowania przedmiotowej spółki (konsorcjanta z siedzibą w Tokio). W konsekwencji udzielone przez niego upoważnienie do wniesienia odwołania jest prawnie skuteczne.

Izba uznała również, że odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o uzupełnienie wniosku dysponowanie niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego tj. firmy Misubishi Power Systems Europe Ltd. z siedzibą w Londynie. W oświadczeniu datowanym na dzień 28 listopada 2012 r. spółka zadeklarowała udostępnienie swoich zasobów oraz uczestnictwo realizacji kontraktu w razie wyboru oferty odwołującego. Istotnie z treści tego dokumentu nie wynika wprost, że jest on aktualny także w dacie będącej terminem składania wniosku, lecz zawarto sformułowanie o udostępnieniu zasobów podczas procedury przetargowej oraz w okresie realizacji. Ponadto wystawca stwierdził, że dostarcza referencje potwierdzające doświadczenie w realizacji podobnych kontraktów celem ich przedłożenia w ramach procedury przetargowej. Oceniając treść powyższego dokumentu skład orzekający stwierdził, że realizacje wystawcy referencji zostały rzeczywiście wykazane we wniosku odwołującego (por. s. 880 – 884), co wskazuje na więź prawną tych podmiotów istniejącą już w dacie składania wniosku, a więź tę oświadczenie z 28 listopada 2012 r. potwierdza.

Oдноśnie oświadczeń o niekaralności członków zarządu oraz niepozostawianiu przez spółkę w stanie likwidacji lub upadłości Izba stwierdza, co następuje.

W piśmie z 28 listopada 2012 r. zatytułowanym „Oświadczenie o braku przyczyn wykluczenia” sporządzonym w wyniku wezwania zamawiającego pan M..... W..... potwierdził, że „na dzień sporządzenia niniejszego pisma, zgodnie z moją najlepszą wiedzą, żaden z członków Zarządu spółki Mitsubishi Heavy Industries Ltd. nie został prawomocnie skazany za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo Zamówień Publicznych /.../” ze wskazaniem miejsca publikacji ustawy i określeniem przestępstw, które są wskazane w ww przepisach ustawy. Z treści tego oświadczenia, ani jego kontekstu nie wynika, że oświadczenie to dotyczy stanu faktycznego i prawnego na dzień wyznaczony jako termin składania wniosków tj. 22 października 2012 r. Można podzielić pogląd, że data sporządzenia dokumentu nie jest okolicznością przesądzającą przy jego ocenie, niewątpliwie jednak liczy się treść dokumentu, z której musi wynikać potwierdzenie spełniania warunku na wymagany dzień. Wymóg taki wynika jednoznacznie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp i jest potwierdzony także w odniesieniu do dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Izba nie podziela w tym względzie wyводу odwołującego, iż niemożliwa jest sytuacja, że w dniu 22 października 2012 r. któryś z członków zarządu był prawomocnie skazany, a miesiąc później już nie, a rozumowanie takie prowadziłoby do błędu logicznego. Na gruncie obowiązujących przepisów powyższy wywód nie jest pewny, a ponadto prowadzi do próby obejścia prawa.

Z punktu widzenia treści oświadczenia omawianym wyżej błędem nie jest obarczone oświadczenie pana M..... W..... sporządzone również 28 listopada 2012 r., w którym stwierdzono, że „nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości” oraz że „spółka nie znajdowała się w stanie upadłości w momencie składania wniosku w dniu 22 października 2012 r. W tym bowiem wypadku oświadczenie sporządzone w terminie późniejszym dotyczy i obejmuje swą treścią stan rzeczy na dzień składania wniosków tj. 22.10.2012 r.

Natomiast w ocenie składu orzekającego obydwie wyżej omówione dokumenty tj. oświadczenie dotyczące niekaralności oraz oświadczenie w sprawie upadłości i likwidacji nie są dokumentami spełniającymi wymogi § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Wskazane przepisy wymagają złożenia stosownego oświadczenia przed notariuszem. Złożone przez odwołującego dokumenty nie mają takiego charakteru. Niezależnie od odmienności porządków prawnych polskiego i japońskiego nie można uznać, że złożenie przed notariuszem oświadczenia o własnoręczności podpisu osoby (nieobecnej) stanowi

merytoryczne oświadczenie złożone przed notariuszem lub co najmniej w obecności notariusza.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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:

.....

.....