

Sygn. akt: KIO 86/11

**WYROK**

**z dnia 27 stycznia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**

**Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 stycznia 2011 r. przez **Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Fortum Power and Heat Polska Sp. z o.o., ul. Walońska 3-5, 50-413 Wrocław,**

przy udziale wykonawców: **General Electric International, Inc, Two Corporate Drive Shelton, CT 06484-0861, USA** oraz **Ansaldo Energia S.p.A. Via Lorenzi, 8 16152-Genua, Włochy** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,**

2. kosztami postępowania obciąża **Fortum Power and Heat Polska Sp. z o.o., ul. Walońska 3-5, 50-413 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Fortum Power and Heat Polska Sp. z o.o., ul. Walońska 3-5, 50-413 Wrocław** na rzecz **Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 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 **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Fortum Power and Heat Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę pn.: „Turbina Gazowa dla CCGT CHP Wrocław”. Ogłoszone o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 22 września 2010 r. pod nr 2010/S 184-281535. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczony pierwotnie na dzień 18 października 2010 r. został przedłużony do dnia 29 października 2010 r. (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej poz. 2010 / S 198 - 301358 z dnia 12 października 2010 r.). Zmiany ogłoszenia w zakresie sekcji III.2.1 dokonano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: poz. 2010 / S 204 - 310193 z dnia 20 października 2010 r.

W postępowaniu wpłynęło 6 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W dniu 12 listopada 2010 r. zamawiający wezwał wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów w terminie do dnia 24 listopada 2010 r., który następnie przedłużył do dnia 13 grudnia 2010 r. Zamawiający dopuścił do dalszego etapu postępowania 4 wykonawców: Siemens Sp. z o. o., Ansaldo Energia S.p.A., Alstom (Switzerland) Ltd., GE International Inc. Pozostali wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania. O powyższym zamawiający poinformował wykonawców w dniu 5 stycznia 2011 r.

Wykonawca Siemens Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności oceny wniosków przez zamawiającego, w szczególności wobec:

- zaniechania wykluczenia wykonawcy General Electric International Inc. (zwany dalej GEII) z postępowania oraz w konsekwencji dokonania wadliwej czynności kwalifikacji tego wykonawcy do dalszego etapu postępowania,
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Ansaldo Energia S.p.A. (zwany dalej Ansaldo) z postępowania, ewentualnie zaniechania wezwania wykonawcy Ansaldo do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów oraz w konsekwencji dokonania wadliwej czynności kwalifikacji tego wykonawcy do dalszego etapu postępowania,
- czynności utrudniania odwołującemu dostępu do protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 1, 2a i 3, art. 56 ust. 2 w zw. z art. 50, art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przez

błędne przyjęcie, iż wnioski wykonawców: GE i Ansaldo odpowiadają wymogom ogłoszenia i ustawy Pzp oraz zaniechanie wykluczenia tych wykonawców, a ponadto przez błędne przyjęcie, iż przepisy prawa zezwalają zamawiającemu na całkowitą odmowę wydania wykonawcom kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami. W związku z powyższym, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności kwalifikacji do dalszego etapu postępowania wykonawcy GE i wykonawcy Ansaldo oraz powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji wykluczenie z postępowania wykonawców GE i Ansaldo.

I. Zarzuty dotyczące błędnej kwalifikacji wykonawcy GE.

1. Zgodnie z rozdziałem III.2.1 ogłoszenia, wykonawca zagraniczny mógł, w sytuacji braku odpowiednich dokumentów w kraju pochodzenia, zastąpić je oświadczeniem złożonym przed notariuszem lub innym odpowiednim organem kraju pochodzenia. GE złożył takie oświadczenie na str. 25 i dalszych wniosku, jednakże nie potwierdza ono niekaralności członków zarządu spółki, stosownie do art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp, gdyż nie obejmuje przestępstw „przeciwko środowisku”.

2. Zgodnie z rozdziałem III.2.2 ogłoszenia, w celu udowodnienia spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej należało przedłożyć sprawozdanie finansowe lub jego część wraz z opinią biegłego rewidenta w sposób umożliwiający weryfikację przychodów osiąganych w ostatnich trzech latach. GE nie złożył takich dokumentów. We wniosku złożono obraz bilansu i rachunku zysków i strat GE, lecz są to zestawienia danych finansowych GE wyodrębnione ze skonsolidowanego sprawozdania finansowego spółki matki GE, a więc dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego. Każda spółka sporządza własne sprawozdanie finansowe, którego fragmenty wraz z opinią biegłego rewidenta powinny zostać złożone w postępowaniu. Ponadto, zestawienia danych są niepodpisane, więc nie są to kopie oryginalnych dokumentów.

3. Zgodnie z rozdziałem III.2.2 ogłoszenia, w celu udowodnienia spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej należało przedłożyć informację z banku umożliwiającą weryfikację zdolności kredytowej lub posiadanych środków. GEII złożył we wniosku dwie opinie, które odnoszą się do grupy kapitałowej GE. W uzupełnieniu z 26 listopada 2010 r. GEII złożył opinię bankową z datą 23.11.2010 r. W kolejnym uzupełnieniu w dniu 12.12.2010 r., GEII złożył własne wyjaśnienia oraz kopię korespondencji mailowej z bankiem, które nie spełniają wymogów zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt. 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Mając na uwadze zasadę pisemności postępowania oraz dyspozycję § 6 ust. 1 ww.

rozporządzenia należy uznać, iż korespondencja mailowa nie może być brana pod uwagę. Ponadto, opinia banku nie zawiera w wersji angielskiej wskazania rodzaju waluty.

4. Zgodnie z rozdziałem III.2.3 ogłoszenia, w celu wykazania spełniania warunku w zakresie doświadczenia należało przedłożyć wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania oraz dokument potwierdzający, że dostawy zostały wykonane należycie. Jak wynika z wykazu we wniosku GEII, ze względu na okres wykonania dostaw, jedynie dostawy dla EON Varmenkraft i ENDESA mogą być brane pod uwagę. Z wykazu wynika, iż zamówienia te wykonywane były przez GEII w konsorcjach z innymi spółkami. Tymczasem obie referencje nie powołują się na fakt wykonywania prac w ramach konsorcjum, nie są wystawione dla GEII, lecz dla innych podmiotów z grupy General Electric.

5. Zgodnie z rozdziałem III.2.3 ogłoszenia, w celu wykazania spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej należało przedłożyć zaświadczenia niezależnego podmiotu, zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, lub równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub inne dokumenty potwierdzające stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości. GEII złożyło certyfikaty jakości, które nie odnoszą się do GEII lecz do innego podmiotu z grupy kapitałowej GE. W uzupełnieniu z 26 listopada 2010 r. GEII złożyło oświadczenie, iż na podstawie autoryzacji podmiotu trzeciego może korzystać z jego dokumentów. Kolejne uzupełnienie z 12 grudnia 2010 r. zawiera oświadczenie GEII, iż certyfikaty zostały wystawione na rzecz „działu” General Electric Co. Oznacza to, że GEII nie przedstawił własnych dokumentów jakości.

II. Zarzuty dotyczące błędnej kwalifikacji wykonawcy Ansaldo:

Odwołujący podniósł, iż wniosek Ansaldo zawiera braki w zakresie wymogów określonych w rozdziale III.2.1 ogłoszenia w zakresie:

- dokumentu potwierdzającego niezaleganie z płatnościami podatków - dokument załączony na str. 211 wniosku nie może być uznany za wystarczający w tym zakresie,
- zaświadczeń z rejestru karnego w stosunku do dwóch członków zarządu spółki - p. N. i L.,
- dokumentu potwierdzającego, iż spółka Ansaldo nie jest w likwidacji,
- oświadczeń w zakresie spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia, zgodnie z art. 24 i 22 Pzp, gdyż złożone oświadczenia (str. 50 i 219 wniosku) zawierają zastrzeżenia i modyfikacje w stosunku do wymogów Pzp.

III. Zarzuty dotyczące utrudniania dostępu do dokumentacji postępowania:

Odwołujący wskazał, iż w dniu 11 stycznia 2011 r. zamawiający odmówił zgody na wykonanie kopii dokumentacji postępowania, powołując się na § 5 ust. 3 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co znacząco utrudnia obronę swojego stanowiska przed KIO. Odwołujący nie kwestionował prawa zamawiającego do odmowy wyrażenia zgody na wykonanie kopii dokumentacji postępowania przez wykonawcę, jednak z rozumowania a contrario treści § 5 ust. 3 ww. rozporządzenia wynika, że w trakcie wglądu do protokołu lub załączników wykonawca ma prawo do pozyskania kopii interesujących go dokumentów. Z drugiego zdania § 5 ust. 5 wynika, że jeżeli zamawiający nie wyraził zgody na wykonanie kopii przez wykonawcę, to ponosi koszty tego udostępnienia.

Przystępujący: Ansaldo Energia S.p.A zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów wobec złożonego wniosku. Podniósł brak legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania. W ocenie przystępującego, w danym stanie faktycznym przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp nie zostały spełnione. Czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie oznacza, iż odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej - uwzględnienie odwołania nie oznacza, iż odwołujący uzyska zamówienie. Nawet gdyby uznać, że złożone dokumenty zawierają braki - czemu przystępujący przeczy – to odwołujący mógłby mimo to uzyskać zamówienie.

Przystępujący wyjaśnił, iż jest spółką prawa włoskiego. W stosunku do niego mają zastosowanie postanowienia III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz 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, odnoszące się do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zamawiający dopuścił możliwość składania wniosków w języku polskim, jak i w angielskim (pkt IV.3.5) - przystępujący złożył wniosek w języku angielskim. Problemy mogące pojawić się w związku z tłumaczeniem stosownych dokumentów i interpretowaniem sformułowań w nich zawartych, nie mogą wpływać na niekorzyść wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu braku dokumentu potwierdzającego niezaleganie z płatnościami podatków przystępujący wskazał, iż dołączył do wniosku dokument wystawiony przez właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego w Genui (str. 211), który zaświadczył, że przystępujący nie jest i nie był zaangażowany w spory dotyczące nieuiszczonych należności skarbowych, co oznacza, że nie zalega z płatnościami podatków oraz że nie toczą się w stosunku do niego żadne postępowania w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu braku zaświadczeń z rejestru karnego dotyczących p. Claudio N. i Carlo Luzzatto wyjaśnił, iż zgodnie z rejestrem przedsiębiorstwa „Register of

Companies" (str. 53-94 wniosku), osoby te nie są urzędującymi członkami zarządu. Organ zarządzający liczy sześciu członków, w stosunku do których rejestr posługuje się jednolitą terminologią, tj. określając ich jako Dyrektorów - ang. „Directors”. Stosownie do postanowień rejestru, p. Claudio N. powierzono funkcję Menadżera Generalnego - ang. „General Menager”, któremu uprawnienia przyznał zarząd, natomiast, p. Carlo Luzzatto powierzono funkcję Prokurenta/Pełnomocnika - ang. „Attorney”. Nie ma zatem obowiązku przedstawienia dla tych osób zaświadczeń o niekaralności.

Odnośnie zarzutu braku dokumentu potwierdzającego, że przystępujący nie jest w stanie likwidacji, wyjaśnił, iż warunek został należycie spełniony przez przedłożenie odpisu z rejestru przedsiębiorstwa - „Register of Companies”, który stwierdza, iż w okresie ostatnich pięciu lat w stosunku do przystępującego nie toczyły się żadne postępowania upadłościowe, układowe, postępowania w zakresie przymusowego rozwiązania spółki oraz ustanowienia zarządu komisarycznego.

Odnośnie zarzutu braku oświadczeń o spełnianiu warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia (art. 22 i 24 Pzp) przystępujący podniósł, iż odwołujący nie poparł zarzutu żadnymi argumentami.

General Electric International Inc. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz złożył pismo procesowe.

Odnosząc się do zarzutu wadliwości informacji bankowej wyjaśnił, iż zadośćuczynił wezwaniu do uzupełnienia dokumentów składając informację z banku z dnia 23 listopada 2010 r. oraz dodatkowo załączył informację z banku potwierdzającą aktualność danych zawartych w ww. informacji na dzień 29 października 2010 r. Wskazał, że złożone pisma zawierają informacje udzielane przez bank amerykański dla amerykańskiej spółki. Oczywistym jest więc, że podane w nich kwoty są wyrażone w dolarach amerykańskich.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego certyfikatów GEII wskazał, że złożył stosowne wyjaśnienia w oświadczeniu z 22 listopada 2010 r. i w piśmie z dnia 12 grudnia 2010 r.

Odnosząc się do zarzutu braku wskazania „przestępstw przeciwko środowisku” w oświadczeniu o niekaralności wskazał, że oświadczenie takie są zawarte w oświadczeniu z dnia 5 października 2010 r.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego sprawozdań finansowych, wskazał, że ocena złożonych dokumentów z perspektywy polskich przepisów o rachunkowości nie jest właściwa. Dokumenty wystawione pod obcym prawem dla spółki amerykańskiej powinny być oceniane w świetle prawa właściwego i zdaniem przystępującego wymogi te spełniają.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego referencji GEII wskazał, że z referencji wystawionych przez ENDESA nie wynika, iż nie dotyczą one GEII. Ponadto, nie ma prawnego



wymogu, aby referencje wskazywały na fakt wykonywania umowy w ramach konsorcjum. Treść złożonych referencji jednoznacznie potwierdza tożsamość opisanych projektów z projektami wskazanymi w wykazie dostaw.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody, jaką odwołujący poniósł lub może ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wobec bezzasadności zarzutów. Odnosząc się do zarzutów zamawiający stwierdził, co następuje:

I. Zarzuty dotyczące błędnej kwalifikacji wykonawcy GEII:

Ad.1. Oświadczenie o niekaralności członków zarządu GEII obejmuje swoim zakresem wszelkie przestępstwa, w tym również przestępstwa przeciwko środowisku, a fakt nie wymienienia ich w oświadczeniu nie oznacza, że oświadczenie takich przestępstw nie dotyczy, mimo, iż z literalnego brzmienia oświadczenia powyższe nie wynika. Biorąc pod uwagę jednak cel złożenia oświadczenia przedmiotowe oświadczenie jest zgodne z wymogiem art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Pzp.

Ad.2. GEII przedłożył we wniosku wykaz stanu finansów tego podmiotu, a jedynie raport niezależnego biegłego dotyczy skonsolidowanych sprawozdań finansowych spółek z grupy GE. Ponadto, GEII na str. 28 wniosku w pkt (i) złożył oświadczenie, że spółka nie jest zobowiązana do składania sprawozdań finansowych badanych przez biegłego rewidenta. Wobec powyższego „Wykaz stanu i finansów” i „Wykaz operacji finansowych” dotyczą GE International, Inc., a nie podmiotu trzeciego. Fakt braku podpisu na wykazach nie znaczy, że złożony dokument nie stanowi kopii oryginalnych bilansów czy rachunków zysku i strat.

Ad. 3. Zamawiający przyznał, że informacja banku z dnia 23 listopada 2010 r. została wydana po dniu składania wniosków, jednak w złożonym w dniu 12 grudnia 2010 r. uzupełnieniu pracownik banku potwierdził w mailowej korespondencji, że informacja ta jest ważna na dzień składania wniosków.

Ad. 4. GEII złożył dokumenty referencyjne EON Varmenkraft Sverige AB oraz Endesa Generacion S.A., które nie zostały faktycznie wydane dla GEII. Mają one potwierdzać jedynie, że dostawa została należycie wykonana. Okoliczność wykonania danej dostawy w ramach konsorcjum z innymi podmiotami została wskazana natomiast w wykazie dostaw, co jest wystarczające by uznać, że wymóg posiadania doświadczenia został spełniony.

Ad. 5. W dniu 26 listopada 2010 r. GEII złożył oświadczenie, że jest firmą upoważnioną do używania i wprowadzania norm jakościowych zatwierdzonych dla General Electric Power Generation. Następnie w dniu 12 grudnia 2010 r. złożył oświadczenie, z którego wynika, że realizacja wszelkich kontraktów przez GEII odbywa się w oparciu o certyfikaty jakości

wydane dla General Electric Power Generation, będącego zakładem realizującym m. in. działania takie jak: produkcja sprzętu, dostawa na plac budowy, montaż i inne, i podczas realizacji kontraktów GEII używa wyłącznie podmiotów GE posiadających wymagane certyfikaty. Zamawiający uznał, że przedłożone uzupełnienia stanowią „inne dokumenty potwierdzające stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości” i tym samym warunek uznał za spełniony.

II. Zarzuty dotyczące błędnej kwalifikacji wykonawcy Ansaldo Energia S.p.A.

Ad. 1. Z treści złożonego we wniosku dokumentu wynika jednoznacznie, że w stosunku do Ansaldo brak jest jakichkolwiek sporów z tytułu nieopłacania podatków. Tym samym Ansaldo nie zalega z uiszczaniem podatków. Dokument został wystawiony przez właściwy organ podatkowy. Ponadto, Ansaldo złożył oświadczenie, że nie naruszył żadnych zobowiązań z tytułu płacenia podatków.

Ad. 2 P. Claudio N. oraz Carlo L. nie są członkami zarządu, co wynika z treści przedłożonego odpisu z rejestru handlowego spółki. Claudio N. jest upoważnionym przez członków zarządu dyrektorem generalnym, a Carlo L. - pełnomocnikiem.

Ad.3. Zamawiający wskazał, że we wniosku zostało złożone oświadczenie, z którego wynika, że wobec Ansaldo nie wszczęto żadnego postępowania upadłościowego oraz likwidacji.

Ad. 4. Oświadczenie zawarte na s. 50 wniosku jest zgodne z prawem i wymogiem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto, dokument zawarty na s. 219 - 220 wniosku obejmuje m. in. oświadczenia o braku zaległości w opłacaniu składek ubezpieczeniowych oraz podatków, a także oświadczenia, których zamawiający nie wymagał. Dokumenty te nie zawierają przeciwnych treści i modyfikacji w stosunku do wymogów ustawy Pzp.

Ad. III. Zamawiający wyjaśnił, iż skorzystał z przysługującego mu prawa - uznał, że wnioskowana przez odwołującego dokumentacja jest zbyt obszerna. Zamawiający skorzystał z przysługującego mu (§ 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie protokołu) prawa do odmowy wyrażenia zgody na wykonywanie samodzielnie przez wykonawcę kopii dokumentacji lecz udostępnił wykonawcy dokumenty do wglądu w siedzibie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego Ansaldo. Odwołujący ubiega się o dane zamówienie, a zatem posiada interes w jego uzyskaniu. Odwołujący wykazał także, że może ponieść szkodę w wyniku niezyskania zamówienia np. gdy wykonawca podlegający wykluczeniu (tj. w przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu) nie zostanie wykluczony z postępowania, złoży ofertę i oferta ta zostanie uznana za najkorzystniejszą. W takiej sytuacji odwołujący poniesie szkodę, która wystąpi w adekwatnym związku z działaniami zamawiającego (zaniechaniem wykluczenia wykonawcy lub wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu) stanowiącymi naruszenie przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu. Należy zauważyć, iż orzeczenia KIO, na które powoływał się zamawiający i przystępujący Ansaldo, dotyczące oceny spełniania przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp zapadły w odmiennych stanach faktycznych. Nie ulega wątpliwości także, że przesłanki te każdorazowo powinny być badane w konkretnym stanie faktycznym w danym postępowaniu.

Uczestnikami postępowania odwoławczego są wykonawcy: GEII oraz Ansaldo, którzy zgłosili przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego w ustawowym terminie, wykazując swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego – popierając zamawiającego, który zakwalifikował obu przystępujących do dalszego etapu postępowania.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

#### I. Zarzuty dotyczące błędnej kwalifikacji wykonawcy GE.

Ad.1. Izba uznała za zasadny zarzut, iż w oświadczeniu złożonym we wniosku (str. 25 i nast.) o dopuszczenie do udziału w postępowaniu brak jest potwierdzenia okoliczności dotyczących niekaralności członków zarządu spółki za przestępstwa przeciwko środowisku, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp. W treści ww. oświadczenia (pkt c) wymienione zostały szczegółowo wszystkie rodzaje przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp za wyjątkiem przestępstw przeciwko środowisku. Brak jest wobec tego potwierdzenia niekaralności w powyższym zakresie. Złożone przez wykonawcę ogólne oświadczenie w pkt (h) dotyczące braku podstaw do wykluczenia wykonawcy nie może być uznane za potwierdzające niekaralność w pełnym zakresie, wbrew szczegółowemu oświadczeniu co do niekaralności. Powyższy dokument nie podlega zarazem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3

Pzp pomimo, iż wykonawca nie był wzywany do jego uzupełnienia, z uwagi na fakt, że wykonawca podlega wykluczeniu z innych powodów.

Ad.2. Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący nie wykazania przez GEII spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej wobec braku złożenia sprawozdania finansowego lub jego części wraz z opinią biegłego rewidenta w sposób umożliwiający weryfikację przychodów osiągniętych w ostatnich 3 latach. W złożonym wniosku znajduje się obraz bilansu i rachunku zysków i strat dotyczący GEII, który stanowi, jak wynika z załączonego do wniosku raportu KPMG LLP z dnia 20 lutego 2008r., 6 lutego 2009r. i 19 lutego 2010r. niezależnego publicznego biura rachunkowego, zestawienia danych finansowych GEII i zostały one poddane procedurom audytowym przeprowadzonym w ramach skonsolidowanych sprawozdań finansowych firmy General Electric oraz spółek zależnych. Odwołujący nie wykazał przy tym, iż spółka GEII jest zobowiązana, zgodnie z prawem właściwym, do sporządzania własnego sprawozdania finansowego oraz podawania go badaniu biegłego rewidenta. Jednocześnie w oświadczeniu z dnia 5 października 2010 r. złożonym przed notariuszem (str. 25–28 wniosku) wykonawca oświadczył w pkt (i), że spółka nie jest zobowiązana do składania sprawozdań finansowych, badanych przez biegłego rewidenta, władzom skarbowym USA ani też składania raportu o sytuacji finansowej jakimkolwiek organom rządowym. Powyższe okoliczności potwierdza także treść „Memorandum” firmy „SALANS” z dnia 24 stycznia 2011 r.

3. Zarzut dotyczący przedłożonej przez wykonawcę informacji z banku umożliwiającej weryfikację warunku dotyczącego zdolności kredytowej lub posiadanych środków Izba uznała za uzasadniony. Badana informacja złożona została w wyniku uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 26 listopada 2010 r. Informacja została wydana przez Citibank w dniu 23 listopada 2010 r. W jej treści nie określono terminu jej aktualności, który mógłby wskazywać, iż jest ona aktualna nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 3 Pzp. Użyte w treści opinii sformułowanie „obecnie” wskazuje natomiast na aktualność opinii na dzień jej wystawienia. Identyczne określenie zostało użyte w informacji wystawionej przez ten bank w dniu 5 października 2010r. Przesłany zamawiającemu przez GEII w dniu 12 grudnia 2010 r. wydruk z korespondencji elektronicznej z przedstawicielem banku nie może być jednocześnie uznany za dokument spełniający wymogi § 1 ust. 1 pkt. 9 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). Mając na uwadze zasadę pisemności postępowania oraz dyspozycję § 6 ust. 1 ww.

rozporządzenia należy uznać, iż korespondencja mailowa nie może być brana pod uwagę, jako dokument, za pomocą którego może być wykazywana zdolność finansowa wykonawcy.

Należy przyznać też słuszność twierdzeniom odwołującego, iż informacja z banku z dnia 23 listopada 2010 r. w wersji angielskiej nie zawiera wskazania waluty, w której oznaczono zdolność kredytową wykonawcy. Fakt ten nie był kwestionowany przez przystępującego, który podnosił jedynie, iż za oczywiste należy uznać, że bank amerykański wskazał kwotę w USD, ponieważ informacja dotyczy firmy mającej siedzibę w USA. W ocenie Izby powyższy wywód nie może być uznany za prawidłowy.

4. Izba uznała, że zasługuje na uwzględnienie zarzut, iż złożone przez GEII referencje w odniesieniu do wymogu zawartego w pkt III.2.3 ogłoszenia, nie potwierdzają faktu, iż wykonawca brał udział w realizacji zamówień wskazanych w wykazie dostaw. Jak wynika z wykazu załączonego przez GEII, dostawy dla EON Varmenkraft oraz ENDESA, które mogą być brane pod uwagę dla oceny spełnienia warunku z uwagi na termin, były wykonywane przez GEII w ramach konsorcjum. Złożone dokumenty referencyjne nie odpowiadają treści wykazu w tym zakresie, ponieważ w treści referencji wystawionych przez ENDESA podano jako członków konsorcjum: GE oraz Duro Felguera SA., natomiast w treści referencji wystawionych przez EON Varmenkraft wskazano wyłącznie jako dostawcę – GE Company. Co do zasady zgodzić się należy z twierdzeniem, iż referencje nie muszą zawierać w swojej treści potwierdzenia spełnienia wszystkich elementów warunku doświadczenia, którego wymaga zamawiający, jednak dokumenty te muszą podlegać wyjaśnieniu, jeśli ich treść jest niezgodna lub sprzeczna z treścią wykazu (oświadczenia wykonawcy). W badanym zakresie, treść referencji jest niespójna z treścią wykazu, a zatem dokumenty te powinny podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W danym stanie faktycznym zamawiający nie ma jednak obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnienia, gdyż wykonawca podlega wykluczeniu z innych powodów.

5. Za zasadny Izba uznała zarzut, iż wykonawca GEII nie złożył dokumentów, zgodnie z pkt III.2.3 ogłoszenia, w celu udowodnienia spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej, tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu, zajmującego się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, lub równoważnego zaświadczenia wystawionego przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub innych dokumentów potwierdzających stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości. GEII złożył certyfikaty jakości, które zostały wydane dla GE Energy Power Generation oraz GE Power Generation. Na wezwanie zamawiającego, w dniu 26 listopada 2010 r. GEII złożył oświadczenie, iż firma jest upoważniona do używania i wprowadzania norm jakościowych zatwierdzonych dla General Electric Power Generation (oświadczenie z dnia 22 listopada

2010 r.) i na podstawie autoryzacji podmiotu trzeciego może korzystać z jego dokumentów. Jak wynika z kolejnego wyjaśnienia z dnia 12 grudnia 2010 r., GEII korzysta podczas realizacji kontraktu z uprawnionych do danego działania podmiotów GE. Zasoby GE używane w tym procesie są w pełni wspierane odpowiednimi certyfikatami jakości. Z oświadczenia wynika, iż certyfikaty złożone przez GE, zostały wystawione na rzecz działu General Electric Company, a nie na rzecz wykonawcy. W świetle powyższych oświadczeń Izba uznała, że wykonawca nie wykazał w sposób jednoznaczny, iż złożone w postępowaniu certyfikaty wystawione na inny podmiot (dział w strukturze organizacyjnej GE Company) należy traktować tak jakby były wystawione na rzecz wykonawcy GEII. Jak wynika z obowiązujących przepisów ustawy Pzp (art. 24 ust. 2 pkt 4), to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie ciąży obowiązek wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

II. Zarzuty dotyczące błędnej kwalifikacji wykonawcy Ansaldo:

Izba uznała, że dokument załączony na str. 211 wniosku złożonego przez Ansaldo należy uznać za wystarczający dla potwierdzenia niezalegania z płatnościami podatków. Wykonawca złożył „Zaświadczenie o niezaleganiu, zgodnie z zapisami rejestru podatkowego z dnia 5 sierpnia 2010 r.”, w którym stwierdzono brak sporów zarówno toczących się, jak i rozstrzygniętych, w stosunku do których zaległości nie zostały opłacone. Zaświadczenie obejmuje podatek VAT, bezpośredni i pośredni podatek od działalności, jak również pozostałe podatki pośrednie. Dokument został wystawiony przez uprawniony w tym zakresie organ funkcjonujący w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę.

Zarzut dotyczący braku złożenia zaświadczenia z rejestru karnego w stosunku do p. Claudio N. (odwołujący nie podtrzymał w toku rozprawy zarzutu w stosunku do osoby p. Carlo L.) Izba uznała za niezasadny. Pan N. został wymieniony w aktualnym rejestrze spółki złożonym przez wykonawcę jako Dyrektor Generalny (general manager). Zgodnie z treścią wpisu w rejestrze zarząd spółki składa się z sześciu członków zarządu, określonych w nim jako „dyrektorzy”, którym zgodnie z art. 22 rejestru przypisano uprawnienia ustawowe. Z treści ww. dokumentu wynika jednoznacznie, iż uprawnienia p. N. zostały przyznane mu przez zarząd. Osoba ta nie posiada natomiast tzw. „Uprawnień ustawowych” tak jak członkowie zarządu. Powyższe wskazuje, że osoba ta działa na podstawie upoważnienia zarządu, nie będąc przy tym członkiem statutowego organu spółki. Wobec powyższego stosownie do art. 24 ust. 4 - 8 Pzp wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia zaświadczenia o niekaralności tej osoby.

W ocenie Izby nie ma podstaw by uznać za zasadny zarzut dotyczący braku złożenia dokumentu potwierdzającego, iż spółka Ansaldo nie jest w likwidacji. W treści złożonego przez wykonawcę zaświadczenia o wpisie w rejestrze spółek stwierdzono, że „w trakcie ostatnich 5 lat wobec przedsiębiorstwa nie wszczęto żadnego postępowania

upadłościowego, przymusowego rozwiązania, postępowania ugodowego przed ogłoszeniem spółki jako niewypłacalnej lub objętej zajęciem sądowym.” Ponadto, wykonawca złożył zaświadczenie z dnia 10 października 2010 r. Sądu w Genui - Wydział ds. upadłości, stwierdzające, że „zarówno obecnie oraz w trakcie ostatnich 5 lat wobec spółki [...] nie wszczęto żadnego postępowania upadłościowego, ugody sądowej z wierzycielami lub przymusowego rozwiązania, na podstawie R.D. 16-3-1042 Nr 267 oraz dalszych zmian do ustawy nr 80 z 14 maja 2005 r., LD Nr 5 z 9 stycznia 2006 r. i LD Nr 169 z 12 września 2007r.” Izba uznała, że powyższe dokumenty zostały złożone prawidłowo, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności, które potwierdzałyby twierdzenia przeciwne.

Zarzut dotyczący braku złożenia oświadczeń w zakresie spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia, stosownie do art. 24 i 22 Pzp nie potwierdził się. Izba stwierdziła, iż złożone na str. 50 i 219 wniosku oświadczenia nie zawierają w swej treści zastrzeżeń i modyfikacji w stosunku do wymogów Pzp. Należy zauważyć, iż język użyty w tych oświadczeniach (w tłumaczeniu oryginalnego dokumentu) różni się co prawda od języka, którego użył polski ustawodawca w treści przepisów art. 22 i 24 Pzp, jednak powyższe nie uzasadnia twierdzenia, iż treść złożonych oświadczeń przeczy lub nie odpowiada wymogom tych przepisów. W ocenie Izby, oceniając treść oświadczeń składanych w toku postępowania przez wykonawcę, mającego siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, należy brać pod uwagę specyfikę i odmienność obcego języka, a wobec tego treść oświadczeń należy interpretować w szczególności uwzględniając wykładnię celowościową złożonych oświadczeń. Biorąc pod uwagę wykładnię literalną jak i posiłkowo wykładnię celowościową Izba uznała, iż złożone przez Ansaldo oświadczenia w trybie art. 24 i art. 22 Pzp spełniają wymogi ustawy Pzp w powyższym zakresie.

II. Zarzut dotyczący utrudniania odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania.

W dniu 7 stycznia 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający pismem z tego dnia odpowiedział, iż z uwagi na ilość i zakres dokumentacji miejscem udostępnienia wniosków będzie siedziba zamawiającego. Pismem z dnia 11 stycznia 2011 r. zamawiający nie wyraził zgody na wykonanie przez odwołującego kopiowania bądź utrwalania za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, iż z uwagi na ilość żądanych dokumentów, przesłanie kopii wniosków w formie papierowej lub elektronicznej jest z przyczyn technicznych znacząco utrudnione, wobec czego jedynym sposobem udostępnienia wniosków jest wgląd do nich w siedzibie zamawiającego.

W ocenie Izby powyższe działania zamawiającego nie naruszają zasady jawności postępowania (art. 8 Pzp), ani przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26

października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz.1458). Przepis § 5 ust. 3 ww. rozporządzenia pozostawia do uznania zamawiającego decyzję w sprawie wyrażenia zgody na samodzielne wykonania kopii dokumentacji przez wykonawcę, a zgodnie z § 5 ust. 4 zamawiający może odmówić przekazania wykonawcy kopii dokumentacji wykonanej przez zamawiającego, gdy jest to z przyczyn technicznych znacząco utrudnione, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania dokumentów. Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumentacja postępowania została w całości udostępniona odwołującemu do wglądu w siedzibie zamawiającego. Izba uznała, że odmowę przekazania odwołującemu kopii całej dokumentacji postępowania, w tym wszystkich złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwagi na jej obszerność, należy uznać za uzasadnioną. Izba zważyła także, że odwołujący mógł wystąpić do zamawiającego o przekazanie kopii części dokumentacji lub poszczególnych dokumentów, a jak wynika z akt sprawy odwołujący nie występował z takim wnioskiem do zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawcy GEII z postępowania, pomimo zaistnienia przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp stwierdzone naruszenia stanowiły podstawę do uwzględnienia odwołania, gdyż niewątpliwie mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia z postępowania, ani do wezwania wykonawcy Ansaldo do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....