

POSTANOWIENIE
z dnia 19 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Członkowie: Emil Kuriata
Honorata Łopianowska
Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **18 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ALSTOM Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-124 Warszawa, ul. Jana Pawła II 12, 2) ALSTOM Power Systems SA, Francja, 92309 Levallois-Perret CEDEX, 2 Quai Michelet – 3 Avenue Andre Malraux** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna – Oddział Elektrownia Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7, 97-400 Bełchatów 5** protestu z dnia 21 października 2010 r.

przy udziale **Emerson Process Management Power and Water Solutions** spółki z **ograniczoną odpowiedzialnością, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ALSTOM Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-124 Warszawa, ul. Jana Pawła II 12, 2) ALSTOM Power Systems SA, Francja, 92309 Levallois-Perret CEDEX, 2 Quai Michelet – 3 Avenue Andre Malraux i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ALSTOM Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-124 Warszawa, ul. Jana Pawła II 12, 2) ALSTOM Power Systems SA, Francja, 92309 Levallois-Perret CEDEX, 2 Quai Michelet – 3 Avenue Andre Malraux**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ALSTOM Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-124 Warszawa, ul. Jana Pawła II 12, 2) ALSTOM Power Systems SA, Francja, 92309 Levallois-Perret CEDEX, 2 Quai Michelet – 3 Avenue Andre Malraux.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S. A. – Oddział Elektrownia Bełchatów z siedzibą w Rogowcu – prowadzi w trybie przetargu negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest usługa pn. „Modernizacja i remont systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane 23 października 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 205-295191, natomiast 21 października 2009 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie i na stronie internetowej (www.elb.pl).

21 października 2010 r. Odwołujący – konsorcjum w składzie: 1) ALSTOM Power spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) ALSTOM Power Systems SA z siedzibą w Levallois-Perret we Francji (zwane dalej również „Konsorcjum ALSTOM”) wniósł protest wobec wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Emerson Process Management Power and Water Solutions spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej również „Emerson”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art.89 ust 1 pkt. 4 pzp poprzez wybór oferty, która podlegała odrzuceniu ze względu na rażącą niską ceną, jak i ze względu na fakt, iż nie

odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie s.i.w.z.), ponieważ wybrana oferta, z naruszeniem art. 82 ust. 3 pzp oraz pkt. 14 załącznika nr 1 do części 1 s.i.w.z., nie zawierała oświadczenia o powierzeniu podwykonawcy robót budowlanych, mimo że z ujawnionego w Krajowym Rejestrze Sądowym przedmiotu działalności wynika, iż Emerson Process Management Power and Water Solution sp. z o.o. o nie ma w zakresie działalności wykonywania robót budowlanych.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1 pzp poprzez niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, czego skutkiem jest jego znacząca zmiana wynikająca z przebiegu negocjacji ofert wstępnych oraz zapytań oferentów.
3. Naruszenie art. 59 ust. 1 i ust 2 pzp poprzez uzupełnienie s.i.w.z. o elementy niebędące przedmiotem negocjacji, a znacząco zwiększające zakres prac, co doprowadziło do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia.
4. Naruszenie art. 32 ust. 1 pzp poprzez brak należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia (kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia), przyjętej na podstawie wartości poprzedniego zamówienia (blok 5 i 6), mimo że zakres zamówienia był znacząco większy.
5. Naruszenie art. 90 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Emerson o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
6. Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp poprzez preferencję wykonawcy realizującego prace na blokach 3, 4, 5 i 6 oraz poprzez ustalenie w s.i.w.z. zbyt krótkiego terminu o postulowany okres, mimo wniosków wszystkich uczestników postępowania za wyjątkiem dotychczasowego wykonawcy, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania.
7. Naruszenie art. 60 ust. 3 pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp ewentualnie o odrzucenie oferty Emerson na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu skutecznie zgłosił przystąpienie Emerson Process Management Power and Water Solutions spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie.

29 października 2010 r. (pismem z 28 października 2010 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest, oddalając go w zakresie zarzutów wymienionych powyżej w pkt. 1 i 5 oraz odrzucając protest w pozostałym zakresie.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący, wnosząc 5 listopada 2010 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście.

17 listopada 2010 r. Emerson Process Management Power and Water Solutions spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 pzp, a Przystępujący poparł ten wniosek.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zarówno protest i odwołanie zostały podpisane przez Jakuba Radulskiego – Prezesa Zarządu ALSTOM Power spółki z o.o. oraz Krzysztofa Gołąbka.

Z załączonego do odwołania odpisu aktualnego z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wynika, iż pod Numer KRS: 0000035956 wpisana jest ALSTOM Power spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której do składania oświadczeń i podpisywania wymagane jest łączne działanie dwóch członków zarządu. W rejestrze ujawniono Jakuba Radulskiego jako Prezesa Zarządu, wśród pozostałych trzech osób ujawnionych jako członkowie zarządu Spółki nie ma Krzysztofa Gołąbka, w rejestrze brak jest wpisów dotyczących prokurentów.

Do odwołania załączono również dwa pełnomocnictwa z 25 sierpnia 2010 r., oba udzielone przez ALSTOM Power Systems SA z siedzibą w Levallois Perret we Francji, podpisane przez Jérôme De Grandmaison pełniącego stanowisko Dyrektora Generalnego Pełnomocnego, ujawnionego w udostępnionym na posiedzeniu wypisie z Rejestru Handlowego i Spółek prowadzonego przez Sąd Gospodarczy w Nanterre we Francji.

W pierwszym pełnomocnictwie mocodawca udzielił ALSTOM Power spółce z o.o. z siedzibą w Warszawie pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum ALSTOM Power Systems SA – Alstom Power spółka z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację i remont systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.” zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 205-295191 z dnia 21.10.2009.

W drugim pełnomocnictwie mocodawca udzielił Krzysztofowi Gołąbkowi pełnomocnictwa do reprezentowania ALSTOM Power Systems SA w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację i remont systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.” zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 205-295191 z dnia 21.10.2009.

Nadto załączono do odwołania trzecie pełnomocnictwo z 15 września 2010 r., udzielone Krzysztofowi Gołąbkowi przez ALSTOM Power spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie, podpisane przez Prezesa Zarządu – Jakuba Radulskiego oraz Wiceprezesa Zarządu – Danutę Tamarę Kuczyńską.

W treści każdego z trzech wymienionych powyżej pełnomocnictw wskazano, iż „niniejsze pełnomocnictwo uprawnia do reprezentowania w postępowaniu, a w szczególności do: Złożenia, parafowania i podpisania Oferty Wstępnej/ Oferty, składania i podpisywania wszelkich oświadczeń, potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów, jeśli jest to konieczne, reprezentowania Konsorcjum podczas negocjacji”.

Wszystkie trzy pełnomocnictwa zawierają także zastrzeżenie, iż „niniejsze pełnomocnictwo nie uprawnia do udzielania dalszych pełnomocnictw, a w szczególności do przenoszenia niniejszego pełnomocnictwa na inną osobę”.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania 21 października 2010 r. Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Art. 187 ust. 4 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z przepisem art. 187 ust. 6 pzp. Jedną z podstaw odrzucenia odwołania, wskazaną w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia protestu lub odwołania przez podmiot nieuprawniony.

W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, iż brak uprawnienia do wnoszenia środka ochrony prawnej dotyczy zarówno sytuacji, w której protest bądź odwołanie składane są przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika podmiotu protestującego lub odwołującego, jak również sytuacji, w której podmiot korzystający ze środków ochrony

prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniach protestacyjnych, gdyż w ogóle nie jest podmiotem do tego uprawnionym.

Izba stwierdziła w niniejszej sprawie zaistnienie okoliczności złożenia odwołania przez pełnomocnika, który nie miał do tego umocowania.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, iż wnoszenie środków ochrony prawnej, w szczególności odwołania, wymaga co najmniej pełnomocnictwa rodzajowego, które powinno zawierać jako sprecyzowany rodzaj czynności składanie protestów i odwołań w ramach postępowania protestacyjno-odwoławczego (zob. np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2002 r., sygn. akt V Ca 1820/02, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2003 r., sygn. akt V Ca 30/03, wyrok Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 26 sierpnia 2004 r., sygn. akt I Ca 155/04).

Tymczasem z treści wszystkich pełnomocnictw załączonych do odwołania w ogóle nie wynika umocowanie do składania środków ochrony prawnej, gdyż ich zakres ogranicza się do czynności mieszczących się w ramach reprezentowania mocodawcy w konkretnie wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności do prowadzenia negocjacji z Zamawiającym oraz podpisania i złożenia oferty w ramach tego postępowania. Wniesienie odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wszczynające postępowanie odwoławcze, wymaga wyraźnego umocowania, gdyż postępowanie to nie mieści się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, w ramach którego Odwołujący jako wykonawca prowadził negocjacje i złożył ofertę.

Wobec tego stwierdzić należy, iż ALSTOM Power Systems SA z siedzibą w Levallois Perret we Francji skutecznie ustanowił ALSTOM Power spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie pełnomocnikiem do reprezentowania we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 23 ust. 1 pzp, nie obejmując jednak zakresem umocowania wniesienia odwołania. Pomimo tego, iż podpisujący odwołanie Krzysztof Gołąbek dysponował udzielonymi mu odrębnie przez każdą ze spółek pełnomocnictwami, to ich treść jest identyczna i również ogranicza się do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, nie obejmując upoważnienia do wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp, orzekła jak w sentencji.

