

POSTANOWENIE
z dnia 17 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Emil Kuriata

Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, Elbląg, ul. Stoczniowa 2 oraz ALSTOM Power Centrales, Francja, Massy Cedex, Rue Ampere 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **BOT Elektrownia Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu z dnia 20 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, Elbląg, ul. Stoczniowa 2 oraz ALSTOM Power Centrales, Francja, Massy Cedex, Rue Ampere 9 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, Elbląg, ul. Stoczniowa 2 oraz ALSTOM Power Centrales, Francja, Massy Cedex, Rue Ampere 9,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, Elbląg, ul. Stoczniowa 2 oraz ALSTOM Power Centrales, Francja, Massy Cedex, Rue Ampere 9** na rzecz **BOT Elektrownia Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Energetyczna 7**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, Elbląg, ul. Stoczniowa 2 oraz ALSTOM Power Centrales, Francja, Massy Cedex, Rue Ampere 9.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. BOT Elektrownia Bełchatów S.A. prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o zamówienie publiczne na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i 6. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 8 kwietnia 2008 r. za numerem 2008/S 68-092235.

Pismem z dnia 5 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stwierdzając, że warunki udziału w postępowaniu spełnia dwóch wykonawców: Konsorcjum firm: ABB Sp. z o.o. i ABB AG oraz wykonawca EMERSON Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. Pismem z tego samego dnia Zamawiający poinformował wykonawców

o wykluczeniu z postępowania wykonawcy YOKOGAWA Deutschland GmbH oraz Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. i ALSTOM Power Centrales zwane dalej Konsorcjum ALSTOM.

Wykonawca Konsorcjum ALSTOM został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na niezłożenie (mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 13 maja 2008 r.) informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej dwóch członków organu zarządzającego spółki.

Na powyższą czynność protest złożyło w dniu 20 czerwca 2008 r. Konsorcjum ALSTOM stwierdzając, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Protestującego z postępowania została podjęta w oparciu o błędne założenie, że pan Robert M. i pan Gerard P. są członkami zarządu ALSTOM Power Centrales. Protestujący wyjaśnił, że ALSTOM Power Centrales jest spółką francuskiego prawa handlowego i jako taka posiada organy skonstruowane w ramach systemu monistycznego, w którym status członka zarządu posiada osoba określana dyrektorem generalnym lub dyrektorem wykonawczym. Statusu takiego nie posiadają panowie Robert M. i Gerard P.. Powyższa okoliczność, zdaniem Protestującego, jasno wynika z wypisu z rejestru KBIS.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- dokonanie powtórnej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

3

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 27 czerwca 2008 r. (pismem z dnia 26 czerwca 2008 r.) przez jego oddalenie.

Wobec powyższego, w dniu 2 lipca 2008 r. Konsorcjum ALSTOM wniosło odwołanie zarzucając jak w proteście. Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności oddalenia protestu,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w związku ze złożonym przez Zamawiającego wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 i 7 ustawy Pzp, dokonała następujących ustaleń i zważyła, co następuje:

Odwołujący - Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. i ALSTOM Power Centrales otrzymał rozstrzygnięcie protestu dokonane przez Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2008 r. (okoliczność bezsporna), zatem od tej daty należy liczyć pięciodniowy termin na wniesienia odwołania, wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu zostało nadane w placówce pocztowej do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i do Zamawiającego w dniu 2 lipca 2008 r., tj. w ostatnim dniu terminu.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego oraz okazaną kopią odwołania opatrzoną prezentatą, kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego w dniu 7 lipca 2008 r. Dowodu przeciwnego na tę okoliczność Odwołujący nie przeprowadził.

Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, zatem jego niedochowanie wiąże się z konsekwencjami w postaci odrzucenia odwołania. Izba stoi na stanowisku, że termin ten nie został dotrzymany w niniejszym stanie faktycznym. Należy zwrócić uwagę na znaczenie słowa „przekazać”. Zgodnie ze znaczeniem podanym w Nowym słowniku języka polskiego (Warszawa 2002 r.), oznacza ono „podać coś do czyjejś wiadomości, powtórzyć czyjeś polecenie, słowa”. Przekazanie zakłada zatem dotarcie oświadczenia, wiadomości do adresata. Określenie „jednocześnie” oznacza „w tym samym dniu”. Celem ww. regulacji jest zapewnienie zamawiającemu możliwości uzyskania wiedzy o skorzystaniu przez wykonawców ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, a tym samym wiedzy o tym czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty.

Art. 184 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera co prawda dyspozycji, jaką zawiera w swej

4

treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp tj. wypowiedzianego wprost wymogu, aby w terminie na wniesienie odwołania Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Jednakże na taki sam skutek we wniesieniu odwołania wskazuje zdanie drugie ust. 2 art. 184, które stanowi, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Analogicznego skutku ustawa nie przewiduje dla nadania odwołania w placówce pocztowej do Zamawiającego.

Powyższe stanowisko podzielił m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) uznając, iż priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiemu ma służyć ta czynność. Celem tym jest jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem. W ocenie Sądu, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności można mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Odnosząc się do formy przekazania pisma przez jego nadanie w urzędzie pocztowym Sąd stwierdził, iż jest ona zastrzeżona wyłącznie dla czynności wniesienia odwołania, natomiast forma ta nie została przewidziana w przepisach ustawy dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności poprzez przekazanie kopii odwołania, a zatem nie może być domniemywana.

Biorąc pod uwagę, iż przekroczony został termin wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp Izba ustaliła jak poniżej.

Odwołanie wniesione w dniu 2 lipca 2008 r. zostało złożone w imieniu Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. i ALSTOM Power Centrales i podpisane przez pana Piotra M.

Do odwołania załączono dwa pełnomocnictwa: pełnomocnictwo ALSTOM Power Centrales udzielone w dniu 24 kwietnia 2008 r. panu Piotrowi M. oraz pełnomocnictwo ALSTOM Power Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2008 r. udzielone panu Piotrowi M.

Z pierwszego z ww. pełnomocnictw wynika, iż ALSTOM Power Centrales upoważnia pana Piotra Marszałka „do reprezentowania, w tym składania oświadczeń woli, podpisywania i składania dokumentów, oświadczeń, ofert itp., składania wyjaśnień i odbierania informacji w imieniu konsorcjum ALSTOM Power Sp. z o.o. - ALSTOM Power Centrales” w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

5

Zgodnie z drugim z ww. pełnomocnictw, pan Piotr M. został upoważniony przez ALSTOM Power Sp. z o.o. do reprezentowania mocodawcy w sprawie odwołania od oddalenia przez Zamawiającego protestu wniesionego przez Konsorcjum ALSTOM Power Sp. z o.o. - ALSTOM Power Centrales w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, pełnomocnictwo udzielone przez ALSTOM Power Centrales nie jest pełnomocnictwem rodzajowym zawierającym upoważnienie do wniesienia odwołania. Pełnomocnictwo to wyraźnie wskazuje czynności będące jego przedmiotem. Czynności te jednoznacznie ograniczone zostały do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowania odwoławczego nie można zaliczyć do postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem toczy się ono przez innym niż zamawiający podmiotem.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący przedłożył m.in. pełnomocnictwo udzielone w dniu 1 lipca 2008 r. przez ALSTOM Power Centrales panu Piotrowi M. uprawniające pełnomocnika do reprezentowania mocodawcy w sprawie odwołania od decyzji zamawiającego o oddaleniu złożonego przez Odwołującego protestu. Dokonane uzupełnienie braku formalnego w toku posiedzenia należy uznać za skuteczne, brak bowiem podstaw prawnych do odrzucenia odwołania w sytuacji, gdy pełnomocnik w dniu jego wniesienia był umocowany do dokonania tej czynności (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 586/05). Uzupełnienie takie jest tym bardziej skuteczne, że przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania Izba zobowiązana jest badać na posiedzeniu, a nie przed jego otwarciem. Wobec powyższego należy uznać, iż pan Piotr M. był w dacie podpisania odwołania osobą umocowaną przez obu członków Konsorcjum, na mocy pełnomocnictw udzielonych w dniu

1 lipca 2008 r., do wniesienia odwołania. Tym samym wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

6

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

7