

POSTANOWIENIE
z dnia 11 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Izabela Kuciak
Honorata Łopianowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 9 stycznia 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: **ALSTOM Power Sp. z o.o. (lider), ALSTOM Boiler Deutschland GmbH (Niemcy), al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: **PGE Elektrownia Opole S.A., ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów** protestu z dnia 25 listopada 2011 r.

przy udziale Konsorcjum firm: **RAFAKO S.A. (lider), POLIMEX - MOSTOSTAL S.A., MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: **ALSTOM Power Sp. z o.o. (lider), ALSTOM Boiler Deutschland GmbH (Niemcy), al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum firm: **ALSTOM Power Sp. z**

o.o. (lider), ALSTOM Boiler Deutschland GmbH (Niemcy), al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,

- 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. (lider), ALSTOM Boiler Deutschland GmbH (Niemcy), al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** na rzecz **PGE Elektrownia Opole S.A., ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **17 778 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum firm: **ALSTOM Power Sp. z o.o. (lider), ALSTOM Boiler Deutschland GmbH (Niemcy), al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa.**

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

Zamawiający: PGE Elektrownia Opole S.A. z siedzibą w Bełchatowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem w przedmiocie: „Budowa bloków energetycznych nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Opole S.A.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/S 179-257324 w dniu 17 września 2009 r. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 15 września 2009 r. przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego.

Zamawiający w dniu 17 listopada 2011 r. powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum firm: RAFAKO S.A. w Raciborzu, POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. w Warszawie, MOSTOSTAL WARSZAWA S.A w Warszawie. Zamawiający powiadomił także o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie, ALSTOM Power Systems GmbH (Niemcy), uznając, iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Power Systems GmbH (zwane dalej także „Konsorcjum ALSTOM”) wniosło protest wobec powyższych czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art 61 § 1 zd. 2 k.c. w związku z art. 14 Pzp, przez błędne przyjęcie, iż dokonane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp czynności zamawiający może następnie jednostronnie uznać za nieważne,
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż nieścisłości występujących w treści oferty Konsorcjum ALSTOM nie można zakwalifikować jako innych omyłek lub omyłek pisarskich podlegających poprawieniu w trybie przewidzianym przez te przepisy,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 65 k.c. i art. 14 Pzp, przez jego bezprawne zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty Konsorcjum ALSTOM nie była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, bowiem stwierdzone w ofercie drobne nieścisłości winny podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
4. art. 7 ust 1 i 3 Pzp, przez podjęcie czynności podważających zaufanie wykonawców do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania,
5. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Konsorcjum: RAFAKO S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL S.A., MOSTOSTAL Warszawa S.A. w dniu 1 grudnia 2011 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2011 r. oddalił protest w całości, jako niezasadny.

Konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Boiler Deutschland GmbH, ze wskazaniem, że podmiot „ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” jest członkiem konsorcjum – dawniej ALSTOM Power Systems GmbH, wniosło odwołanie, podtrzymując wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Odwołujący wyjaśnił w odwołaniu, iż w dniu 30 listopada 2011 r. doszło do zmiany podmiotowej w ramach Konsorcjum ALSTOM będącego uczestnikiem postępowania o zamówienie. We wskazanym dniu część przedsiębiorstwa „ALSTOM Power Systems” GmbH, w tym całość działalności związanej z kotłami (bojlerami), została skutecznie wydzielona z tej spółki i przeniesiona, zgodnie z § 131 niemieckiej ustawy o przekształceniach, na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH, a w związku z powyższym doszło do sukcesji generalnej wszelkich praw i obowiązków z „ALSTOM Power Systems” GmbH na „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH w zakresie całości działalności związanej z kotłami (bojlerami), w co wchodzi również udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na dowód powyższego odwołujący złożył: potwierdzony notarialnie wyciąg z niemieckiego rejestru handlowego wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski (Załącznik nr 5 do odwołania) oraz

zaświadczenie notarialne, zgodne z § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski, potwierdzające, zdaniem odwołującego, wystąpienie sukcesji generalnej.

W dniu 5 stycznia 2012 r. Konsorcjum: RAFAKO S.A., POLIMEX-M05TOSTAL S.A., MOSTOSTAL Warszawa S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, przy czym do rozpoznania odwołania zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

Izba postanowiła dopuścić przystępującego Konsorcjum: RAFAKO S.A., POLIMEX-M05TOSTAL S.A., MOSTOSTAL Warszawa S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Izba uznała, że przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego wykazując interes prawny w przystąpieniu po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 184 ust. 4 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym z treści oferty złożonej przez Konsorcjum ALSTOM, w skład konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wchodzi dwóch wykonawców, tj. ALSTOM Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz ALSTOM Power Systems GmbH (członek konsorcjum) z siedzibą w Mannheim (Niemcy).

W dniu 19 grudnia 2011 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawców działających w ramach konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz ALSTOM Boiler Deutschland GmbH. W treści odwołania wskazano, że spółka ALSTOM Boiler Deutschland GmbH jest członkiem konsorcjum – „dawniej ALSTOM Power Systems GmbH”.

Do odwołania załączono pełnomocnictwo z dnia 16 grudnia 2011 r. udzielone przez „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH p. Andrzejowi O. i Wojciechowi K., którzy podpisali odwołanie. W treści pełnomocnictwa wskazano, że „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH występuje w przedmiotowym postępowaniu „jako członek konsorcjum złożonego z firm: 1) „ALSTOM Power” Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i 2) „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH (członek konsorcjum, dawniej „ALSTOM Power Systems” GmbH)”. Załączono także

pełnomocnictwo z dnia 18 listopada 2011 r. udzielone przez „ALSTOM Power” Sp. z o.o. p. Andrzejowi O. i Wojciechowi K., w treści którego wskazano, że „ALSTOM Power” Sp. z o.o. występuje w przedmiotowym postępowaniu „jako lider konsorcjum złożonego z firm: 1) „ALSTOM Power” Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i 2) „ALSTOM Power Systems” GmbH (członek konsorcjum)”.

Ponadto, wraz z odwołaniem wykonawcy złożyli dokument z dnia 16 grudnia 2011 r. „Poświadczenie na podst. § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego (BnotO)” z tłumaczeniem uwierzytelnionym z języka niemieckiego, potwierdzający wpis w Rejestrze Handlowym B Sądu Rejonowego w Mannheimie, według stanu na dzień 1 grudnia 2011 r., pod nr HRB 700006, spółki „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH. Z powyższego dokumentu wynika, że Spółka działa na podstawie umowy spółki z dnia 13 kwietnia 1965 r., zmienionej ostatnio uchwałą z dnia 24 listopada 2011 r. W pkt 6 lit. b tego dokumentu wskazano także, że spółka „ALSTOM Power Systems” GmbH z siedzibą w Mannheimie wyodrębniła ze swego majątku w drodze wydzielenia stosownie do umowy o podziale i przejęciu z 24 listopada 2011 r. oraz uchwał zgromadzeń wspólników podmiotów prawnych uczestniczących w tej czynności z 24 listopada 2011 r. prowadzoną przez nią z zakładu w Stuttgarcie „działalność boilerową” (Business Units 3917 oraz 4295) na Spółkę (przejmujący podmiot prawny) (wydzielone w celu włączenia), z adnotacją „Odsyła się do dokumentów złożonych w sądzie.” W pkt 7 lit. a ww. poświadczenia wskazana została „data ostatniego wpisu: 30.11.2011 r.”

Do odwołania załączono także „Zaświadczenie stosownie do § 21 Federalnego Kodeksu Notarialnego (BnotO)” z dnia 9 grudnia 2011 r. wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym z języka niemieckiego, poświadczające na podstawie wglądu do Rejestru Handlowego Sądu Rejonowego w Mannheim z dnia 30 listopada 2011 r., że „ALSTOM Power Systems” GmbH jako przenoszący podmiot prawny wyodrębnił ze swego majątku w drodze wydzielenia stosownie do umowy o podziale i przejęciu z 24 listopada 2011 r. prowadzoną przez niego z zakładu w Stuttgarcie „działalność boilerową” na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH jako przejmujący podmiot prawny (wydzielenie w celu włączenia). Dnia 30 listopada 2011 r. podział został wpisany do rejestru obu spółek i tym samym stał się skuteczny. W dokumencie tym stwierdzono także, że „Stosownie do § 131 niemieckiej ustawy o przekształceniach (UmwG) wraz z wpisem podziału do rejestru handlowego prowadzonego dla przenoszącego podmiotu prawnego wydzielona część majątku jako całość stosownie do przewidzianego w umowie o podziale sposobu podziału przechodzi wraz ze wszystkimi aktywami i pasywami na przejmujący podmiot prawny jako następcę prawnego.”

W oparciu o treść powyższych dokumentów Izba stwierdziła, że do odwołania nie zostały załączone dokumenty potwierdzające, że podmiot „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH - wskazany w odwołaniu jako jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie

o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum ALSTOM - jest następcą prawnym podmiotu „ALSTOM Power Systems” GmbH w zakresie wszelkich praw i zobowiązań wynikających z udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym - wynikających ze złożenia w tym postępowaniu oferty. W szczególności, Izba zważyła, że załączone do odwołania dokumenty jednoznacznie potwierdzają, że przedmiotem przeniesienia pomiędzy wskazanymi powyżej podmiotami była wydzielona ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH „część majątku jako całość stosownie do przewidzianego w umowie o podziale sposobu podziału przechodzi wraz ze wszystkimi aktywami i pasywami [...], określona jako „działalność boilerowa”. Załączone do odwołania dokumenty nie zawierają wyjaśnienia zakresu ww. działalności, określonej jako „boilerowa” lub „kotłowa”. Ponadto, dokumenty te zawierają wprost odesłanie do „umowy o podziale” wskazując, że „wydzielona część majątku jako całość stosownie do przewidzianego w umowie o podziale sposobu podziału” przechodzi na następcę prawnego. Na podstawie złożonych dokumentów nie sposób zatem stwierdzić jednoznacznie jaka część majątku i związanych z nim aktywów i pasywów została przeniesiona ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH. Załączone do odwołania dokumenty nie potwierdzają tym samym, że podmiot „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH może być uznany za następcę prawnego spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH w zakresie praw i zobowiązań wynikających ze stosunku prawnego łączącego ten podmiot z zamawiającym prowadzącym przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. O ile sukcesja generalna (ogólna) stanowi przeniesienie wszystkich praw i zobowiązań danego podmiotu na inny podmiot, to sukcesja częściowa (i w tym zakresie uniwersalna) przenosi tylko te prawa i obowiązki spółki dzielonej, stanowiące część jej majątku, które wyraźnie zostały określone w planie podziału (umowie o podział), a w związku z powyższym przeniesienie określonych praw i zobowiązań wymaga wyraźnego przypisania ich następcy prawnemu. Brak przypisania określonych praw i zobowiązań w umowie o podział do podmiotu dzielonego lub podmiotu będącego następcą prawnym oznacza, że w przypadku gdy następuje wydzielenie części majątku z podmiotu dzielonego, to prawa te (wyraźnie nie określone) pozostają przy podmiocie dzielonym. Jak wynika z załączonych do odwołania omówionych wyżej dokumentów, w analizowanym stanie faktycznym przeniesienie części majątku spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH do spółki „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH nastąpiło w wyniku „wydzielenia” części majątku ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH, a zakres praw i zobowiązań przeniesionych na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH wynika z umowy o podział. Tymczasem, jak wynika z treści „Umowy podziału i przejęcia pomiędzy ALSTOM Power Systems GmbH a ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” z dnia 24.11.2011 r., której kopię przedłożył do akt sprawy zamawiający, umowa ta nie określa wprost przeniesienia praw i zobowiązań związanych z udziałem spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH w przedmiotowym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH. Stosownie do postanowień Umowy (§ 2 ust. 1 i 2), wydzielenie celem przejęcia pomiędzy spółkami nastąpiło w trybie § 123 ust. 2 pkt 1 ustawy o przekształceniach spółek, według prawa niemieckiego. Podziałem zostały objęte wszystkie istniejące i zgodne z Bilansem Wydzielenia przyporządkowane „działalności kotłowej /pionowi kotłowemu/” aktywa i pasywa spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH oraz przynależne stosunki prawne, w szczególności stosunki umowne z osobami trzecimi, wraz ze wszystkimi prawami i obowiązkami na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland” GmbH” (Bilans Wydzielenia został sporządzony na dzień 31 marca 2011 r.). Z § 2 ust. 5 Umowy wynika, iż w razie wątpliwości, które nie dadzą się wyjaśnić nawet w ramach wykładni niniejszej umowy, obowiązuje zasada, że składniki majątkowe, zobowiązania, umowy i pozycje prawne, których nie da się przyporządkować stosując zasady określone w umowie – pozostają w spółce przenoszona.

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec braku wykazania przez odwołującego, że stosunki prawne, wynikające z udziału Konsorcjum ALSTOM w przedmiotowym postępowaniu (zamówienie w przedmiocie: „Budowa bloków energetycznych nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Opole S.A.”) należy przyporządkować działalności kotłowej /pion kotłowy/, która była przedmiotem przeniesienia ze spółki „ALSTOM Power Systems” GmbH na spółkę „ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” Izba uznała, że odwołujący nie wykazał tym samym, iż powyższe prawa i zobowiązania nie pozostały przy spółce „ALSTOM Power Systems” GmbH, która zgodnie z wpisem do Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego Mannheim (wydruk według stanu danych z dnia 27 grudnia 2011 r., złożony do akt sprawy przez zamawiającego) nadal prowadzi działalność gospodarczą, przy czym przedmiot przedsiębiorstwa nie uległ zmianie. W wierszu nr 32 rubryka 6 lit b (inne powiązania prawne) widnieje wpis „Ta spółka (przenoszący podmiot prawa) w trybie wydzielenia stosownie do Umowy podziału i przejęcia z dnia 24.11.2011 r. i uchwał zgromadzeń uczestniczących podmiotów prawa z 24.11.2011 r. przeniosła prowadzoną przez nią działalność kotłową /pion kotłowy/ jednostki biznesowe /Business Units 3917 i 4295) na spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością „ALSTOM Boiler Deutschland GmbH” Mannheim /Amtsgericht Mannheim HRB 700006) (Wydzielenie celem przyjęcia). Odsyła się do dokumentów złożonych w sądzie.”

Uwzględniając powyższe Izba postanowiła jak sentencji na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, uznając, iż na etapie wniesienia odwołania nie została wykazana tożsamość podmiotowa wykonawcy, który bierze udział w przedmiotowym postępowaniu (vide: wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r. sygn. akt V CK 97/03)

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 ze zm.) 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:

.....

.....