

WYROK
z dnia 31 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

Protokolant : Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego dnia 14 stycznia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hitachi Power Europe GmbH (lider) Schifferstraße 80, 47059 Duisburg, Niemcy oraz Budimex S.A. ul. Stawki 40 , 01 - 040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, ul. 1 Maja 63, 97- 400 Bełchatów.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ALSTOM Power Systems GmbH, ALSTOM Power Systems S.A., z siedzibą Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienia po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hitachi Power Europe GmbH (lider) Schifferstraße 80, 47059 Duisburg, Niemcy oraz Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 kwietnia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2010 r. pod poz. S/204- 311811- 2010-PL.

W dniu 14 stycznia 2013 roku odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Hitachi Power Europe GmbH (lider) oraz Budimex S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od zaniechania przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. tj. zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum firm ALSTOM Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider), ALSTOM Power Systems GmbH z siedzibą w Mannheim, Niemcy, ALSTOM Power Systems S.A. z siedzibą w Levallois Perret Cedex, Francja oraz PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania (zwanym dalej Konsorcjum ALSTOM i PBG) oraz zaniechania unieważnienia zaproszenia do złożenia oferty ostatecznej przez tego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ALSTOM i PBG z udziału w postępowaniu, pomimo, iż w stosunku do PBG S.A. - członka Konsorcjum ALSTOM i PBG, wydane zostało postanowienie o upadłości;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie unieważnienia czynności zaproszenia do złożenia oferty ostatecznej przez Konsorcjum ALSTOM i PBG i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadzić może do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania, odwołujący podniósł, że w dniu 13 czerwca 2012 r. Sąd Rejonowy Poznań - Stare Miasto w Poznaniu, XI Wydział Gospodarczy do spraw upadłościowych i naprawczych wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości PGB S.A. z możliwością zawarcia układu. Do dnia wniesienia przedmiotowego odwołania

postanowienie to nie zostało uchylone, ani też nie został zawarty układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu. Na dowód czego odwołujący załączył wydruk KRS PBG S.A. w upadłości według stanu na dzień 14.01.2013 r. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania, w tym do dnia 4 stycznia 2013 r., tj. dnia upływu terminu składania ofert ostatecznych i terminu ich otwarcia, zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum ALSTOM i PBG, ani też czynności unieważnienia zaproszenia do złożenia oferty ostatecznej. Zdaniem odwołującego zamawiający bezpodstawnie zaniechał czynności wykluczenia Konsorcjum ALSTOM i PBG z udziału w postępowaniu, mimo zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto odwołujący wskazał na art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nie budzi zatem wątpliwości, iż ocena, czy wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania powinna zostać dokonana odrębnie wobec każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zaś skutek zaistnienia jednej z przesłanek wymienionych w art. 24 ustawy Pzp będzie odnosił się łącznie do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W sytuacji zatem, gdy wobec jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członka konsorcjum) ogłoszona została upadłość, to całe konsorcjum podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż w przedmiotowym przypadku nie zachodzą okoliczności wyłączające obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj. nie zawarto układu zatwierdzonego prawomocnym postanowieniem sądu.

Odwołujący zwrócił także uwagę na okoliczność, że zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a ponadto - do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp). Z powyższych zasad wywodzić należy, iż w sytuacji, gdy w toku postępowania nastąpi zmiana sytuacji wykonawcy mająca wpływ na ocenę sytuacji podmiotowej wykonawcy, zamawiający ma obowiązek dokonać ponownej oceny. Uznać należy, iż sprzeczne z powyższymi zasadami byłoby bowiem udzielenie zamówienia wykonawcy, który podlegał obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Odwołujący podzielił w pełni stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 3 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1275/12), iż w przypadku, gdy zamawiający w toku postępowania, jednak już po dokonaniu weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, poweźmie informacje o podstawie wykluczenia wynikającej ze zmiany statusu publicznoprawnego wykonawcy, zobowiązany jest poddać te informacje badaniu.

W przedmiotowej sytuacji, wobec faktu, iż ogłoszenie upadłości członka Konsorcjum ALSTOM nastąpiło już po etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nawet po zaproszeniu do składania ofert ostatecznych, zamawiający zobowiązany był wykluczyć Konsorcjum ALSTOM i PBG z udziału w postępowaniu i unieważnić czynność zaproszenia Konsorcjum do złożenia oferty. Nie dopuszczenie Konsorcjum do dalszego udziału w postępowaniu skutkować powinno w następstwie odrzuceniem oferty złożonej przez konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum ALSTOM i PBG, a następnie unieważnienia czynności zaproszenia do złożenia oferty ostatecznej przez to Konsorcjum.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło swoje przystąpienie konsorcjum ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ALSTOM Power Systems GmbH, ALSTOM Power Systems S.A.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału tj. do dnia 28 grudnia 2010 roku wpłynęły wnioski następujących wykonawców:

1. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SNC - Lavalin Polska Sp. z o.o., Warbud S.A.
2. Shanghai Electric Group Company Limited (SEC),
3. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Power Systems GmbH, ALSTOM Power Systems S.A., PBG S.A.,
4. Doosan Power Systems Limited
5. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hitachi Power Europe GmbH (lider) oraz Budimex S.A.
6. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: RAFAKO S.A., Polimex - Mostostal S.A., Mostostal Warszawa S.A.,

W dniu 6 kwietnia 2011 roku zamawiający przekazał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś w dniu 1 czerwca 2011 roku skierował zaproszenia do składania ofert wstępnych, a następnie po przeprowadzeniu negocjacji zaprosił w dniu 11 maja 2012 roku trzech wykonawców do złożenia ofert ostatecznych: wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Power Systems GmbH,

ALSTOM Power Systems S.A., PBG S.A. (dalej konsorcjum Alstom i PBG) oraz Doosan Power Systems Limited a także wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hitachi Power Europe GmbH (lider) oraz Budimex S.A. Do upływu terminu wyznaczonego na złożenie ofert ostatecznych tj. do dnia 4 stycznia 2013 roku wpłynęły do zamawiającego oferty następujących wykonawców: wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hitachi Power Europe GmbH (lider) oraz Budimex S.A. z ceną 4 722 175 410 zł a także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ALSTOM Power Systems GmbH, ALSTOM Power Systems S.A. z ceną 4 965 313 236,90 zł. (dalej konsorcjum Alstom).

Dnia 13 czerwca 2012 r. Sąd Rejonowy Poznań - Stare Miasto w Poznaniu, Wydział XI Gospodarczy do Spraw Upadłościowych i Naprawczych wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości PBG S.A. (jednego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Alstom PBG) z możliwością zawarcia układu. Powyższe postanowienie zostało opublikowane dnia 21 czerwca 2012 roku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym Nr 119/2012, pod pozycją 8385.

Izba ustaliła, że do dnia rozprawy zamawiający nie dokonał jeszcze oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania.

Nie zasługuje na uwzględnienie wniosek zgłoszony przez zamawiającego i popierany przez przystępującego konsorcjum Alstom co do zaistnienia przesłanki, wynikającej z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp polegającej na wniesieniu odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Izba nie podzieliła poglądu zaprezentowanego przez zamawiającego, że termin na wniesienie odwołania na zaniechanie wykluczenia konsorcjum Alstom i PBG, w sytuacji gdy ogłoszenie upadłości członka konsorcjum nastąpiło po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nawet po zaproszeniu do składania ofert ostatecznych, należy liczyć od dnia opublikowania postanowienia o ogłoszeniu upadłości w Monitorze Sądowym i Gospodarczym tj. od dnia 21 czerwca 2012 roku. Przyjęcie za słuszne takiego stanowiska oznaczałoby konieczność przypisania zamawiającemu obowiązku wykluczenia wykonawcy, w stosunku do którego ogłoszono upadłość po ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ściśle określonym terminie, liczonym od opublikowania postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Tymczasem o zaniechaniu dokonania czynności przez zamawiającego można mówić dopiero wówczas, gdy zamawiający mimo ciążącego na nim obowiązku

dokonania danej czynności, uchyla się od jej wykonania. W zaistniałym stanie faktycznym, w sytuacji gdy ogłoszenie upadłości jednego z członków konsorcjum nastąpiło już po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału i po zaproszeniu do składania ofert ostatecznych, ustawa nie nakłada na zamawiającego obowiązku wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu w jakimś ściśle określonym, konkretnym terminie.

Zasadą, wynikającą z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp jest stwierdzenie braku podstaw wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Niewątpliwie jednak w sytuacji ujawnienia, już po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający winien wziąć je pod uwagę i podjąć działania, mające na celu niedopuszczenie do podpisania umowy z wykonawcą niewiarygodnym, niezdolnym do wykonania zamówienia i podlegającym wykluczeniu. Celem bowiem art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest ochrona interesu publicznego w związku z ryzykiem powierzenia realizacji zamówienia publicznego wykonawcy, który stał się niewypłacalny i nie wykonuje swoich zobowiązań.

Izba ocenia zgodność czynności dokonanych przez zamawiającego w toku postępowania na dzień ich dokonania. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy że czynność zaproszenia do składania ofert ostatecznych, w tym skierowanie zaproszenia do złożenia oferty przez konsorcjum Alstom i PBG było prawidłowe, bowiem na dzień dokonania tych czynności tj. na dzień 11 maja 2012 roku, nie była znana jeszcze okoliczność ogłoszenia upadłości członka konsorcjum. Ogłoszenie upadłości PBG w dniu 21 czerwca 2012 roku pozostaje zatem bez wpływu na ocenę zgodności wcześniej dokonanych działań zamawiającego. Powyższe czyni niemożliwym spełnienie żądania odwołującego nakazania unieważnienia czynności zaproszenia do złożenia oferty przez konsorcjum Alstom i PBG.

Izba, wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp). Z akt sprawy wynika, że ofertę ostateczną w postępowaniu złożyło konsorcjum Alstom, bez udziału PBG S.A., co powoduje że z całą pewnością nie istnieje wskazywane przez odwołującego zagrożenie ewentualnego podpisania umowy z konsorcjum, w skład którego wchodzi podmiot, co do którego ogłoszono upadłość.

Kwestia zaistniałych zmian podmiotowych w składzie konsorcjum Alstom i PBG oraz możliwości złożenia oferty ostatecznej przez konsorcjum Alstom, bez udziału PBG nie została objęta rozpatrywanym odwołaniem i nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy 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:

.....

.....

.....