

**Postanowienie  
z dnia 12 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie:** Jolanta Markowska  
Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 8 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

**1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BINŻ” S.A. (dawniej: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o.), ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów (lider konsorcjum); 2) ERGIS-EUROFILMS S.A., ul. Tamka 16, 00-349 Warszawa; 3) GRILTEX POLSKA Sp. z o.o., ul. Malwowa 154, 60-185 Poznań,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego – **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5**, protestu z dnia 3 kwietnia 2009 r.,

przy udziale wykonawcy – **konsorcjum firm: Energomontaż Północ Bełchatów Sp. z o.o. (lider konsorcjum), ul. Montażowa 2, 97-427 Rogowiec; Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., ul. Czarny Dwór 8A, 80-365 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża:

**1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BINŻ” S.A. (dawniej: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o.), ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów (lider konsorcjum); 2) ERGIS-EUROFILMS S.A., ul. Tamka 16, 00-349 Warszawa; 3) GRILTEX POLSKA Sp. z o.o., ul. Malwowa 154, 60-185 Poznań**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BINŻ” S.A. (dawniej: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o.), ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów (lider konsorcjum); 2) ERGIS-EUROFILMS S.A., ul. Tamka 16, 00-349 Warszawa; 3) GRILTEX POLSKA Sp. z o.o., ul. Malwowa 154, 60-185 Poznań;**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez: **1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BINŻ” S.A. (dawniej: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o.), ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów (lider konsorcjum); 2) ERGIS-EUROFILMS S.A., ul. Tamka 16, 00-349 Warszawa; 3) GRILTEX POLSKA Sp. z o.o., ul. Malwowa 154, 60-185 Poznań;** na rzecz **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
  
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
  
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BINŻ” S.A. (dawniej: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o.), ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów (lider konsorcjum); 2) ERGIS-EUROFILMS S.A., ul. Tamka 16, 00-349 Warszawa; 3) GRILTEX POLSKA Sp. z o.o., ul. Malwowa 154, 60-185 Poznań.**

## Uzasadnienie

**Zamawiający - PGE Elektrownia Bełchatów S.A.** – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na roboty budowlane, których przedmiotem jest – „Wykonanie infrastruktury technicznej i uszczelnienia zbiornika nr 3 na składowisku odpadów paleniskowych „Zwałowisko”.”

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008 / S 91-123806 z dnia 10 maja 2009 r.

**Odwołujący** - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

**1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BINŻ” S.A. (dawniej: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o.), (lider konsorcjum), 2) ERGIS-EUROFILMS S.A., 3) GRILTEX POLSKA Sp. z o.o.,** wniósł w dniu 3 kwietnia 2009 r. (pismo z dnia 2 kwietnia 2009 r.) protest na czynności Zamawiającego.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie ustawowym, określonym w art. 183 ust. 1 pkt 4 Pzp, co powoduje uznanie, że protest został oddalony – art. 183 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie, składając pismo w Urzędzie Pocztowym Warszawa 81, w dniu 23 kwietnia 2009 r., w którym powtórzył zawarte w proteście zarzuty wobec Zamawiającego, w przedmiocie naruszenia przepisów Pzp, w wyniku dokonania i zaniechania czynności, formułując je następująco: naruszenie art. 7, art. 24, art. 85, art. 89, art. 92, art. 93, art.182 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających, poprzez:

- 1) wykluczenie z postępowania Odwołującego i odrzucenie jego oferty, pomimo, iż w dniu, w którym Zamawiający dokonywał czynności wykluczenia z postępowania był w posiadaniu oświadczenia Odwołującego o przedłużeniu okresu związania ofertą oraz oferta ta była zabezpieczona wadium,
- 2) zaniechanie wykonania wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP1383/08), zgodnie z którym Zamawiający miał dokonać ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie jednoczesnego dokonania czynności wykluczenia z postępowania, odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie,
- 3) zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo upływu terminu związania ofertą wszystkich wykonawców, a zatem brak możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł (tak jak w proteście) o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i zawarcie z nim umowy, ewentualnie,
- 4) unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał m.in., że jest wykonawcą w rozumieniu Pzp i złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Legitymuje się posiadaniem interesu prawnego we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż w wyniku niezgodnych z Pzp czynności Zamawiającego, polegających w szczególności na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia, czym naruszył jego interes prawny. Okoliczność ta stanowi przesłankę uprawniającą do skorzystania za środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust.1 i następane Pzp.

Postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie ustawy nowelizującej Pzp, zatem do oceny czynności Zamawiającego mają zastosowanie przepisy w brzmieniu sprzed dnia 24 października 2008 r.

Z treści art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wynika, że Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, nie wynika natomiast podstawa wykluczenia z postępowania, gdy zamawiający nie wezwał wykonawcy do wniesienia przedłużonego wadium. Jednocześnie, jak podniósł Odwołujący, w chwili dokonywania czynności wykluczenia go z postępowania, Zamawiający dysponował oświadczeniem o przedłużeniu związania ofertą oraz wadium wniesionym przez Odwołującego. Odwołujący jest związany cały czas ofertą i jest ona zabezpieczona wadium. W dniu 25 marca 2009 r. Odwołujący złożył u Zamawiającego oświadczenie przedłużające okres związania ofertą wraz aneksem przedłużającym ważność gwarancji wadium do 5 maja 2009 r. Przedłożony przez niego aneks datowany jest na dzień 6 marca br., a tym samym oferta Odwołującego przez cały czas była zabezpieczona wadium, mimo złożenia Zamawiającemu aneksu w dniu 25.03.2009 r. Odwołujący przedłużył termin związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium. Przepis art. 85 Pzp nie przewidywał wprost tej możliwości, więc Wykonawca miał swobodę, co do terminu, w jakim złoży oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą wraz zabezpieczeniem.

Z treści art. 46 ust. 3 Pzp wynika, iż oferta nie musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania, istnieje bowiem możliwość wezwania Wykonawców do jego ponownego wniesienia. Przepis art. 181 ust. 2a Pzp stanowi, iż Zamawiający (...) wzywa wykonawców,

pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium. Z przepisu tego wynika zatem, iż przyczyną wykluczenia jest zachowanie się wykonawcy w sposób niezgodny z żądaniem zamawiającego. Jeżeli jednak żądanie nie było wyrażone przez Zamawiającego, to wykluczenie nie może nastąpić - byłaby to wykładnia sprzeczna z intencją ustawodawcy. Rygor wykluczenia z postępowania istnieje tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanki wezwania wykonawców. Nie może być zatem mowy o wykluczeniu z postępowania, jeżeli wezwanie wykonawców do przedłużenia wadium nie miało miejsca.

Zamawiający nie wykonał wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2008 r. do czego zobowiązywał go przepis art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp. W myśl uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2005 r. sygn. akt III CZP 85/05, wyrok KIO (poprzednio Zespół Arbitrów) jest skuteczny i wykonalny od chwili jego wydania, tym samym od dnia 16 grudnia 2008 r. Zamawiający pozostaje w zwłoce z wykonaniem ww. wyroku. Wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy stanowi upływ z dniem 6.03.2009 r., zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu okresu związania ofertą (na taki okres związania Zamawiający wzywał wykonawców). Zamawiający nie może, niektórym z wykonawców zaakceptować przedłużenia okresu związania ofertą a innym nie, gdyż stanowiłoby to rażące naruszenie naczelných zasad systemu prawa zamówień publicznych tj. równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W świetle art. 85 ust. 2 Pzp, w brzmieniu sprzed nowelizacji, uprawnionym do zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą był wyłącznie Zamawiający. Uprawnienie to przysługiwało Zamawiającemu tylko jeden raz, na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą, przy czym żądanie przedłużenia terminu musiało dotyczyć oznaczonego okresu, nie dłuższego niż 60 dni.

Skoro, jak sam Zamawiający wskazał, skorzystał już z możliwości wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, nie mógł ponownie wezwać wykonawców do przedłużenia tego terminu. Wykonawcy samodzielnie nie mogli dokonać skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą. Gdyby taka możliwość istniała pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów, nie byłoby konieczności dokonywania nowelizacji art. 85 ustawy.

Przedłużenie terminu związania ofertą z inicjatywy wykonawcy jest więc niemożliwe. Z przytoczonego w odwołaniu orzecznictwa wynika, że nie jest możliwe ani przedłużenie z "własnej inicjatywy" terminu związania ofertą ani zawarcie umowy po upływie tego terminu. Powyższą tezę potwierdza również jednolite na gruncie art. 85 Pzp, w brzmieniu sprzed nowelizacji, orzecznictwo ZA.

W przypadku podtrzymania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, koniecznym będzie unieważnienie postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - **konsorcjum firm: Energomontaż Północ Bełchatów Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o.**, po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego, dopuszczonych do udziału w posiedzeniu niejawnym, ustaliła, co następuje.**

Na mocy wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1383/08, wydanego w sprawie odwołania wniesionego przez obecnego Odwołującego, podważającego wybór najkorzystniejszej oferty, Zamawiający został zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym do wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano, jako najkorzystniejszą - konsorcjum firm: Energomontaż Północ Bełchatów Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyrok KIO został zaskarżony przez obecnego Odwołującego do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim, który wyrokiem z dnia 23 lutego 2009 r. sygn. akt II Ca 39/09 oddalił skargę.

Komisja przetargowa dokonała oceny merytorycznej trzech ofert, w tym oferty Odwołującego i Przystępującego, jednak Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający pismem z dnia 24.03.2009 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w związku z nie przedłużeniem ważności wadium oraz terminu związania ofertą, który upłynął w dniu 6 marca 2009 r. Poinformował, że na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp uznaje ofertę za odrzuconą. Jednocześnie w piśmie tym podał, że zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp zwracał się pismem FU.290-16/ZP/08 z dnia 7 stycznia 2009 r. z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 6 marca 2009 r. Odwołujący przedłużył ważność swojej oferty oraz ważność wadium do tego dnia. Nie przedłużył na dalszy okres trwającego postępowania. W myśl art. 85 ust. 2 Pzp Zamawiający może zwrócić się jeden raz do wykonawców o przedłużenie ważności wadium, pozostałe przypadki należą do wykonawcy. W ocenie Zamawiającego, inicjatywa wykonawcy w przedmiocie przedłużenia ważności wadium nie budziła wątpliwości również w

poprzednim stanie prawnym, tj, przed nowelizacją Pzp obowiązującą od dnia 24 października 2008 r.

Pismem wniesionym do Zamawiającego w dniu 25 marca 2009 r., Odwołujący przedłużył ważność oferty Nr 2/BEG/2008 do dnia 5 maja 2009 r. Załączył pismo NORDEA BANK POLSKA S.A. CENTRALA z siedzibą w Kielcach z dnia 6 marca 2009 r., którego treścią jest zmiana nr 1 do gwarancji przetargowej nr FGW-PLN-ZOKK1-09-000022 z dnia 15 stycznia 2009 r. Bank przedłużył termin ważności gwarancji z dnia 6 marca 2009 r. do dnia 5 maja 2009 r.

Przystępujący zawarł w piśmie zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 i 4 Pzp. Uzasadnił swoje stanowisko wniesieniem protestu z uchybieniem terminu w zakresie żądania unieważnienia postępowania, z powodu upływu terminu związania ofertami i ważności wadium z dniem 6.03.2009 r. Skoro Odwołujący wiedział w dniu 6.03.2009 r. o upływie z tym dniem powyższych terminów, to 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, upłynął w dniu 16.03.2009 r. Natomiast drugi zarzut uzasadnił tym, że Odwołujący nie zabezpieczając swojej oferty wadium na okres od dnia 7.03.2009 r. do 24.03.2009 r., utracił status wykonawcy w postępowaniu i wniesiony protest i odwołanie, jest czynnością dokonaną przez podmiot nieuprawniony. Wskazał również na brak podstaw do unieważnienia postępowania.

Zamawiający złożył na posiedzeniu wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 i 4 Pzp. Wskazał, iż Odwołujący wnosząc protest nie był uprawniony do tej czynności, z tego powodu, że z dniem 6 marca 2009 r. upłynął termin ważności wadium. Wadium zostało wniesione w dniu 25 marca 2009 r., a więc w okresie od 7 do 24 marca 2009 r. oferta nie była zabezpieczona wadium, a zatem oferta nie była ważna, ponieważ jej ważność utraciła moc z dniem 6 marca 2009 r.

Ponadto stwierdził, że pełnomocnik Odwołującego działający na mocy pełnomocnictwa udzielonego m.in. przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o. o. (lider konsorcjum), nie był umocowany do wniesienia protestu, jak i odwołania w imieniu konsorcjum, w skład którego wchodzi obecnie przedsiębiorstwo, jako spółka akcyjna. Zamawiający stwierdził, że termin wniesienia protestu w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, został zachowany, nie został natomiast zachowany termin podniesienia zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania oraz wykonania wyroku KIO z dnia 16.12.2008 r. sygn. akt 1383/08. Terminy na dokonanie tych czynności upłynęły najpóźniej w dniu 06.03.2009 r.

Odwołujący okazał odpis KRS spółki akcyjnej, zaświadczenie i postanowienie Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 2.01.2009 r. o wpisie do KRS przedsiębiorstwa pod nową nazwą – Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Projektowe „BINŻ” S.A. Z postanowienia - dział 1, rubryka 6 „Sposób powstania spółki” oraz podrubryka 1. ”Podmioty, z których powstała spółka” wynika, że nastąpiło przekształcenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w spółkę akcyjną na mocy uchwały wspólników z dnia 22.12.2008r.

Przystępujący podtrzymał stanowisko Zamawiającego oraz swoje, wyrażone w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, ponawiając wniosek o odrzucenie odwołania z przyczyn upływu terminu oraz wniesienia protestu i odwołania przez podmiot nieuprawniony i podał, że zgodnie z art. 101 k.c. pełnomocnictwo wygasa z chwilą śmierci mocodawcy, a więc w przypadku osób prawnych z chwilą utraty bytu prawnego i wykreślenia podmiotu z rejestru. Art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiący o interesie prawnym, jest podstawą do uznania, iż Odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania, wobec faktu utraty przymiotu wykonawcy.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosków zgłoszonych przez Zamawiającego i Przystępującego. Wskazał, że na skutek przekształcenia spółki nastąpiła tzw. sukcesja uniwersalna, a więc spółka akcyjna przejęła wszelkie zobowiązania i uprawnienia poprzedniej spółki - z ograniczoną odpowiedzialnością. Podał, że poprzez fakt przekształcenia, spółka nie utraciła bytu prawnego i w tym zakresie występuje ciągłość prawna. Zwrócił uwagę, iż reprezentowanie podmiotu na podstawie niewłaściwego pełnomocnictwa, a wniesienie środka ochrony prawnej przez podmiot nieuprawniony, to są dwie odrębne kwestie. Określił, że pełnomocnik może być osobą nienależycie umocowaną, ale w żadnym wypadku nie jest podmiotem nieuprawnionym spółka, którą reprezentuje. Odwołał się do stanowiska Zamawiającego i stwierdził, że ten nie kwestionuje, iż protest dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, jako skutek wykluczenia, został wniesiony w terminie. Zakwestionował stwierdzenie, że z dniem 6 marca 2009 r., wobec upływu termin ważności wadium, Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu. Stwierdził, że nie na miejscu jest powoływanie się na art. 101 k.c., gdyż w tym przypadku mają zastosowanie przepisy Kodeksu spółek handlowych, dotyczące przekształcenia spółek z ograniczoną odpowiedzialnością w spółki akcyjne. Przepisy te stanowią, iż w przypadku przekształcenia występuje sukcesja pełna, generalna. Pozostają te same oznaczenia - Regon i NIP, a ze względów statystycznych następuje zmiana wpisu w KRS. Podkreślił, że pismo o wykluczeniu Odwołującego z postępowania adresowane było do lidera konsorcjum, jako spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.



Odwołujący przyznał jednocześnie, że nie zawiadomił Zamawiającego o zmianie statusu prawnego spółki poprzez jej przekształcenie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza, zważyła, co następuje.**

Z przedłożonej przez Odwołującego umowy zawartej w dniu 20.05.2008 r., która jest podstawą udziału Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu pod nazwą „Wykonanie infrastruktury technicznej i uszczelnienia zbiornika nr 3 na składowisku odpadów paleniskowych „Zwałowisko”.” wynika, że wykonawcy - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, ERGIS-EUROFILMS S.A. z siedzibą w Warszawie i GRILTEX POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, powołali konsorcjum dla wspólnej realizacji Przedsięwzięcia Gospodarczego pn. ”Projekt i realizacja ułożenia geomembrany PCV Izofol na III kwaterze składowiska odpadów paleniskowych na zwałowisku wewnętrznym KWB Bełchatów”. Funkcję lidera konsorcjum, wykonawcy powierzyli Przedsiębiorstwu Inżynieryjno-Projektowemu „BinŻ” Sp z o.o. Mimo powierzenia funkcji wskazanej spółce, wykonawcy zastrzegli szereg czynności, które mogły być wykonane wyłącznie po uprzednim pisemnym zaakceptowaniu tych czynności przez wszystkich wykonawców, pod rygorem ich nieważności (§ 1 ust. 5 – złożenie ofert – wstępnej i ostatecznej, § 5 ust. 2 – nałożenie na uczestników dodatkowych obowiązków, § 7 ust. 3 – sposób udzielenia gwarancji, § 12 ust. 1 – zmiany i uzupełnienia umowy wymagają zgody wszystkich uczestników konsorcjum oraz Zamawiającego w formie pisemnej, pod rygorem nieważności). W § 1 ust. 8 i 9 dokładnie określono, kogo należy rozumieć jako lidera konsorcjum – Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o., a kogo jako pozostałych uczestników, wymieniając pozostałe dwie spółki.

Pełnomocnictwo do m.in. wniesienia protestu i odwołania zostało udzielone panu Robertowi K. – radcy prawnemu przez wszystkich członków konsorcjum, w tym przez lidera konsorcjum - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o., w dniu 21 listopada 2008 r. W pełnomocnictwie wskazano nazwę przedmiotu zamówienia zgodną z nazwą nadaną przedmiotowemu postępowaniu. Zakres pełnomocnictwa, ujmując skrótowo, obejmuje prawo reprezentowania mocodawców, ale nie wyłącznie, wobec zewnętrznych podmiotów stosujących prawo, instytucji stosujących procedury z ustawy Pzp (podmioty zamawiających, KIO, Prezes UZP – środki ochrony prawnej) i innych instytucji powołanych do życia ustawami lub przepisami wykonawczymi.

W ocenie KIO, nie ma wątpliwości, że udział w postępowaniu Odwołującego, jako wykonawców wspólnie składających oferty, miał podstawę w umowie z dnia 20 maja 2008 r., natomiast wniesienie protestu i odwołania w pełnomocnictwie z dnia 21 listopada 2008 r.

Lider konsorcjum - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o., został przekształcony ze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w spółkę akcyjną w trakcie postępowania, po złożeniu oferty wstępnej i ostatecznej. Uchwała o przekształceniu podjęta została w dniu 22 grudnia 2008 r., zaś wpisanie do Krajowego Rejestru Sądowego-Rejestru Przedsiębiorców, spółki przekształconej (akcyjnej) nastąpiło w dniu 2 stycznia 2009 r. Mimo tak istotnej zmiany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w świetle postanowień podanej umowy, w tym zwłaszcza zastrzeżenia, że zmiany i uzupełnienia umowy wymagają pisemnej zgody, obok wszystkich uczestników konsorcjum, także zgody Zamawiającego, pod rygorem nieważności, Odwołujący nie dokonał zmiany stosownych dokumentów, jak również nie zawiadomił w sposób przewidziany w umowie, Zamawiającego. Odwołujący, posługując się nazwą spółki przekształconej, złożył pismo procesowe z dnia 13 lutego 2009 r. Sądowi Okręgowemu w Piotrkowie Trybunalskim i uzyskał wyrok wskazujący spółkę przekształconą, a więc nieistniejącą w dacie wydania wyroku.

W tym miejscu, skład orzekający Izby zauważa, iż zgodnie z przepisem art. 206 § 1 i art. 374 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z póź. zm.), pisma oraz informacje składane przez spółkę powinny zawierać dane odpowiadające stanowi faktycznemu. Nie przestrzeganie tego wymogu rodzi w świetle przepisu art. 595 Ksh (Tytuł V - Przepisy karne) odpowiedzialność po stronie członków zarządu spółki.

Środki ochrony prawnej – protest i odwołanie zostały wniesione ze wskazaniem aktualnej nazwy lidera konsorcjum, jednak nie dołączono do tych pism wymaganej pisemnej akceptacji, dotyczącej zmiany formy prawnej i nazwy firmy lidera konsorcjum, zastrzeżonej pod rygorem nieważności dokonanej czynności. W czasie zarządzonej, na wniosek Odwołującego, przerwy w posiedzeniu, Odwołujący przedłożył kserokopie dokumentów potwierdzających wyłącznie dokonanie przekształcenia spółki.

Zdaniem KIO, wnioski Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że Odwołujący poprzez nie wniesienie wadium na okres od 7 do 24 marca 2009 r., utracił status wykonawcy w postępowaniu, nie stanowiły podstawy odrzucenia odwołania, gdyż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, uprawniała Odwołującego do wniesienia protestu i odwołania. Odwołujący wniósł protest na tę czynność z zachowaniem ustawowego terminu, co potwierdził Zamawiający.

Również nie nastąpiło wygaśnięcie pełnomocnictwa w związku z przekształceniem spółki (art. 101 § 2 k.c. stanowiący o wygaśnięciu umocowania wraz ze śmiercią mocodawcy).

Faktem jest, iż na równi ze śmiercią osoby fizycznej należy traktować ustanie osoby prawnej (rozwiązanie, likwidacja) – piśmiennictwo Gawlik Zdzisław i inni, komentarz do art. 101 k.c. (LEX). W przedmiotowej sprawie nie nastąpiło rozwiązanie bądź likwidacja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lecz jej przekształcenie w spółkę akcyjną. Przepisy ustawy Kodeks spółek handlowych, w szczególności dział III pt. „Przekształcenia spółek” regulują kwestie przekształcenia. Zgodnie z art. 552 i następnymi, spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształconą. Spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Spółka przekształcona pozostaje podmiotem, w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba, że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej (art. 553 § 1 i 2).

Jednakże w rozpoznawanej sprawie, z uwagi na udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie konsorcjum (wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne), odrębne regulacje zawarte w umowie powołującej konsorcjum, nie pozwoliły uznać, bez przedłożenia pisemnej akceptacji pozostałych wykonawców, że lider konsorcjum po przekształceniu, pozostaje nadal liderem konsorcjum, a także, że udzielone pełnomocnictwo m.in. przez lidera konsorcjum przed jego przekształceniem, stanowi wystarczającą podstawę do wniesienia protestu i odwołania w imieniu konsorcjum, wskazującego jako lidera podmiot po przekształceniu, który nie uzyskał wymaganych umową akceptacji.

Zgodnie ze złożonym oświadczeniem Zamawiającego, o zmianie formy prawnej oraz nazwy firmy lidera konsorcjum, nie został on zawiadomiony. Pierwszym dokumentem wskazującym tę zmianę był protest wniesiony w dniu 3.04.2009 r.

Z przedstawionych względów, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, wynikającej z rachunku przedłożonego do akt sprawy - § 4 ust.1 pkt 2 lit. 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. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 z późn. 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:**

.....

.....