

WYROK

z dnia 10 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2019 r. przez
wykonawcę SIMPLE Technology Sp. z o.o., ul. Włociańska 15 lok. 26, 01-710
Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa

Lubuskiego, ul. Podgórna 7, 65-057 Zielona Góra,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Eccone Consulting
Sp. z o.o., ul. Wołkowyska 17, 61-132 Poznań oraz ITTI Sp. z o.o., ul. Rubież 46,
61-612 Poznań, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę SIMPLE Technology Sp. z o.o.,
ul. Włociańska 15 lok. 26, 01-710 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr
(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę
SIMPLE Technology Sp. z o.o., ul. Włociańska 15 lok. 26, 01-710 Warszawa,
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 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia
jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 933/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, ul. Podgórna 7, 65-057 Zielona Góra, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie usługi nadzoru sprawowanego w imieniu Zamawiającego w zakresie prawidłowości realizacji Projektu pod nazwą „Lubuskie e-Zdrowie” w charakterze Inżyniera Kontraktu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 września 2018 r., nr 614524-N-2018. Pismem z dnia 17 maja 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Econe Consulting Sp. z o.o., ul. Wołkowyska 17, 61-132 Poznań oraz ITTI Sp. z o.o., ul. Rubież 46, 61-612 Poznań,
- wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, m.in. wykonawcy SIMPLE Technology Sp. z o.o., ul. Włociańska 15 lok. 26, 01-710 Warszawa (dalej: „odwołujący”).

W dniu 22 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieudowodnienie, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego,
- b) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo że brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł w szczególności, co następuje. „Podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu jest brak udowodnienia Zamawiającemu, że Odwołujący dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego, tj. Red Code Sp. k. W dniu 07.12.2018 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu pełny KRS fundacji RED (będącej komplementariuszem podmiotu trzeciego użyczającego zasoby), z którego jednoznacznie wynikało umocowanie Pana Ł.K. do użyczenia potencjału podmiotu trzeciego na rzecz Odwołującego. Z informacji uzyskanych od podmiotu trzeciego wynika, że zgodnie ze statutem zaakceptowanym przez Krajowy Rejestr Sądowy Fundacja RED uprawniona jest do zawiązywania spółek cywilnych lub do samodzielnego prowadzenia działalności

gospodarczej. Z powyższego wynikało zatem, że fundacja była uprawniona do udzielenia prokury Panu Ł.K.

Jak wynika z art. 17 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym domniemywa się, że dane wpisane do Rejestru są prawdziwe. Ponadto w myśl ust. 2 tego przepisu jeżeli dane wpisano do Rejestru niezgodnie ze zgłoszeniem podmiotu lub bez tego zgłoszenia, podmiot ten nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej działającej w dobrej wierze zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli zaniedbał wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu. Mając na uwadze powyższe uznać należy, że zobowiązanie podmiotu trzeciego podpisane przez Pana Ł.K. wywołuje skutki prawne i ani spółka Red Codę ani fundacja RED nie mogą zasłaniać się przed tym zobowiązaniem w sytuacji gdy Wykonawca działał w dobrej wierze, tak jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu.

Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że dokumenty przedłożone Zamawiającemu nie udowodniły dysponowania odpowiednim zasobem na potrzeby postępowania oraz na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wskazać należy, że brak jest podstaw prawnych do rozciągania skutków wydania postanowienia

przez Krajowy Rejestr Sądowy wstecz, tak jak próbuje to czynić Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się zaś do przedłożonego Zamawiającemu dodatkowego pełnomocnictwa, to Odwołujący nie jest w stanie odpowiadać za treść dokumentu otrzymanego od podmiotu trzeciego celem rozwiania wątpliwości Zamawiającego. Niemniej jednak nawet jeśli zarzuty podniesione przez Zamawiającego są słuszne to w ocenie Odwołującego fakt udzielenia pełnomocnictwa przez Prezes Zarządu Fundacji świadczy o potwierdzeniu działań Pana Ł.K. jako pełnomocnika Fundacji RED będącej komplementariuszem podmiotu trzeciego używającego swój potencjał, zgodnie z art. 103 § 1 k.c. Powyższe znajduje swoje uzasadnienie w art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 65¹ k.c. Nie może ulegać wątpliwości, że w oświadczeniach woli należy badać jaka była wola osoby składającej oświadczenie woli. Skoro w ocenie Zamawiającego pełnomocnictwo zostało antydatowane celem potwierdzenia czynności dokonanych przez Pana Ł.K to należy uznać, że celem działania Prezes Fundacji było potwierdzenie działań pełnomocnika."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Econe jako najkorzystniejszej,
- b) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- c) dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 27 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Econe Consulting Sp. z o.o. oraz ITTI Sp. z o.o. (dalej: „przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i przedstawili swoje stanowisko w sprawie. Izba uznała, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 4 czerwca 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił stan faktyczny sprawy i argumentację zbieżną z treścią uzasadnienia wykluczenia odwołującego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi nadzoru sprawowanego w imieniu zamawiającego w zakresie prawidłowości realizacji projektu pod nazwą „Lubuskie e-Zdrowie” w charakterze Inżyniera Kontraktu. Zadaniem Inżyniera Kontraktu jest wykonanie wszystkich prac koniecznych do osiągnięcia celu inwestycji, tj. stworzenie całościowego, efektywnego systemu zarządzania inwestycją, w tym w zakresie nadzoru inwestorskiego nad inwestycją oraz wspieranie w rozliczeniu środków finansowych na podstawie decyzji o przyznaniu dofinansowania przedmiotowego przedsięwzięcia.

W pkt XIV ppkt 1.2. i 1.3. siwz zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu dotyczące: sytuacji ekonomicznej, w ramach której wykonawca miał wykazać, że jest ubezpieczony na żądaną kwotę oraz zdolności technicznej, w ramach której wykonawca miał wykazać, że posiada odpowiednie doświadczenie.

Pismem z dnia 28 listopada 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia zobowiązania Red Code Spółka komandytowa, czyli zobowiązania podmiotu, na którego zasoby odwołujący powołał się w celu wykazania spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi odwołujący złożył zobowiązanie z dnia 14 września 2018 r. do udostępnienia zasobów, które w imieniu ww. spółki podpisał pan Ł.K - prokurent samoistny. Komplementariuszem w ww. spółce jest Fundacja RED.

Pismem z dnia 3 grudnia 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia umocowania pana Ł.K jako prokurenta, gdyż stwierdził, że w dokumentach rejestrowych spółki Red Code brak jest wpisów dotyczących

prokurentów. W odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2018 r. odwołujący przekazał pełny odpis z KRS Fundacji RED, w którym w dziale 2 w rubryce 3 (bez nazwy) wpisany jest pan Ł.K jako prokurent samoistny.

Pismem z dnia 14 lutego 2019 r. zamawiający zwrócił się do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy XIII Wydział Gospodarczy KRS z prośbą o wyjaśnienie, na jakiej podstawie doszło do wpisania prokury samoistnej Fundacji RED, skoro fundacja ta nie jest wpisana do rejestru przedsiębiorców, a prokurę może ustanowić jedynie przedsiębiorca. W odpowiedzi z dnia 22 lutego 2019 r. Sąd poinformował o toczącym się postępowaniu w ww. sprawie. W wyniku dalszej toczącej się korespondencji pomiędzy zamawiającym a Sądem, ostatecznie pismem z dnia 23 kwietnia 2019 r. Sąd poinformował, że zostało wydane postanowienie o „wykreśleniu z rejestru prokurenta w osobie Ł.K (postanowienie nieprawomocne)”.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r. zamawiający ponownie wystąpił do ww. Sądu z pytaniem, czy Fundacja RED była kiedykolwiek wpisana do rejestru przedsiębiorców? W odpowiedzi z dnia 25 kwietnia 2019 r. Sąd stwierdził, że ww. Fundacja nigdy nie była wpisana do rejestru przedsiębiorców.

W międzyczasie pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. zamawiający zwrócił się do Fundacji RED, na podstawie art. 103 kodeksu cywilnego, o zajęcie stanowiska w sprawie umocowania pana Ł.K. Jak wynika z wydruku ze strony internetowej Poczty Polskiej, za pomocą którego można śledzić przesyłki, mimo dwukrotnego awizowania, pismo nie zostało odebrane przez Fundację.

Pismem z dnia 8 maja 2019 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, wezwał odwołującego „do udowodnienia, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego. (...) Wykonawca w niniejszym postępowaniu przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy Red Code Spółka Komandytowa z Warszawy, które zostało podpisane przez prokurenta samoistnego Fundacji „RED” Pana Ł.K działającej jako komplementariusz Red Code Sp.k. W związku z tym, iż Fundacja ta nigdy nie była wpisana do rejestru przedsiębiorców ustanowienie prokury w takiej jednostce jest niedopuszczalne”.

W odpowiedzi z dnia 10 maja 2019 r. odwołujący wskazał: „wyjaśniamy, że w ocenie Wykonawcy w toku prowadzonego postępowania przedstawił Zamawiającemu jednoznaczne dowody, z których wynikało, iż w momencie podpisywania zobowiązania podmiotu trzeciego przez Pana Ł.K działał on w oparciu o umocowanie wynikające z Krajowego Rejestru Sądowego. Jak wynika z art. 17 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym domniemywa się, że dane wpisane do Rejestru są prawdziwe. Ponadto w myśl ust. 2 tego przepisu jeżeli dane wpisano do Rejestru niezgodnie ze zgłoszeniem podmiotu lub bez tego zgłoszenia, podmiot ten nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej działającej w dobrej wierze zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli zaniedbał wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że zobowiązanie podmiotu trzeciego podpisane przez Pana Ł.K wywołuje skutki prawne i ani spółka Red Code ani fundacja RED nie mogą zasłaniać się przed tym zobowiązaniem w sytuacji gdy Wykonawca działał w dobrej wierze, tak jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie Wykonawca przekazuje informacje i dokumenty uzyskane od Pana Ł.K. Wykonawca wyjaśnia, że z uzyskanych informacji wynika, że mimo wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym Pan Ł.K w momencie podpisywania zobowiązania podmiotu trzeciego był również umocowany do działania w imieniu spółki Red Code oraz fundacji RED w oparciu o pełnomocnictwo, którego oryginał przekazujemy w załączeniu”.

Do ww. pisma odwołujący załączył pełnomocnictwo dla pana Ł.K z dnia 01.08.2018 r. podpisane przez prezesa zarządu Fundacji RED. W treści pełnomocnictwa wskazano m.in. siedzibę spółki Red Code w Gdyni oraz serię i numer dowodu osobistego pana Ł.K

Pismem z dnia 14 maja 2019 r. zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta Zielona Góra z prośbą o informację, czy możliwe było posługiwanie się dowodem osobistym o wskazanym w ww. pełnomocnictwie numerze w dniu 01.08.2018 r.? Z odpowiedzi Urzędu Miasta Zielona Góra z dnia 15 maja 2019 r. wynika, że ww. dowód osobisty został wydany w dniu 22.03.2019 r. i odebrany przez obywatela w dniu 05.04.2019 r.

Dodatkowo zamawiający ustalił na podstawie Monitora Sądowego i Gospodarczego 225/18 (5613), że w przypadku spółki Red Code dopiero w dniu 14.09.2018 r. dokonano zmiany umowy spółki, zgodnie z którą wykreślono siedzibę spółki w Warszawie i wpisano siedzibę w Gdyni, zaś w dniu 25.10.2018 r. dokonano w tym zakresie wpisu do KRS.

Pismem z dnia 17 maja 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
- wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, m.in. odwołującego.

W uzasadnieniu zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy i poczynione przez siebie ustalenia, a także odniósł się do pełnomocnictwa z dnia 01.08.2018 r. wskazując, że:

„Przedmiotowe pełnomocnictwo jest antydatowane, tzn. dokonano opatrzenia dokumentu datą wcześniejszą niż rzeczywista data, w której dokument został sporządzony. Dokument jest niewiarygodny i zdaniem Zamawiającego nie istniał w dniu 01.08.2018 r. Pełnomocnictwo bowiem zawiera dane, które nie mogły być znane w dniu 01.08.2018 r.

Zamawiający uważa, że antydatowanie dokumentu wypełnia istotę podrobienia. Opatrzenie bowiem dokumentu datą wsteczną stwarza pozór, że dana czynność prawna została wykonana z datą wcześniejszą. Taki dokument nie jest zatem autentyczny, ponieważ jego rzeczywiste sporządzenie wydarzyło się w innym terminie, niż data na nim zawarta. Dokument autentyczny to taki dokument, który jest prawdziwy, zgodny z rzeczywistością. Jeśli na dokumencie podpisywanym tudzież sporządzanym w roku 2019 widnieje data 01.08.2018 r., to nie jest to zgodne z rzeczywistością i nie jest to dokument autentyczny. Dane zawarte w pełnomocnictwie nie mogły być znane w dniu jego podpisywania/sporządzenia, tj. 01.08.2018 r. bowiem są to dane późniejsze i z roku 2019, tj.: 1) Prezes Zarządu Fundacji RED Pani V.M.M. przywołuje, że działa w imieniu Spółki Red Code Sp. k. z siedzibą w Gdyni, podczas gdy siedzibą tej spółki na dzień 01.08.2018 r. było m.st. Warszawa. Zgodnie z Monitorem Sądowym i Gospodarczym MSiG 225/2018 (5613) pod poz. 1097946 „RED” CODE Spółka Komandytowa dokonała zmiany umowy spółki w zakresie swojej siedziby w dniu 14.09.2018 r. a wpis tej zmiany do rejestru KRS nastąpił w dniu 25.10.2018 r. Ponadto pełnomocnictwo opatrzone pieczęciami z nową siedzibą tj. Red Code Sp. k., ul. Żołnierzy i Armii Wojska Polskiego 10 lok. B6, 81-383

GDYNIA,

2) Wskazano, że Pan Ł.K legitymuje się dowodem osobistym seria DAB (...) ważnym do 22.03.2029 r. Z udostępnionych Zamawiającemu danych zawartych w Rejestrze Dowodów Osobistych wynika, że wskazany w Pełnomocnictwie dowód osobisty wydany został (personalizacja) w dniu 22.03.2019 r., a Pan Ł.K odebrał go w dniu 05.04.2019 r. Zatem ani Pan Ł.K ani Prezes Zarządu Fundacji RED Pani V.M.M. nie mogli w dniu 01.08.2018 r. znać numerów ww. dowodu osobistego oraz mieć pewność, że zostanie wydany z terminem ważności do dnia 22.03.2029 r. W dniu 01.08.2019 r. nie było możliwe legitymowanie się przez Pana Ł.K dowodem osobistym o podanych numerach, bowiem taki dokument w tym czasie nie istniał.

W związku z tym, że w dniu 23.04.2019 r. został wykreślony z KRS fundacji RED nr 0000578641 prokurent w osobie Pana Ł.K oraz przedłożenia niewiarygodnego i nieautentycznego pełnomocnictwa, Zamawiający stwierdza, że Wykonawca Simple Technology Sp. z o.o. z Warszawy nie udowodnił w określonym terminie do 13 maja 2019 r., że realizując zamówienie będzie dysponować niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego, którym jest firma Red Code Spółka Komandytowa z Warszawy.

Zamawiający wyklucza Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, a oferta Wykonawcy zostaje odrzucona zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.”

W dniu 3 czerwca 2019 r. do zamawiającego wpłynęło oświadczenie pana Ł.K z dnia 31 maja 2019 r., w myśl którego: „Niniejszym informuję, że pełnomocnictwo datowane na dzień 01 sierpnia 2018 r. zostało podpisane przez Panią V.M.M. dnia 09 maja 2019 r., zaś celem jego podpisania i przekazania wykonawcy SIMPLE Technology Sp. z o.o. było potwierdzenie przez ówczesną Prezes Zarządu działań podejmowanych przeze mnie, na podstawie widniejącego w momencie udostępniania potencjału podmiotu trzeciego wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym Red Code spółka komandytowa komplementariusza - Fundacji RED. Tym samym jeśli w ocenie Zamawiającego przekazane wykonawcy SIMPLE

Technology Sp. z o.o. pełnomocnictwo nie stanowiło potwierdzenia dokonywanych przeze mnie czynności to winien nie brać pod uwagę tego pełnomocnictwa przy udzielaniu zamówienia publicznego”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą

Zgodnie z art. 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 986 ze zm.):

1. Domniemywa się, że dane wpisane do Rejestru są prawdziwe.
2. Jeżeli dane wpisano do Rejestru niezgodnie ze zgłoszeniem podmiotu lub bez tego zgłoszenia, podmiot ten nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej działającej w dobrej wierze zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli zaniedbał wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu.

Zgodnie z art. 109¹ ustawy kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), zwanej dalej: „kc”:

§ 1. Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

§ 2. Nie można ograniczyć prokury ze skutkiem wobec osób trzecich, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

Zgodnie z art. 65 kc:

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Zgodnie z art. 65¹ kc przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń.

Zgodnie z art. 103 kc:

§ 1. Jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta.

§ 2. Druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu.

§ 3. W braku potwierdzenia ten, kto zawarł umowę w cudzym imieniu, obowiązany jest do zwrotu tego, co otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy, oraz do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o braku umocowania lub o przekroczeniu jego zakresu.

Zgodnie z art. 104 kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

Odnosząc się do istoty niniejszej sprawy w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 109¹ kc fundacja, która nie jest przedsiębiorcą, nie może udzielić prokury. Tym samym wpis p. Ł.K jako prokurenta do KRS Fundacji RED, nie może świadczyć o skuteczności jego umocowania do działania w imieniu ww. Fundacji. Wpis do KRS, jak słusznie zauważył bowiem zamawiający, nie jest podstawą umocowania danej osoby, a jedynie potwierdza umocowanie wynikające z czynności dokonanej przez mocodawcę. Jak wskazano powyżej, fundacja nie będąca przedsiębiorcą, nie może udzielić prokury. W konsekwencji czynność ustanowienia prokurenta w Fundacji RED nie mogła być dokonana skutecznie i wpis do KRS nie czyni tej czynności skuteczną.

Art. 17 ust. 1 ustawy o KRS przewiduje domniemanie prawdziwości wpisów do Rejestru. Należy jednak podkreślić, że domniemanie to jest wzruszalne i jak wskazują wyżej opisane ustalenia, w niniejszej sprawie zostało ono obalone.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy o KRS podmiot zgłaszający dane do KRS nie może się zasłaniać wobec osoby działającej w dobrej wierze zarzutem, że dane są nieprawdziwe. Przepis ten nie ma jednak zastosowania w niniejszych okolicznościach faktycznych, gdyż Fundacja RED jako podmiot zgłaszający dane, nie zasłania się ww. zarzutem i nie jest w ogóle stroną sporu zaistniałego w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że ww. przepisy nie obligują zamawiającego do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał, że potencjał podmiotu trzeciego został mu udostępniony skutecznie. Jak wskazano wyżej, w świetle art. 109¹ kc Fundacja RED nie mogła udzielić prokury i domniemanie prawdziwości wpisu do KRS tej Fundacji zostało obalone. Tym samym pan Ł.K nie był uprawniony do reprezentowania spółki Red Codę i

udostępnienia w jej imieniu zasobów odwołującemu.

Przechodząc do kwestii pełnomocnictwa z dnia 01.08.2018 r., należy stwierdzić, że ustalenia poczynione przez zamawiającego jednoznacznie potwierdzają, że pełnomocnictwo to zostało antydatowane, zatem nie może być ono uwzględniane w celu dokonania oceny prawidłowości działania pana Ł.K. Dodatkowo należy zauważyć, że treść tego pełnomocnictwa w żadnym postanowieniu nie zawiera potwierdzenia ważności działań podjętych przez ww. osobę. Chybione są zatem argumenty odwołującego, zgodnie z którymi pełnomocnictwo to mogło być wystawione jedynie w celu potwierdzenia ważności działań pana Ł.K w rozumieniu art. 103 § 1 kc. Z okoliczności sprawy wynika raczej, że zostało ono wystawione w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego co do prawidłowości umocowania pana Ł.K w dniu podpisania przez niego zobowiązania spółki Red Codę. Świadczy o tym także treść pisma odwołującego z dnia 10 maja 2019 r., w której odwołujący stwierdził: „Wykonawca wyjaśnia, że z uzyskanych informacji wynika, że mimo wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym Pan Ł.K w momencie podpisywania zobowiązania podmiotu trzeciego był również umocowany do działania w imieniu spółki Red Codę oraz fundacji RED w oparciu o pełnomocnictwo, którego oryginał przekazujemy w załączeniu”. Pełnomocnictwo zostało zatem przedstawione w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego, że w dniu podpisywania zobowiązania spółki Red Codę pan Ł.K był umocowany do działania w jej imieniu, nie zaś w

celu potwierdzenia ważności jego działań.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów stanowi jednostronną czynność prawną, do której zastosowanie ma art. 104 kc, nie zaś art. 103 § 1 kc. Z art. 104 kc wynika natomiast, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania, jest nieważna. Ponieważ, jak ustalono już wyżej, pan Ł.K nie był umocowany do działania w imieniu spółki Red Codę, jego zobowiązanie do udostępnienia potencjału tej spółki, w świetle art. 104 kc, należy uznać za nieważne. W efekcie potencjał ten nie został udostępniony, co oznacza, że odwołujący nie

wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do powoływanych przez odwołującego na rozprawie orzeczeń, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że akapit 142 wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-415/93 dotyczący bezpieczeństwa obrotu prawnego, został przez odwołującego wyrwany z kontekstu zupełnie innych okoliczności faktycznych, a poza tym jego treść jest tak ogólna, że nie może wpływać na ocenę konkretnych faktów i przepisów zaistniałych w niniejszej sprawie.

Również powoływana przez odwołującego uchwała Sądu Najwyższego z 30.01.2015 r. (sygn. akt III CZP 34/14) nie dotyczy analogicznych okoliczności faktycznych. Uchwała ta dotyczy prokury łącznej mieszanej (nieprawidłowej) uznanej przez SN za niedopuszczalną. Wyrażono w niej stanowisko, że: „Przyjęta wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej nie ma zastosowania do oceny skutków czynności prawnych dokonanych przez ustanowionych niezgodnie z nią prokurentów”. Jednakże SN wyraźnie stwierdził, że podyktowane jest to tym, że „istniała długoletnia, tolerowana przez wiele sądów rejestrowych praktyka uznawania tzw. prokur łącznych niewłaściwych”, co „nie powinno prowadzić do podważenia bezpieczeństwa obrotu i możliwości pozbawiania skuteczności wielkiej ilości czynności prawnych, dokonanych przez prokurentów ustanowionych w ten sposób”. Reasumując, stanowisko SN o niepozbawianiu skuteczności czynności prawnych dokonanych przez wadliwie ustanowionych prokurentów, jak słusznie zauważył również zamawiający, dotyczy czynności już „skonsumowanych”, nie zaś takich, które nie wywołały jeszcze skutków prawnych. Tym samym w niniejszej sprawie stanowisko SN nie ma zastosowania, gdyż dzięki poczynionym w porę ustaleniom zamawiającego, czynności dokonane bezprawnie przez pana Ł.K. nie zostały jeszcze „skonsumowane”, tj. nie doszło do zawarcia umowy z odwołującym. Treść ww. uchwały SN nie może zatem stać się podstawą uznania, że odwołujący wykazał dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, a w konsekwencji - że wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Koszty wynagrodzenia pełnomocnika nie zostały zasądzone na rzecz zamawiającego, ponieważ wbrew treści § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, zamawiający nie przedłożył w tym zakresie rachunku do akt sprawy.

Przewodniczący