

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 31 sierpnia 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2018 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego 3 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą w Krakowie kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1645/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - 3 Regionalna Baza Logistyczną z siedzibą w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Przegląd oraz naprawa podnośników lekkich i ciężkich figur bojowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2018 roku pod numerem 2018/S 096-219045.

16 sierpnia 2018 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) w związku z art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm. - zwana dalej „KC” lub „Kodeks Cywilny”) oraz art. 201 §1 w zw. z art. 205 §1 ustawy Kodeks Spółek Handlowych z dnia 15 września 2000 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm. - zwana dalej „KSH” lub „Kodeks Spółek Handlowych”) poprzez odrzucenie oferty Odwołujących z powodu rzekomej nieważności oferty z powodu braku skutecznego pełnomocnictwa do złożenia oferty - w sytuacji, gdy ważne i skuteczne jest załączone do oferty pełnomocnictwo udzielone M.B. w dniu 4 września 2017 r. przez K.J., a także ważne i skuteczne jest pełnomocnictwo udzielone przez M.B. Liderowi Konsorcjum do złożenia oferty, tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia nieważności oferty,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji złożenia w postępowaniu oferty przez Odwołujących która nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów i okoliczności podniesionych w niniejszym odwołaniu; wyboru oferty Odwołujących jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ mogą wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponieść szkodę w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego i naruszenia wskazanych przepisów ustawy, a w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołujących powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie odrzucenia oferty Odwołujących -jako najkorzystniejszej i jednocześnie jedynej wniesionej oferty w niniejszym postępowaniu - oraz w konsekwencji tego unieważnienie postępowania przetargowego z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu - pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Gdyby bowiem Zamawiający postępował zgodnie z prawem, oferta Odwołujących powinna zostać wybrana, gdyż była jedyną wniesioną ofertą w postępowaniu, a tym samym była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

W przekazanym Odwołującym zawiadomieniu z dnia 10.08.2018 r. o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania przetargowego - Zamawiający wskazał, że unieważnił postępowanie na podstawie art. 93. ust. 1 pkt 1 ustawy ponieważ nie została złożona ani jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu. Wskazał ponadto, że na wezwanie Zamawiającego, żaden z wezwanych wykonawców (ani lider ani partner konsorcjum) nie przedstawił skutecznego pełnomocnictwa, natomiast w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego przedstawił pismo z dnia 8 sierpnia br., w którym podtrzymał stanowisko o skuteczności udzielonego pełnomocnictwa. Zamawiający wskazał ponadto, że odrzucił ofertę Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, gdyż zdaniem Zamawiającego, zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna, co według Zamawiającego oznacza, że nieważna jest oferta złożona przez Odwołujących. Stanowisko Zamawiającego w ocenie Odwołującego jest nieprawidłowe.

W zakresie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 104 KC oraz art. 201 §1 i art. 205 § KSH.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 104 Kodeksu Cywilnego przez bezprawne odrzucenia oferty Odwołujących z powodu rzekomej nieważności oferty z powodu braku skutecznego pełnomocnictwa do złożenia oferty. W ocenie Odwołującego błędne jest twierdzenie Zamawiającego, że K.J., udzielając w dniu 4 września 2017 r. pełnomocnictwa M.B., nie posiadał uprawnień do reprezentowania Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego Armiks sp. z o.o. co według Zamawiającego oznacza, że to pełnomocnictwo jest nieważne, a tym samym nieważne jest pełnomocnictwo udzielone przez M.B. Liderowi Konsorcjum do złożenia oferty, co w konsekwencji według Zamawiającego skutkuje tym, że cała oferta Odwołujących jest nieważna.

Zdaniem Odwołującego, ważne i skuteczne jest zarówno pełnomocnictwo udzielone M.B. w dniu 4 września 2017 r. przez K.J., jak też ważne i skuteczne jest pełnomocnictwo udzielone przez M.B. Liderowi Konsorcjum do złożenia oferty, tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia nieważności oferty.

Dowód: pełnomocnictwo z dnia 4 września 2017 r. udzielone M.B. przez K.J., pełnomocnictwo udzielone Liderowi Konsorcjum przez M.B., K.J. został powołany na Prezesa jednoosobowego Zarządu spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Armiks sp. z o.o. na podstawie uchwały nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników w/w spółki, ze skutkiem od dnia 18 sierpnia 2017r.

Dowód: uchwała nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Armiks sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że w myśl obowiązujących przepisów art. 201-211 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1577 ze zm. - dalej jako: „Kodeks Spółek Handlowych”), uchwała w sprawie powołania osoby w skład Zarządu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest skuteczna z chwilą podjęcia, a wpis do rejestru przedsiębiorców ma w tym przypadku jedynie charakter deklaratoryjny (informacyjny). W orzecznictwie Sądu Najwyższego jednoznacznie wskazane zostało, że: „sam wpis nie decyduje, czy ktoś jest czy nie jest członkiem zarząd, bowiem status prawny członka zarządu spółki określają umowa spółki i przepisy art. 201-211 KSH. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2005 r., V CK 839/04 oraz z dnia 4 września 2012 r., I UK 137/12 stwierdził, że z mocy art. 201 § 4 KSH członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników. Oznacza to, że takie powołanie jest skuteczne w stosunkach wewnętrznych spółki, a wpis zmian w składzie osobowym zarządu w rejestrze sądowym ma tylko charakter deklaratoryjny. Domniemywa się, że wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym jest prawdziwy, lecz jest to domniemanie wzruszalne. Ustanowione jest ono dla ochrony osób trzecich (kontrahentów spółki). Istotne znaczenie dla reprezentacji spółki ma zatem uzyskanie statusu członka zarządu zgodnie z regulacją zawartą w umowie spółki oraz przepisami art. 201-211 KSH.” (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2016 r. II PZ15/16, Opubl. Legalis nr 1507967).

Tym samym, od dnia 18 sierpnia 2017 r. K.J. stał się Prezesem jednoosobowego Zarządu Spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Armiks sp. z o.o. a więc na podstawie art. 201 §1 w zw. z art. 205 §1 Kodeksu Spółek Handlowych od dnia 18 sierpnia 2017 r. stał się osobą uprawnioną jednoosobowo do reprezentowania spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe ARMIKS sp. z o.o.

Dopiero od dnia 3 listopada 2017 r. kiedy wydane zostało postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie o sygn. akt IX GC 905/17 w ramach udzielonego zabezpieczenia roszczeniu

powódki A.R.B. o uchylenie w/w uchwały Nr 4 z 17.08.2017r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników - nastąpiło wstrzymanie wykonalności uchwały nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników w sprawie powołania K.J. do Zarządu.

Dowód: postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 listopada 2017 r. o sygn. akt IX GC 905/17 o udzieleniu zabezpieczenia roszczenia.

Treść postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 listopada 2017 r., sygn. akt IX GC 905/17 jednoznacznie przesądza o tym, że postanowienie to nie działa wstecz, gdyż w żadnym miejscu tego postanowienia nie zostało zapisane, iż skutek w postaci zawieszenia wykonalności obowiązuje od daty wcześniejszej, niż data wydania tego postanowienia. W takim przypadku obowiązuje zasada wynikająca z przepisu art. 360 Kodeksu Postępowania Cywilnego, z którego jednoznacznie wynika, że postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 listopada 2017 r., sygn. akt IX GC 905/17 (wydane w ramach udzielonego zabezpieczenia roszczeniu powódki o uchylenie uchwały) stało się skuteczne w takim zakresie i w taki sposób, jaki wynika z jego treści, z chwilą podpisania sentencji, to jest z dniem 3 listopada 2017 r.

W konsekwencji wszystkie czynności dokonane przez K.J. pomiędzy datami 18 sierpnia 2017 r. a 3 listopada 2017 r. - są ważne i skuteczne. Postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 listopada 2017 r., sygn. akt IX GC 905/17 o wstrzymaniu wykonalności wskazanej powyżej uchwały nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników - w żadnym wypadku nie oznacza uchylenia w/w uchwały, stwierdzenia jej nieważności lub ustalenia, że spółka nie posiada Zarządu. Wprost przeciwnie - spółka nadal posiada Zarząd w osobie K.J., lecz na skutek w/w postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie, od dnia 3 listopada 2017 r. K.J. nie może dokonywać jakichkolwiek czynności za spółkę - do czasu uchylenia lub wygaśnięcia tego postanowienia.

Potwierdzeniem powyższego jest postanowienie Sądu Rejonowego dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 2 lipca 2018 r. sygn. akt KR XI Ns Rei KRS 8477/18/051 - w którym Sąd oddalił wniosek o ustanowienie kuratora dla Spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Armiks sp. z o.o., jednoznacznie wskazując, że: „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie posiada zarząd. Uchwałą Nr 4 z 17.08.2017r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników został bowiem powołany zarząd w spółce w osobie K.J.. Posiadanie zatem zarządu przez spółkę stanowi przeszkodę do ustanowienia kuratora. Wystarczy przywołać tu uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 1993r. III CZP 47/93 publ. OSNC 1993/11/202, w której to Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 42 k.c. nie może stanowić podstawy do ustanowienia kuratora dla osoby prawnej, mającej właściwe organy do reprezentowania jej. Z punktu bowiem widzenia art. 42 k.c. istotne jest nieistnienie organu, powodujące niemożność prowadzenia spraw właśnie z powodu „braku powołanych do tego organów”. Sytuacji tej w żaden sposób nie zmienia fakt, że w ramach udzielonego zabezpieczenia roszczeniu powódki A.R.B. o uchylenie uchwały Nr 4 z 17.08.2017r. sygn. akt IX GC905/17 wstrzymana została jej wykonalność. Zastosowany przez sąd procesowy środek zabezpieczenia powództwa jest tymczasowy i nie niweczy skutków prawnych powyższej uchwały przez wspólników o powołaniu zarządu i nie wycofuje jej z obrotu prawnego (tak postanowienie Sądu najwyższego z 16 listopada 2016r. I CZ 76/16). (...) Zarząd w spółce istnieje z tą różnicą, że nie może za spółkę działać ”

Dowód: postanowienie Sądu Rejonowego dla Krakowa- Śródmieścia w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 2 lipca 2018 r. sygn. akt KRXINs Rei KRS 8477/18/051.

Odwolujący wskazał, że skoro Sąd Rejonowy w Krakowie, będący jednocześnie sądem rejestrowym w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 986), prowadzącym akta rejestrowe spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Armiks sp. z o.o., nie ma wątpliwości, że spółka ta posiada Zarząd w osobie K.J., lecz jedynie od daty wstrzymania wykonania uchwały powołującej K.J. do Zarządu (czyli od daty wydania postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 listopada 2017 r., sygn. akt IX GC 905/17) K.J. nie może działać za Spółkę - to brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania ważności czynności dokonanych przez K.J. przed datą 3 listopada 2017 r. W konsekwencji, wszystkie czynności dokonane przed datą 3 listopada 2017 r. przez K.J. jako Prezesa Zarządu spółki Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Armiks sp. z o.o. - są ważne i skuteczne, a zatem ważne i skuteczne jest także udzielone przez niego w dniu 4 września 2017 r. pełnomocnictwo M.B..

W konsekwencji powyższego, błędne jest twierdzenie Zamawiającego, że nieważne jest również pełnomocnictwo udzielone przez M.B. do złożenia oferty, z powodu rzekomego braku upoważnienia dla K.J. do udzielenia pełnomocnictwa M.B.. Skoro bowiem wszystkie czynności dokonane przez K.J. pomiędzy datami 18 sierpnia 2017 r. a 3 listopada 2017 r. są ważne i skuteczne, to ważne i skuteczne jest pełnomocnictwo udzielone M.B. w dniu 4 września 2017 r. a w konsekwencji, ważne i skuteczne jest także pełnomocnictwo udzielone przez M.B. Liderowi Konsorcjum.

Z uwagi na powyższe, żądanie Zamawiającego przedłożenia nowego pełnomocnictwa do reprezentowania wszystkich członków konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu - było bezzasadne i nie znajduje oparcia w żadnych przepisach prawa, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołujących z powodu rzekomej wadliwości pełnomocnictwa, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy.

Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

W konsekwencji dokonania przez Zamawiającego bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co zostało opisane powyżej nastąpiło także naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powodu nie złożenia w postępowaniu ani jednej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Zgonie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3. Oferta Odwołującego nie powinna jednak być zostać odrzucona z przyczyn opisanych w odwołaniu, a tym samym nie ziściła się hipoteza określona w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, co oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione bezpodstawnie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 sierpnia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy

ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego zawarte w złożonym piśmie datowanym na 22 sierpnia 2018 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” oraz stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 31 sierpnia 2018 roku „Pismo procesowe Odwołującego”.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 1) zawnioskowany i złożony przez Odwołującego w trakcie rozprawy - umowa o pracę M.B. .

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że:

Pismem z dnia 10 sierpnia 2018 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania pod nazwą Przegląd oraz naprawa podnośników lekkich i ciężkich figur bojowych na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy ponieważ nie została złożona w postępowaniu ani jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, wskazując, że zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność dokonana w cudzym imieniu bez

umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna i z tych przyczyn nieważna jest złożona oferta. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu na dokonywane wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw oraz brak przedstawienia skutecznego pełnomocnictwa i przedstawienie stanowiska z dnia 8 sierpnia 2018 roku odnoszącego się do skuteczności złożonego pełnomocnictwa.

Izba ustaliła, że złożoną w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tj. Odwołującego podpisały uprawnione osoby działające za Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach.

Pełnomocnictwo „konsorcyjne” dla pełnomocnika konsorcjum, czyli pełnomocnictwo udzielone przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie pełnomocnikowi konsorcjum Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach z dnia 29 czerwca 2018 roku podpisał w imieniu partnera Pan M.B..

Pan M.B. działał na podstawie pełnomocnictwa podpisanego w dniu 4 września 2017 roku przez Pana K.J. - Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, powołanego Uchwałą nr 4 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 17 sierpnia 2017 roku.

Postanowieniem z dnia 3 listopada 2017 roku Sąd Okręgowy w Krakowie IX Wydział Gospodarczy postanowił udzielić zabezpieczenia roszczeniu strony powodowej o uchylenie uchwały nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 roku Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w przedmiocie powołania do zarządu spółki K.J. i powierzenia mu funkcji prezesa przez wstrzymanie wykonania uchwały nr 4 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do czasu prawomocnego zakończenia postępowania o jej uchylenie.

Postanowienie z dnia 3 listopada 2017 roku Sąd Okręgowy w Krakowie IX Wydział Gospodarczy dotyczyło również uchwały nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 roku Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w przedmiocie wyrażenia zgody na zbycie przez M.B. a wszystkich posiadanych przez niego udziałów w kapitale zakładowym spółki na rzecz P. W.

Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm. - zwana dalej „KC” lub „Kodeks Cywilny”) oraz art. 201 §1 w zw. z art. 205 §1 ustawy

Kodeks Spółek Handlowych z dnia 15 września 2000 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm. - zwana dalej „KSH” lub „Kodeks Spółek Handlowych”) przez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomej nieważności oferty z powodu braku skutecznego pełnomocnictwa do złożenia oferty - w sytuacji, gdy ważne i skuteczne jest załączone do oferty pełnomocnictwo udzielone M.B. w dniu 4 września 2017 r. przez K.J., a także ważne i skuteczne jest pełnomocnictwo udzielone przez M.B. pełnomocnikowi wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do złożenia oferty, tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia nieważności oferty - Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby Zamawiającym w sposób prawidłowy dokonał czynności oceny złożonej przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy odrzuca się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zastosowanie tej podstawy prawnej odrzucenia oferty dotyczy innych przypadków niż wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych. W orzecznictwie jak i doktrynie wskazuje się, że ważność oferty należy badać przede wszystkim na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zmianami; dalej "Kc"), jest ona bowiem oświadczeniem woli wykonawcy w przedmiocie udziału w postępowaniu i chęci zawarcia umowy o zamówienie publiczne (por. wyr. Sądu Okręgowego w Łodzi z 20 października 2010 roku sygn. akt III Ca 919/04). Takie stanowisko wychodzi naprzeciw normie zawartej w art. 14 ust. 1 ustawy, która stanowi, że do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Izba rozpoznając ten zarzut uwzględniła stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 grudnia 2015 roku sygn. akt III CZP 91/15, zgodnie z którym „udzielenie zabezpieczenia powództwa o uchylenie (...) uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w przedmiocie zmian w składzie zarządu przez (...) wstrzymanie wykonalności tych uchwał” jest dopuszczalne „z zastrzeżeniem (...) że nie chodzi tu w istocie o wstrzymanie wykonalności zaskarżonych uchwał, lecz o wstrzymanie ich skuteczności.” Sąd Najwyższy w uzasadnieniu podał również, że uchwała w przedmiocie zmian składu zarządu wywiera skutek prawny z chwilą podjęcia i nie wymaga „do wywołania przez nie skutku prawnego” żadnego innego działania w tym wpisu do rejestru. Sąd Najwyższy w wymienionej wyżej uchwale zaznaczył również, że „omawiane zabezpieczenie spowoduje wstrzymanie skuteczności uchwały. Uchwała w wyniku udzielenia zabezpieczenia od chwili jej podjęcia aż do ustania zabezpieczenia będzie pozostawać bez wpływu na skład zarządu.” Tym samym udzielone zabezpieczenie roszczenia o uchylenie uchwały nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 roku Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w przedmiocie powołania do zarządu spółki K.J. i powierzenia mu funkcji prezesa postanowieniem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 listopada 2017 roku przez wstrzymanie wykonania uchwały nr 4 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do czasu prawomocnego zakończenia postępowania o jej uchylenie - zgodnie z wyrażonym w Uchwale Sądu Najwyższego stanowiskiem - powoduje wstrzymanie skuteczności tejże uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Zabezpieczenie roszczenia w postaci wstrzymania wykonania uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników - zgodnie z wyrażonym przez Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 grudnia 2015 roku sygn. akt III CZP 91/15 stanowiskiem - należy do kategorii zabezpieczeń antycypacyjnych, „polega bowiem na udzieleniu w uprawnionemu tymczasowo z wyprzedzeniem takiej ochrony, jaką ma mu zapewnić przyszłe orzeczenie rozstrzygające o zabezpieczonym roszczeniu procesowym”.

Powyższe pozwala wywieść, że postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 listopada 2017, którym sąd postanowił udzielić zabezpieczenia roszczeniu strony powodowej o uchylenie uchwały nr 4 z dnia 17 sierpnia 2017 roku Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w przedmiocie powołania do zarządu spółki K.J. i powierzenia mu funkcji prezesa przez wstrzymanie wykonania uchwały nr 4 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do czasu prawomocnego zakończenia postępowania o jej uchylenie ma skutek od dnia 17 sierpnia 2017 roku.

„Wstrzymanie skuteczności” (za Sądem Najwyższym) Uchwały nr 4 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie z dnia 17 sierpnia 2017 roku powoduje, że nie można uznać za skuteczne i ważne udzielonego 4 września 2017 roku (data na pełnomocnictwie 1 września 2017 roku) pełnomocnictwa panu M.B. przez Pana K.J.. Wstrzymana jest bowiem skuteczność ww. uchwały, tym samym czynności podejmowane przez Pana K.J. nie mogą być oceniane jako czynności organu spółki, nie mogą być oceniane jako czynności skuteczne. W tym miejscu należy wskazać, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 lipca 2012 roku sygn. akt II CSK 744/11 uznał, że „czynność prawna dokonana przez fałszywy organ osoby prawnej (art. 39 k.c.) jest bezwzględnie

nieważna i nie podlega konwalidacji, ponieważ art. 103 k.c., wobec braku luki w prawie, nie może do niej znaleźć zastosowania nawet w drodze analogii" (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2009 roku sygn. akt II CSK 180/09 (niepubl.)). W uzasadnieniu stanowiska Sąd Najwyższy odwołał się szeroko do swojego orzecznictwa, oraz wyjaśnił, że „dopuszczenie możliwości stosowania na zasadzie analogii art. 103 § 1 i 2 Kc do sytuacji określonej hipotezą art. 39 § 1 Kc skutkowałoby wprowadzeniem stanu daleko idącej niepewności w obrocie gospodarczym, ponieważ potwierdzanie czynności prawnych mogłoby zależeć od tego, czy skutki takiego potwierdzenia byłyby korzystne czy niekorzystne dla strony uznanej za uprawnioną do dokonania potwierdzenia.” Izba zaznacza, że stanowisko wyrażone w ww. wyroku Sądu Najwyższego ma również istotne znaczenie dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na szczególny sposób wyboru oferty i procedury prowadzącej do zawarcia umowy. Bezwzględna nieważność czynności prawnych dokonanych przez nieistniejący organ i brak możliwości jej skutecznej konwalidacji gwarantuje w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wyeliminowanie sytuacji, w których dochodziłoby do paraliżu prowadzonych postępowań.

Słusznie, w ocenie Izby przy uwzględnieniu powyżej zawartej argumentacji Izby, przyjął Zamawiający, że nieważność pełnomocnictwa udzielonego panu M.B. powoduje, że nie był on uprawniony do skutecznej reprezentacji Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, a w konsekwencji nie mógł skutecznie udzielić spółce Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach w imieniu Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie pełnomocnictwa do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Przegląd oraz naprawa podnośników lekkich i ciężkich figur bojowych. Dokonana jednostronna czynność przez pełnomocnika bez umocowania jest bowiem bezwzględnie nieważna. Nie zmienia również tego faktu podpisana umowa o pracę z Panem M.B. na stanowisku Dyrektora Generalnego. W ocenie Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stanowi swoście specyficzne postępowanie uregulowane w ustawie Prawo zamówień publicznych niemożliwym jest wyrażenie zgody przez Zamawiającego na działanie pełnomocnika bez prawidłowego i skutecznego umocowania. Zamawiający, co należy podkreślić, po wyczerpaniu procedury wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa określonej ustawą Prawo zamówień publicznych - a taka w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia została wyczerpana - nie ma innej procedury, która uprawniałaby go na późniejszym etapie do egzekwowania od wykonawcy złożenia ważnego pełnomocnictwa i w konsekwencji wiążącej oferty oraz żądania zawarcia umowy. Odmienne stanowisko prowadziłoby do niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych skutków pozwalających wykonawcy na swobodnie podejmowanie decyzji o tym, czy złożoną ofertę podtrzyma, czy też nie (późniejsze potwierdzenie złożenia oferty, po upływie terminu składania ofert, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalne). Wymaga również podkreślenia, że dopuszczenie odmiennego stanowiska prowadziłoby do naruszenia określonych w ustawie zasad prawa zamówień publicznych, w tym równego traktowania wykonawców.

Tym samym Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie nie była umocowana do składania oferty w imieniu Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, co w efekcie skutkuje tym, że oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Przegląd oraz naprawa podnośników lekkich i ciężkich figur bojowych jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiającym prawidłowo odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Optimum - T. i s-ka spółka jawna z siedzibą w Koprkach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Armiks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz w konsekwencji, bowiem była to jedyna oferta złożona w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prawidłowo unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....