

WYROK
z dnia 7 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2014 r. przez Odwołujących - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Stalkowent spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, Zakład Remontowy Urządzeń Elektromechanicznych ZRUE K..... K..... w Mysłowicach, Elmech – Kazeten spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Siemianowicach Śląskich, Stal – Bud spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy, PPHiUR MARKO M..... K..... w Świdnicy oraz Faron SC PPHiUR Z..... F....., J..... F....., E..... F..... w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kompanię Węglową SA w Katowicach, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółki jawnej w Zabrze, Legato spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
 - a) **unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym**
 - b) **wyjaśnienie kwestii zdolności osoby podpisującej uzupełniony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółkę jawną w Zabrze, Legato spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach dokument stanowiący ocenę zdolności zakładu remontowego z dnia 28 listopada 2013 r. do składania oświadczeń w imieniu jednostki notyfikowanej oraz – stosownie do wyników tego wyjaśnienia - wezwanie wykonawców wspólnie**

ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółkę jawną w Zabrze, Legato spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach do uzupełnienia tego dokumentu w odpowiednim terminie - na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Kompanię Węglową SA w Katowicach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Stalkowent spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, Zakład Remontowy Urządzeń Elektromechanicznych ZRUE K..... K..... w Mysłowicach, Elmech – Kazeten spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Siemianowicach Śląskich, Stal – Bud spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy, PPHiUR MARKO M..... K..... w Świdnicy oraz Faron SC PPHiUR Z..... F....., J..... F....., E..... F..... w Tychach, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Kompanii Węglowej SA w Katowicach, na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Stalkowent spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, Zakładu Remontowego Urządzeń Elektromechanicznych ZRUE K..... K..... w Mysłowicach, Elmech – Kazeten spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Siemianowicach Śląskich, Stal – Bud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy, PPHiUR MARKO M..... K..... w Świdnicy oraz Faron SC PPHiUR Z..... F....., J..... F....., E..... F..... w Tychach kwotę 17 952 zł 00 gr [siedemnastu tysięcy dziewięciuset pięćdziesięciu dwóch złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Kompania Węglowa SA w Katowicach prowadzi postępowanie, w celu zawarcia umowy ramowej, której przedmiotem są usługi pn. „*Remont elektrycznych wentylatorów lutniowych i ich podzespołów dla oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2014 - 2015.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 listopada 2013 r. pod nr 2013/S 216-376693. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Odwołujący w dniu 23 stycznia 2014 r. złożyli odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółki jawnej w Zabrze, Legato spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia wspólnej oferty tychże wykonawców w zakresie zadania nr 1 zamówienia, w sytuacji gdy wykonawcy Ci nie wykazali, mimo wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy, spełnienia warunku określonego w pkt VI pkt 1 b) SIWZ [s. 2] i pkt VIII 1 a) SIWZ [s. 4], tj. posiadania oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność wykonawców bądź wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, ważnej na dzień składania ofert; czym Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 ustawy oraz art. 24 ust 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy, a w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu - wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania w zakresie zadania nr 1 wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółki jawnej w Zabrze, Legato spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, do złożenia w odpowiednim terminie zgodnie z wymaganiami pkt VI pkt 1 b) SIWZ [s. 2] i pkt VIII 1 a) SIWZ [s. 4] oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 ustawy oraz art. 26 ust 3 ustawy.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący wniesli o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółki jawnej w Zabrze, Legato spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach;
- 2) powtórzenia czynności wyboru ofert;
- 3) wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 zamówienia wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółki jawnej w Zabrze, Legato spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, oraz ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią pkt VI.1 b] SIWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełnią warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonania usług objętych postępowaniem w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, tj.

1] w odniesieniu do urządzeń budowy przeciwwybuchowej:

- 1) są producentem maszyn, których przedmiot zamówienia dotyczy lub
- 2) są podmiotem posiadającym ocenę zdolności zakładu remontowego wydaną przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność Wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia.

Zgodnie z pkt VIII SIWZ Zamawiający, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zażądał przedłożenia wraz z ofertą:

1] Dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień, tj.:

a) W odniesieniu do urządzeń budowy przeciwwybuchowej:

W przypadku Wykonawcy będącego producentem maszyn, których przedmiot zamówienia dotyczy - należy dołączyć do oferty: oświadczenie zgodnie z wzorem, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ;

lub

c) W przypadku Wykonawcy posiadającego ocenę zdolności zakładu remontowego: oryginał lub kopię poświadczoną przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność wykonawcy do wykonywania remontów maszyn i urządzeń w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia - ważnej w dniu składania ofert.

Odwołujący podał, że powyższe zapisy SIWZ, odnoszące się wymagań podmiotowych [art. 22 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych] wobec wykonawców nie będących producentem wentylatorów stanowiących przedmiot zamówienia są bezspornie zgodne z prawem. Wynikają one bowiem wprost z zapisów pkt 10.13.4 załącznika nr 5 do *Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. [Dz. U. nr 139, poz. 1169 -zał. z dnia 2 września 2002 r. z późn. zmianami]*. Przedmiotowe rozporządzenie zostało wydane co prawda w oparciu o uchyloną z dniem 1 stycznia 2012 r. ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze, jednak ów akt wykonawczy został utrzymany w mocy na mocy art. 224 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze [Dz.U.2011.163.981 z późn. zm.]. Punkt 10.13.4. załącznika nr 5 dotyczącego wymagań w zakresie stosowania i eksploatacji urządzeń budowy przeciwwybuchowej stanowi, iż *remonty urządzeń mogą być wykonywane przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną*. Z kolei pkt 10.13.5. stanowi, iż wyremontowane urządzenie, zgodnie z pkt 10.13.4, może być odebrane po stwierdzeniu przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną, że odpowiada ono dokumentacji techniczno-ruchowej, oraz poświadczeniu zgodności w karcie ewidencyjnej.

Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 1 jest „Remont elektrycznych wentylatorów lutniowych produkcji STALKON”, których producentem był i jest STALKOWENT Sp. z o.o. z/s w Zabrze. Do remontu tych urządzeń, wyposażonych w silnik elektryczny, znajduje zastosowanie ww. zapis przywołanego rozporządzenia.

Odwołujący podał, że „Konsorcjum Petek” w złożonej ofercie nie wykazało spełnienia warunku pkt VI SIWZ gdyż nie przedłożyło oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą jego zdolność do wykonywania remontów maszyn i urządzeń w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia - ważnej w dniu składania ofert. Stąd też Zamawiający, wezwał „Konsorcjum Petek” do uzupełnienia ww. dokumentu w zakresie wszystkich zadań na które wykonawca złożył ofertę, w terminie do 27 grudnia 2013 r. W dniu 24 grudnia 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółka jawna w Zabrze, Legato spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. przedłożyło Zamawiającemu potwierdzoną za zgodność z oryginałem, wydaną dla LEGATO Sp. z o.o. z/s w Zabrze ocenę zdolności zakładu remontowego przez jednostkę

notyfikowaną, która w zamierzeniu składającego miała wypełniać wymóg pkt VI i pkt VIII SIWZ. Owa ocena została wydana w imieniu jednostki notyfikowanej - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością - przez osobę fizyczną wskazaną jako prezes zarządu - członka jej organu. Ocena ta, zdaniem Odwoływającego, nie może zostać uznana za dokument, który tak w wymaganiach ww. rozporządzenia Ministra Gospodarki jak i po ich przejściu w pkt VI i VIII SIWZ jako warunków podmiotowym uzyskania zamówienia, jest oceną zdolności wydaną przez jednostkę notyfikowaną. Zgodnie z posiadaną przez Stalkowent Sp. z o.o. wiedzą, bazując na wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach Wydział III Karny [sygn. akt: III K 872/05] ogłoszonym w dniu 14 maja 2012 r. osoba fizyczną działającą jako organ - Prezes Zarządu – jednostki notyfikowanej, została skazana za przestępstwo z art. 271 §1 kk na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby. Powyższy wyrok Sądu Rejonowego w Gliwicach został utrzymany wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach Wydział VI Karny Odwoławczy z dnia 28 marca 2013r. [sygn. akt VI Ka 1029/12]. Wyrok ten wobec osoby pełniącej funkcję prezesa zarządu jednostki notyfikowanej jest prawomocny. Z uwagi na okoliczność, iż ww. wyroki zawierają dane wrażliwe dotyczące skazania, oba wyroki Odwoływający zadeklarował ich złożenie po otwarciu rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, przy zachowaniu wymogów art. 27 ust 2 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych [tj. z dnia 17 czerwca 2002 r. Dz. U. Nr 101, poz. 926]. Odwoływający podał, że przestępstwo z art. 271 k.k. [przestępstwo fałszu intelektualnego] ujęte zostało w rozdziale XXXIV - przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów. Zgodnie z treścią art. 18 § 2 - § 4 kodeksu spółek handlowych: Nie może być członkiem zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej albo likwidatorem osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone w przepisach rozdziałów XXXIH-XXXVII Kodeksu karnego oraz w art. 585, art. 587, art. 590 i w art. 591 ustawy; zakaz, ustaje z upływem piątego roku od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego, jednakże nie może zakończyć się wcześniej niż z upływem trzech lat od dnia zakończenia okresu odbywania kary; w terminie trzech miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku, skazany może złożyć wniosek do sądu, który wydał wyrok, o zwolnienie go z zakazu pełnienia funkcji w spółce handlowej lub o skrócenie czasu obowiązywania zakazu. Nie dotyczy to przestępstw popełnionych umyślnie. Sąd rozstrzyga o wniosku, wydając postanowienie. Skazanie za przestępstwo umyślne z art. 271 kk mieści się zatem, zdaniem Odwoływającego, w zakresie przestępstw skutkujących wyłączeniem osoby fizycznej z kręgu osób fizycznych, które mogą pełnić funkcję członka zarządu spółki z o.o. i składać jakiegokolwiek oświadczenia woli lub wiedzy w imieniu spółki z o.o. Nie mogą bowiem ani reprezentować takiej spółki ani prowadzić jej spraw. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2013 r. [sygn. akt V ACa 600/2012, Lex nr 48/2013]

regulacja art. 18 § 2 k.s.h. wyłącza zarówno dopuszczalność skutecznego powołania danej osoby na funkcje wskazane w § 1, jak również stanowi podstawę utraty zdolności do dalszego wykonywania tych funkcji, jeżeli prawomocny wyrok skazujący zapadł w czasie ich wykonywania. Skazanie za jedno z przestępstw objętych przepisem art. 18 § 2 k.s.h. stanowi negatywną przesłankę dopuszczalności pełnienia funkcji w organach spółek kapitałowych, wyłącza zdolność do ich pełnienia, stąd powołanie osoby skazanej za przestępstwa określone w art. 18 § 2 k.s.h. należy oceniać jako nieważne wobec sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa [art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h], braku zdolności osoby powołanej do pełnienia funkcji organu.

W konsekwencji zdaniem Odwołującego, wszelkie oświadczenia woli bądź wiedzy składane w imieniu spółki z o.o. przez osobę działającą jako członek jej zarządu [organu] a skazaną za popełnienie przestępstwa z art. 271 § 1 kk pozostają bezskuteczne. Przedłożona przez „Konsorcjum PETEK” w dniu 24 grudnia 2013 r. w następstwie wykonania procedury z art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, *ocena zdolności remontowej zakładu* wydana na rzecz członka tego Konsorcjum w dniu 28 listopada 2013 r. nie wypełnia wymogów pkt VI i VIII SIWZ. W ocenie Odwołującego dokument ten w sensie prawnym nie istnieje [ergo uznać należy za nie przedłożony] jako, iż nie został wydany przez jednostkę notyfikowaną działającą przez swój organ, jak ma wynikać z treści „oceny”. Po stronie „Konsorcjum Petek” nadal zachodzi brak wymaganej treścią pkt VI i VIII SIWZ oceny zdolności zakładu remontowego, mimo dochowania przez Zamawiającego procedury wezwania „Konsorcjum Petek” do uzupełnienia z art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wymagań podmiotowych z pkt VI i VIII SIWZ. Zdaniem odwołującego, jakiegokolwiek próby następczego potwierdzenia ważności kwestionowanej oceny poprzez składanie kolejnych oświadczeń w imieniu jednostki notyfikowanej należy uznać za nieskuteczne, skoro Zamawiający wymagał w treści SIWZ przedłożenia oceny ważnej w dniu składania ofert.

Każdorazowo wykonawca jest zobowiązany zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych, na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Reguła ta znajduje jednolicie zastosowanie także w przypadku uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 przedmiotowej ustawy [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013r. KIO 224/13, LexisNexis nr 5149534 www.uzp.gov.pl]. Okoliczności te, przy uwzględnieniu zasady jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, determinują

po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia „Konsorcjum Petek” z postępowania o udzielenie Zamówienia. Wezwanie wykonawcy do złożenia danego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, może nastąpić bowiem tylko jeden raz, co Zamawiający uczynił [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2012 r. KIO 1605/12, KIO 1606/12 LexisNexis nr 4966558, www.uzp.gov.pl].

W przypadku uznania zasadności stawianego ad 1 zarzutu uznać należy, iż Zamawiający w sposób niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy „Konsorcjum Petek”, dokonując przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu. Zaniechanie to uznać należy za przejaw nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust 1 i może doprowadzić do naruszenia wyrażonej w ust 3 powołanego artykułu zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku, gdy w ocenie Izby zarzut pkt 1 *petitum* odwołania nie potwierdzi się, jako przedwczesny, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający bezprawnie zaniechał czynności określonej w art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku uznania zasadności zarzutu ad 2 uznać należy, iż Zamawiający w sposób niezgodny z ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechał czynności wezwania wykonawcy „Konsorcjum Petek” do uzupełnienia oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną, dokonując przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu. Zaniechanie to uznać należy za przejaw nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust 1 i może doprowadzić do naruszenia zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółka jawna w Zabrze, Legato spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący byłiby jedynym wykonawcą, z którym zostałyby zawarta umowa ramowa. W warunkach, kiedy w ramach postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej dla danej części zamówienia, złożono tylko dwie oferty, w tym Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, przesłanki materialnoprawne mogą wyrażać się nie tylko dążeniem do wyboru oferty Odwołującego jako złożonej przez jednego z tych wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowę ramową, ale także w działaniach zmierzających do wyeliminowania jedynego wykonawcy, z którym ewentualnie przyszłoby Odwołującemu konkurować po zawarciu umowy ramowej, w ramach postępowania zmierzającego do zawarcia umowy lub umów wykonawczych. W takim bowiem wypadku, oferta Odwołującego składana w ewentualnym postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy wykonawczej, każdorazowo składana byłaby w warunkach zupełnego braku konkurencji, a zatem bez presji zmniejszenia ceny w stosunku do tej, jaką podano w umowie ramowej. W takim zatem wypadku Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów, ukierunkowanych na wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółki jawnej w Zabrze, Legato spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, która wyraża się w działaniu w konkurencyjnym otoczeniu w postępowaniach na umowy wykonawcze, podczas gdy w razie uwzględnienia odwołania – takiej konkurencji Odwołujący by nie miał, co pozwoliłoby mu na składanie ofert z cenami równymi cenie z umowy ramowej a także miałby każdorazowo, w postępowaniu o zamówienie toczącym się w następstwie umowy ramowej pewność uzyskania zamówienia. Podzielono pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2012 r., KIO 1946/12, w którym podano: *„w przypadku odwołań odnoszących się do etapów postępowania wcześniejszych niż wybór oferty najkorzystniejszej, jak np. ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy zawarcie umowy ramowej, wykonawcy posiadają interes we wnoszeniu środków ochrony*

prawnej, gdyż można ustalić ich potencjalną szkodę w dopuszczeniu do składania ofert konkurujących z nimi wykonawców, którzy powinni być z postępowania wykluczeni lub w inny sposób niedopuszczeni do składania tych ofert [np. poprzez zawarcie umowy ramowej].”.

II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

Osią sporu w postępowaniu jest skutek, jaki wywołuje okoliczność ewentualnego skazania członka zarządu spółki kapitałowej za czyny wskazane w art. 18 § 2 ksh, który podpisał dokument [*ocenę zdolności zakładu remontowego*], przedstawiony przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne, czy też w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej. Dokument ten był wymagany przez Zamawiającego [pkt VI.1 b i VIII SIWZ]. Wykonawca, którego oferta została uznana za jedną z dwóch najkorzystniejszych w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej przedstawił, na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych *ocenę zdolności zakładu remontowego*, datowaną na 28 listopada 2013 r., wystawioną przez jednostkę notyfikowaną w myśl odpowiednich przepisów, który to dokument podpisała osoba, wskazana jako Prezes Zarządu tej jednostki, co wyraźnie wynika z opisu pieczęci, jaką opatrzony został dokument.

Odwołujący wskazywał, w odniesieniu do tego dokumentu, że osoba podpisana jako Prezes Zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, będącej zarazem jednostką notyfikowaną, została prawomocnie skazana wyrokiem Sądu Okręgowego Wydział VI Karny Odwoławczy z dnia 28 marca 2013r. [sygn. akt VI Ka 1029/12], utrzymującym w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Gliwicach Wydział III Karny z dnia 14 maja 2012 r. [sygn. akt: III K 872/05] za czyn fałszerstwa intelektualnego, co – w myśl art. 18 § 2 ksh - pozbawia ją prawa sprawowania funkcji w organach spółek. Na powyższą okoliczność Odwołujący dysponował wyrokami Sądów obu instancji; oświadczył nadto, że osobiście Prezes Zarządu Odwołującego [pełniąc w owym czasie funkcje w innej spółce wchodzącej w skład grupy kapitałowej] uczestniczył w ogłoszeniu wyroku Sądu drugiej instancji. Finalnie, sam fakt skazania nie był między stronami sporny; spornymi były jedynie skutki takiego skazania dla analizowanego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, podkreślenia wymagają w pierwszym rzędzie uwagi natury ogólnej. Po pierwsze –przepis art. 18 § 2 ksh zakazuje zajmowania

funkcji w spółkach prawa handlowego osobom skazanym za przestępstwa, które ustawodawca uznał za szkodliwe dla sprawowania tych funkcji, jak przykładowo oszustwo czy fałszowanie dokumentów. Zgodnie z tym przepisem, nie może być członkiem zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej albo likwidatorem osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone w przepisach rozdziałów XXXIII-XXXVII Kodeksu karnego oraz w art. 585, art. 587, art. 590 i w art. 591 ustawy, przy czym, w myśl § 3 tego przepisu, zakaz, o którym mowa w § 2, ustaje z upływem piątego roku od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego, jednakże nie może zakończyć się wcześniej niż z upływem trzech lat od dnia zakończenia okresu odbywania kary. Art. 18 § 4 W terminie trzech miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku, o którym mowa w § 2, skazany może złożyć wniosek do sądu, który wydał wyrok, o zwolnienie go z zakazu pełnienia funkcji w spółce handlowej lub o skrócenie czasu obowiązywania zakazu. Nie dotyczy to przestępstw popełnionych umyślnie. Sąd rozstrzyga o wniosku, wydając postanowienie.

Następnie, dostrzeżenia wymaga, że fakt skazania za wskazane czyny nie jest ujawniany w Krajowym Rejestrze Sądowym. Osoby zainteresowane tego rodzaju okolicznościami, dotyczącymi przykładowo potencjalnych kontrahentów, mają zatem ograniczoną możliwość powzięcia informacji o tym, że osoby wchodzące w skład organów spółek kapitałowych są dotknięte tego rodzaju zakazem. Rękojmia wiary publicznej wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym wyraża zasadę, że nikt nie może zasłaniać się nieznajomością treści wpisów w rejestrze lub ogłoszeń tych wpisów, przy czym sam rejestr jest jawny a wpisy w nim dokonane korzystają z domniemania prawdziwości. Niemniej, ta funkcja informacyjna realizowana przez Krajowy Rejestr Sądowy odnosi się do tych danych, jakie podlegają wpisowi do Rejestru, a - jak wskazano wyżej - fakt skazania za czyny wymienione w art 18 § 2 ksh - nie jest ujawniany w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Kolejną kwestią są skutki czynności dokonanych przez osoby, działające jako organy spółek, wbrew temu zakazowi. Skutki czynności dokonanych wbrew temu zakazowi rozpatrywane są na gruncie przepisów prawa cywilnego. Orzecznictwo sądów cywilnych, stosownie do stanu faktycznego będącego przedmiotem rozpoznania, wskazuje na skutki czynności dokonanych w imieniu podmiotu przez osobę, skazaną za czyny wymienione w art. 18 § 2 ksh, wskazując na nieważność tych czynności, nieskuteczność, czy wreszcie bezskuteczność zawieszoną, przykładowo:

- regulacja art. 18 § 2 k.s.h. wyłącza zarówno dopuszczalność skutecznego powołania danej osoby na funkcje wskazane w § 1, jak również stanowi podstawę utraty zdolności do dalszego wykonywania tych funkcji, jeżeli prawomocny wyrok skazujący zapadł w czasie ich

wykonywania. Skazanie za jedno z przestępstw objętych przepisem art. 18 § 2 k.s.h. stanowi negatywną przesłankę dopuszczalności pełnienia funkcji w organach spółek kapitałowych, wyłącza zdolność do ich pełnienia, stąd powołanie osoby skazanej za przestępstwa określone w art. 18 § 2 k.s.h. należy oceniać jako nieważne wobec sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa [art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h.], braku zdolności osoby powołanej do pełnienia funkcji organu. [wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt V ACa 600/2012, Lex nr 48/2013];

- „ustanowienie pełnomocnika procesowego przez prezesa jednoosobowego zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w stosunku do którego orzeczono zakaz pełnienia tej funkcji [art. 18 § 2 k.s.h.] jest nieskuteczne.” [wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt IV CSK 356/07, Lex 369703];

Jak wynika z powyższego, kwestia czynności dokonanych przez osobę, której dotyka taki zakaz, winna być rozpatrywana na gruncie przepisów prawa cywilnego. Zgodnie z treścią art. 39 § 1 i 2 Kc, kto jako organ osoby prawnej zawarł umowę w jej imieniu nie będąc jej organem albo przekraczając zakres umocowania takiego organu, 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; przepis powyższy stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy umowa została zawarta w imieniu osoby prawnej, która nie istnieje.

Powyższe oznacza, że fakt skazania osoby za czyny określone w art. 18 § 2 ksh dyskwalifikuje taką osobę jako członka organów, o których mowa w tym przepisie, zaś czynności dokonane w imieniu podmiotu przez taką osobę działającą jako organ spółki są obarczone ryzykiem, że są nieważne [czynności jednostronne], czy też dotyka ich bezskuteczność zawieszona – są one nieważne do momentu potwierdzenia przez prawidłowy, właściwie legitymowany organ.

Po drugie, nie sposób przyjąć, że rękojmią wiary publicznej zawartości Krajowego Rejestru Sądowego, chroni, pomimo wynikającego ze skazania za wymienione w art. 18 ksh czyny, zakazu zajmowania funkcji w organach spółek. Taki zakaz wprawdzie nie jest ujawniany w Krajowym Rejestrze Sądowym, a tym samym, podmioty wstępujące w stosunki cywilnoprawne z podmiotem reprezentowanym przez osobę, której zakaz dotyka, nie posiadają wiedzy o wskazanej wadliwości reprezentacji podmiotu. Co więcej, podmioty trzecie mogą działać w dobrej wierze i nawet w warunkach największej staranności

niejednokrotnie mogą nie mieć szansy powzięcia wiedzy o skazaniu osób działających w imieniu spółki oraz o niedopuszczalności sprawowania przez te osoby funkcji w spółce.

Biorąc powyższe pod uwagę, uznano, że, nie sposób akceptować takiego stanu i tłumaczyć go działaniem innych osób i podmiotów w dobrej wierze, w której to sytuacji osoby skazane za czyny wymienione w powołanym wcześniej przepisie art. 18 § 2 ksh, mimo zakazu płynącego z tego przepisu, w sposób skuteczny i niekwestionowany sprawują funkcje w spółce i jako organy tej spółki podejmują w jej imieniu czynności. Ustawodawca napiętnował w tym przepisie pewne czyny, o szczególnej szkodliwości dla obrotu gospodarczego i poprawnego funkcjonowania rynku, dając wyraz, by w obrocie gospodarczym uczestniczyły podmioty reprezentowane przez osoby dające rękojmię uczciwości zawodowej, posiadające nieposzlakowaną przeszłość i nie karane za czyny uznane za niepożądane w obrocie gospodarczym, takie jak oszustwo czy fałszowanie dokumentów. Należy przyjąć, że ustawodawca, nie wprowadzając szczególnych sankcji za uchybienie wynikającemu z powołanego przepisu zakazowi, a pozostawiając jego skutki regulacji właściwej dla prawa cywilnego, pozostawił wyeliminowanie tego rodzaju niepożądanych sytuacji mechanizmom rynkowym. Oznacza to tyle, że w modelowej, poprawnie funkcjonującej gospodarce, tego rodzaju sytuacja nie powinna mieć miejsca i powinna być eliminowana instrumentami wewnątrz korporacyjnymi a jeśli te zawiodą – rynkowymi. Należy więc zakładać, że w razie skazania członków zarządu za tego rodzaju czyny, w pierwszym rzędzie właściciel – udziałowiec – mając na uwadze dobre imię podmiotu a także potrzebę sprostania wynikającemu z art. 18 § 2 Ksh zakazowi, podejmie działania, by osoby skazane za wymienione czyny nie sprawowały funkcji w spółce; następnie, że same osoby, których dotyka taki zakaz natychmiast złożą rezygnację z funkcji zajmowanych w spółce, a jeśli te mechanizmy zawiodą – że podmioty pozostające w stosunkach gospodarczych albo chcące w takie wstąpić, wywrą na taki podmiot presję instrumentami rynkowymi, nie chcąc wstępować z nim w stosunki gospodarcze, czy wymuszając działanie organów spółki umocowanych do działania, przykładowo poprzez żądanie zatwierdzenia czynności podjętych przez osoby nie mogące sprawować tego rodzaju funkcji. Nie sposób więc akceptować sytuacji, że w obrocie gospodarczym, w świetle prawa, podejmowane będą czynności przez osoby działające jako organy spółki, którym ustawodawca zakazał sprawowania funkcji w zarządzie. Sprzeciwia się temu zarówno treść przepisu art. 18 § 2 Ksh, jak i względy bezpieczeństwa obrotu: nie jest w interesie uczestników obrotu, by zawierane były czynności, co do których zachodzi wątpliwość, czy są one ważne, skutecznie podjęte. Tym samym, sygnały tego rodzaju nie mogą być traktowane bezrefleksyjnie i pozostawiane bez echa. Tym bardziej, nie sposób dawać przyzwolenia na tego rodzaju działanie w obrocie poniekąd szczególnym, prowadzonym na podstawie

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie jedną ze stron jest zamawiający stanowiący pewien przejaw działalności Państwa, wyrażający się faktem dysponowania środkami publicznymi.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt analizowanej sprawy, podkreślenia wymagają następujące okoliczności, które decydowały o uwzględnieniu odwołania:

[1] jeśli jest tak, że osoba lub osoby działające w imieniu wystawcy *oceny zdolności zakładu remontowego* zostały skazane za jeden z czynów, kwalifikowanych treścią art. 18 § 2 ksh, to nie sposób akceptować tego rodzaju sytuacji i honorować wystawionego [podpisanego przez te osoby dokumentu]. Tego rodzaju akceptacja z jednej strony sankcjonowałaby szkodliwe społecznie i gospodarczo praktyki, z drugiej zaś – wyrażając przyzwolenie dla lekceważenia zakazu zajmowania funkcji przez osoby skazane za określone przestępstwa – działałaby demoralizująco, wywołując poczucie, że taki zakaz w istocie nie ma praktycznego znaczenia;

[2] strony postępowania odwoławczego, na gruncie spornego dokumentu zaprezentowały stanowiska oparte na skrajnych biegunach oceny tego samego stanu rzeczy: Odwołujący wskazywał, że nie jest dopuszczalne złożenie oświadczenia w imieniu spółki kapitałowej przez członka zarządu skazanego prawomocnie za czyn poświadczenia nieprawdy [falszerstwo intelektualne], podczas gdy Przystępujący prezentował pogląd, że skoro mamy do czynienia z dokumentem pochodzącym od jednostki notyfikowanej, to jest dokumentem urzędowym, to korzysta on z domniemań prawnych, które nie pozwalają kwestionować dokumentu. Charakter zarzutów stawianych w tym postępowaniu, w tym doniosłość zastrzeżeń kierowanych wobec dokumentu przemawiają za szczególnie staranną i wnikliwą oceną tej kwestii. Sporne zagadnienie dotyczy kwestii podpisu, którym opatrzony jest dokument, w tym uprawnienia osoby podpisanej na spornym dokumencie do działania w imieniu podmiotu, stąd otwarta jest kwestia, czy w ogóle mamy do czynienia z czynnością dokonaną w imieniu tego podmiotu, a tym samym - z dokumentem urzędowym;

[3] wbrew twierdzeniu Przystępującego, złożony na potwierdzenie wymagań stawianych w tym postępowaniu dokument, stanowiący *ocenę zdolności remontowej zakładu* winien być opatrzony podpisem. O ile w konkretnych okolicznościach można byłoby rozważyć stanowisko zaprezentowane przez Przystępującego, że nie ma ustalonego i obowiązkowego kształtu takiego dokumentu [w tym wymogu by był on podpisany] i że powyższe pozostawione zostało swobodzie wystawcy [jednostki notyfikowanej], to – po pierwsze - Przystępujący nie wykazał, że w tej konkretnej sytuacji, zgodnie z konwencją wystawiania

dokumentów przez daną jednostkę notyfikowaną, od której pochodzi sporny w sprawie dokument, właśnie taka sytuacja zachodzi i że wystawane przez nią dokumenty, w szczególności *ocena zdolności zakładu remontowego* nie wymagają podpisu określonych osób. Po drugie – nie wynika z treści tego dokumentu, że nie wymaga on podpisu. Nie ma w nim żadnej wzmianki, która wskazywałaby, że dokument ten generowany jest automatycznie i jest ważny bez podpisu jego wystawcy, albo jest ważny wyłącznie na podstawie, przykładowo, pieczęci pochodzącej od jednostki. Po trzecie - przeczy takiej tezie treść samego dokumentu, jaki został złożony w tym postępowaniu: nie wynika, z niego, że mógłby funkcjonować bez podpisu wystawcy, czy też osoby uprawnionej w jego imieniu do wystawiania takich dokumentów, a nawet więcej - z treści zawartego na każdej stronie na samym dole dopisku wyraźnie wynika, że może on być kopiowany tylko w takim kształcie, jaki nadał mu wystawca. Oznacza to, że wystawca tego konkretnego dokumentu przywiązał określoną wagę do jego zawartości informacyjnej oraz formy, z wszelkimi elementami, jakie w nim się znalazły. Po czwarte – jeśli miałyby być tak, że dokument tego rodzaju, zgodnie z odpowiednimi przepisami nie wymaga podpisu, i w ramach woli i autonomii wystawcy tego rodzaju dokumentów mieści się ustalenie jego formy – to w tym wypadku ten konkretny wystawca uznał za właściwe opatrywanie wystawianego przez siebie dokumentu nie tylko okrągłą pieczęcią zawierającą numer jednostki notyfikowanej ale także podpisem, przy czym podpisem nie jakiegokolwiek osoby uprawnionej zgodnie z własnym podziałem kompetencji do tego rodzaju czynności, ale podpisem członka zarządu [jego prezesa]. Następnie, jeśli wystawca opatruje taki dokument podpisem osoby ze wskazaniem, że jest to członek zarządu, czy też jego prezes, to nie może być innego wniosku, że wolą tej jednostki jest nie tylko opatrywanie wystawianego dokumentu podpisem, ale podpisem właśnie osoby reprezentującej tę jednostkę w charakterze jej organu uprawnionego do reprezentacji jako członek zarządu i w tej właśnie roli. Gdyby miało być inaczej, to podpis na dokumencie nawiązywałby nie do stanowiska odnoszącego się do funkcji osoby jako członka zarządu, ale do uprawnienia wynikającego z podziału czynności [przykładowo jako kierownik laboratorium badającego, ekspert umocowany do potwierdzania czynności i wystawiania określonych dokumentów itp.]. Powyższe przemawiało za uznaniem, że złożony przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu dokument powinien być podpisany;

[4] należy przyjąć, że wykonawca, który posługuje się dokumentem wystawionym przez podmiot trzeci na podstawie określonego stosunku cywilnoprawnego, działa w dobrej wierze oraz przy dołożeniu staranności ma ograniczone możliwości zweryfikowania i wyeliminowania ewentualnego ryzyka, że otrzymany jako rezultat odpowiedniej procedury dokument, obarczony może być wadą w postaci sporządzenia go przez podmiot nieuprawniony. Nie sposób więc obciążać negatywnymi skutkami działania podmiotów

trzecich wykonawcy, który nie miał realnej możliwości zweryfikowania okoliczności, czy osoby wystawiające dokument są do tego uprawnione, czego skutkiem mogłoby definitywne wykluczenie z postępowania. W takim wypadku rozważenia wymagają w pierwszym rzędzie możliwości naprawienia tego stanu, w szczególności danie możliwości pogodzenia tych dwóch wartości, jaką jest z jednej strony niedopuszczenie do podejmowania skutecznych i honorowanych w obrocie czynności wbrew zakazowi zajmowania funkcji w spółkach prawa handlowego, z drugiej zaś uwzględnienie działania podmiotu wstępującego w stosunki cywilnoprawne w dobrej wierze, z należytą starannością i przy braku wiedzy o zakazie sprawowania funkcji po drugiej stronie czynności;

[5] przepisy prawa cywilnego oraz wypracowane na ich tle orzecznictwo przewidują możliwość konwalidowania czynności zdziałanych przez organ nieuprawniony, co jest szczególnie uzasadnione, gdy wadliwe czynności nie wywołały jeszcze daleko idących skutków w odniesieniu do podmiotów trzecich. Zasada pewności obrotu przemawia za tym, by w obrocie cywilnoprawnym czynności dokonywane były przez uprawnione osoby, co do których nie zachodzą wątpliwości w zakresie uprawnienia do reprezentowania podmiotu.

[6] ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość uzupełnienia dokumentu, o czym stanowi art. 26 ust. 3 ustawy;

[7] orzecznictwo wielokrotnie traktuje o niedopuszczalności uzupełnienia ponownie dokumentu, który został złożony na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Podkreślił to także Odwołujący, przytaczając przykładową tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Dostrzeżenia jednak wymaga, że podkreśla się również, iż dopuszczalne jest ponowne wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia tego samego dokumentu, jeśli dotyczy ono innej kwestii, aniżeli będąca przedmiotem wcześniejszego wezwania. W analizowanej sprawie takie ponowne wezwanie, z zastrzeżeniem uprzedniego wyjaśnienia przez Zamawiającego, kwestii czy dokument w ogóle jest wadliwy z powodów wynikających z treści art. 18 § 2 ksh, z przedstawionych wyżej względów jest tym bardziej uzasadnione.

[8] Kwestia ewentualnego skazania członka zarządu podmiotu wystawiającego dokument, którym posłużył się w postępowaniu Przystępujący, jako dotycząca sfery niezwykle doniosłej, tak z punktu widzenia poszanowania dla prawa jak i bezpieczeństwa obrotu, nie może być bezrefleksyjnie pominięta przy ocenie ofert złożonych w postępowaniu i składających się na nie dokumentów. Stąd – nawet jeśli w momencie dokonywania oceny

ofert i wyboru jako najkorzystniejszej m.in. oferty złożonej przez Przystępującego – tego rodzaju kwestia była poza zakresem wiedzy Zamawiającego a nawet samego Przystępującego, z pierwszym momentem, w którym padły przekonujące twierdzenia, o wadliwości złożonego dokumentu, w tym o braku możliwości działania jako organ przez osobę podpisaną na tym dokumencie, Zamawiający powinien powyższą kwestię poddać refleksji i analizie. Tego rodzaju źródłem wiedzy było odwołanie złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej a także do Zamawiającego. Odwołanie operuje wiarygodnymi tezami, przekonująco prezentuje okoliczności, które stanowią o niemożności uznania złożonego w postępowaniu dokumentu. Tym samym, Zamawiający, otrzymując tego rodzaju informacje winien był wyjaśnić powyższą kwestię, niezależnie od tego, na jakim etapie została podniesiona, szczególnie, że nastąpiło to po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed podpisaniem umowy. Gdyby było inaczej, w szczególności gdyby Zamawiający miał bazować wyłącznie na treści złożonych mu dokumentów, z formalnego punktu widzenia prawidłowych, nie miałby możliwości nigdy uchwycenia sytuacji, gdy złożono nieprawdziwe informacje, czy – tak jak w analizowanym stanie faktycznym – wadliwości dokumentu na podstawie informacji nie znanych szerokiemu gronu odbiorców. Oczywistym jest, że tego rodzaju informacje pochodzą niejednokrotnie „z zewnątrz” i ich źródłem jest przykładowo treść odwołania. Jeśli mają one rzeczowe podstawy, zostały zaprezentowane w sposób przekonujący i logiczny – to, jeśli wprost nie prowadzą do uznania, że pewien istotny i doniosły z punktu widzenia przebiegu postępowania stan rzeczy ma miejsce, powinny przynajmniej zostać przez Zamawiającego wyjaśnione. W analizowanej sytuacji powyższe nie stało się przedmiotem wyjaśnienia przez Zamawiającego, stąd odwołanie podlegało uwzględnieniu.

III. ROZSTRZYGNIECIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Mając na względzie przytoczone wyżej argumenty, dostrzegając potrzebę wyeliminowania wątpliwości, co do dokumentu, którym posłużył się w postępowaniu Przystępujący, nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wyjaśnienie kwestii zdolności osoby podpisującej uzupełniony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółkę jawną w Zabrze, Legato spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach dokument stanowiący *ocenę zdolności zakładu remontowego* z dnia 28 listopada 2013 r. do składania oświadczeń w imieniu jednostki notyfikowanej oraz – stosownie do wyników tego wyjaśnienia - wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek

i Wspólnicy, A..... K..... spółkę jawną w Zabrze, Legato spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach do uzupełnienia tego dokumentu w odpowiednim terminie - na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Żądanie definitywnego wykluczenia Przystępującego, na obecnym etapie jest przedwczesne i nieuzasadnione. Stąd uwzględniono dalsze żądanie odwołania, nawiązujące do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe powinno jedna być poprzedzone, czy też raczej połączone z wyjaśnieniem kwestii uprawnienia osoby podpisującej dokument do działania w imieniu podmiotu, od którego dokument pochodzi.

Wyjaśnienia wymaga okoliczność, czy wobec osoby podpisanej na dokumencie złożonym przez Przystępującego zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 18 § 2 Ksh. Odwołujący wprawdzie wyrażał gotowość wykazania tej kwestii w sposób empiryczny – zamierzając złożyć odpowiednie wyroki Sądów, niemniej dostrzeżenia wymaga, że postępowanie o zamówienie toczy się przed Zamawiającym i to Zamawiający podejmuje określone czynności w postępowaniu. Rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest kontrola czynności zamawiającego sprawowana w ramach środków ochrony prawnej. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, podlegające ocenie czynności i zaniechania Zamawiającego, w pierwszym rzędzie powinny znaleźć wyraz w postępowaniu przed Zamawiającym. Nie przesądzając zatem kwestii uprawnienia osoby podpisanej na dokumencie do reprezentowania podmiotu, w oparciu o brzmienie art. 18 § 2 ksh, pozostawiono powyższe do ustalenia przez Zamawiającego, z udziałem wykonawcy, który posłużył się dokumentem i w którego interesie jest, by dokument ten był prawidłowy.

Dostrzegając zarazem relatywnie ograniczony wachlarz środków jakimi Zamawiający dysponuje w powyższym zakresie [art. 26 ust. 3 i 4 ustawy], nie mając wyraźnej podstawy do zwrócenia się do wystawcy dokumentu o wyjaśnienie tej - co także istotne - dość delikatnej kwestii, nakazano Zamawiającemu wyjaśnienie tej kwestii z udziałem Przystępującego.

Oznacza to, że Zamawiający winien, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócić się do Przystępującego o wyjaśnienie złożonego dokumentu stanowiącego *ocenę zdolności zakładu remontowego* z dnia 28 listopada 2013 r. w zakresie uprawnienia osoby podpisanej na dokumencie do składania oświadczeń w imieniu wystawcy tego dokumentu, w kontekście wynikającego z art. 18 § 2 ksh zakazu zajmowania funkcji w spółkach prawa handlowego oraz jego ewentualne uzupełnienie, z uwzględnieniem okoliczności, że dokument powinien być podpisany przez uprawnione do reprezentowania podmiotu, od którego dokument pochodzi, osoby, a treść tego dokumentu powinna potwierdzać spełnienie wymogów nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Nie ma przy tym przeszkód, by powyższej czynności Zamawiający dokonał jednym pismem, w szczególności wobec faktu, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu jest uzależnione od wyniku wyjaśnienia i ma charakter ewentualnego – w razie potwierdzenia, że osoba podpisana na spornym dokumencie nie była do tego uprawniona.

W wykonaniu tego wezwania Przystępujący winien wystąpić do wystawcy dokumentu o wskazanie:

- czy osoba podpisana na dokumencie jest uprawniona do reprezentowania tego podmiotu na dzień jego wystawienia, to jest na dzień 28 listopada 2013 r. z uwagi na ewentualne występowanie przesłanek określonych w art. 18 § 2 ksh;
- w razie potwierdzenia, że osoba podpisana na dokumencie nie jest uprawniona do reprezentowania tego podmiotu na dzień jego wystawienia, to jest na dzień 28 listopada 2013 r. z uwagi na występowanie przesłanek określonych w art 18 § 2 ksh – o potwierdzenie wyrażonej w tym dokumencie czynności przez odpowiednie osoby, uprawnione do wystawiania tego rodzaju dokumentów. Jeśli wystawianie tego rodzaju dokumentów zastrzeżono w ramach wewnętrznej organizacji podmiotu do zarządu – potwierdzenie czynności powinno nastąpić przez prawidłowo powołany organ, stosownie do przyjętej zasady reprezentacji, z uwzględnieniem ewentualnych zakazów wynikających wprost z ustawy [powołany art. 18 § 2 ksh].

Zamawiający, w wykonaniu orzeczenia obowiązany jest wyznaczyć Przystępującemu odpowiedni, to jest wykonalny termin, mając na uwadze, że uczynienie zadość wezwaniu wymaga zwrócenia się do podmiotu trzeciego wobec Przystępującego i uzyskania jego stanowiska, a także - być może – potwierdzenie przez ten podmiot czynności.

Następnie, podkreślenia wymaga, że uczynienie zadość wezwaniu do ewentualnego uzupełnienia spornego dokumentu może mieć jakąkolwiek postać, niekoniecznie uzyskania przez Przystępującego nowego dokumentu stanowiącego *ocenę zdolności zakładu remontowego*, ale także może mieć charakter wystawionego aktualnie pisma uprawnionych do reprezentacji wystawcy dokumentu osób, które potwierdzi przeprowadzoną na podstawie odpowiedniej umowy czynność badania zakładu remontowego oraz rezultat tego badania i umowy, którym jest *ocena zdolności zakładu remontowego* datowana na 28 listopada 2013 r., złożona przez Przystępującego w postępowaniu.

Nie ma także przeszkód dla uznania, że może zostać złożona w ramach ewentualnego uzupełnienia dokumentu – jeśli znajdą podstawy do jego zastosowania – *ocena zdolności zakładu remontowego* wystawiona aktualnie, z datą na moment wystawienia poprawnego dokumentu, jeśli będzie ona potwierdzała stan na wymagany wyraźnie przez Zamawiającego moment, to jest będzie ważna na dzień składania ofert, co – z oczywistych względów jest następstwem przeprowadzenia odpowiedniej procedury, którą wieńczy wystawienie *oceny zdolności zakładu remontowego*. W kontekście okoliczności analizowanej sprawy, opatrzenie tego późniejszego dokumentu pismem osób uprawnionych do reprezentowania jednostki, wskazującym, że dokument *oceny zdolności zakładu remontowego* jest ważny wcześniej, to jest na określony dzień [28 listopada 2013 r.], nakazywałoby przyjąć, że spełnione zostały wymagania stawiane treścią SIWZ w zakresie ważności tego dokumentu na dzień składania ofert. Wyniki rozprawy ujawniły, że w spółce – wystawcy dokumentu, nastąpiła już zmiana zarządu, która nie znalazła jeszcze odzwierciedlenia w Krajowym Rejestrze Sądowym. Podmiot ten dysponuje zatem zdolnością do potwierdzenia ewentualnie wadliwej czynności. Przystępujący także podjął próbę wyjaśnienia we własnym zakresie uprawnienia osoby podpisanej na dokumencie do składania oświadczeń w imieniu podmiotu, zwracając się na piśmie do wystawcy dokumentu. Postawione pytanie jednak skupiło się na „kompetencji” osoby podpisanej do tego rodzaju oświadczeń, nie zaś czy dotyczy jej zakaz sprawowania funkcji w spółce. Stąd udzielona przez ten podmiot odpowiedź nie ma większej wartości dla przesądzenia spornej kwestii. Powyższe wymaga zatem dalszego wyjaśnienia – zgodnie z kierunkiem i zakresem przedstawionym wyżej.

Pozostawiając - ze wskazanych wyżej względów - wyjaśnienie omawianej kwestii przez Zamawiającego z uwzględnieniem zaprezentowanych okoliczności dokonywanej w przeszłości oceny, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *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].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 2 952,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. Nie zasądono 300 zł z tytułu kosztów dojazdu samochodem na podstawie pisemnej zastrzeżenia poczynionego na fakturze – ponieważ nie został złożony jakikolwiek rachunek na tę okoliczność.

Nie uwzględniono wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów postępowania, na które składa się kwota wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty jego dojazdu: po pierwsze odwołanie zostało rozstrzygnięte w sposób niepomysłny dla Przystępującego, to jest uwzględnione, po drugie - Przystępującemu nie przysługuje zwrot kosztów postępowania w innej sytuacji, aniżeli w razie uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, co do którego przystępujący po stronie zamawiającego zgłosi sprzeciw, a Krajowa Izba Odwoławcza oddali takie odwołanie.

Skład orzekający: