

WYROK
z dnia 23 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca br. przez wykonawcę Nextbike Polska spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie

przy udziale wykonawcy BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miejskiemu Zarządowi Dróg i Transportu w Częstochowie powtórzenie badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy Nextbike Polska spółka akcyjna w Warszawie, jako niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Nextbike Polska spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie na rzecz wykonawcy Nextbike Polska spółka akcyjna w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawę elementów składowych systemu Częstochowskiego Roweru Miejskiego (CRM) wraz z instalacją i uruchomieniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 1 grudnia 2016r. pod numerem 2016/S 232-422529. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10 marca 2017 r. wykonawca Nextbike Polska spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych poprzez bezzasadne i bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że wniósł wadium w sposób prawidłowy, w tym zostało ono podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu je wystawiającego;
- 2) art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 3) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco: Zamawiający błędnie uznał, że wadium w formie poręczenia zostało udzielone nieprawidłowo, ponieważ osoby, które podpisały dokument wadialny – członek zarządu i prokurent – nie zostały właściwie umocowane do reprezentacji spółki, tj. w ocenie Zamawiającego nie mogły działać w takiej konfiguracji. Prokurent, zgodnie z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu udzielającego poręczenia, mógł zdaniem Zamawiającego działać tylko łącznie z innym prokurentem. W ocenie Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego było wadliwe, a dokument wadialny – właściwie podpisany, ponieważ z odpisu z KRS wynika wprost, że poręczyciel może być reprezentowany przez członka zarządu łącznie z prokurentem.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Odwołania nie można było uwzględnić zdaniem Zamawiającego chociażby z przyczyn formalnych, ponieważ odwołanie nie zostało wniesione od odrzucenia oferty. Zamawiający rozróżniał odrzucenie oferty od wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ponadto zauważał, że Odwołujący nie odwołał się od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z ostrożności odnosząc się merytorycznie do sformułowanych zarzutów wskazywał, że odnośnie art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych nie wskazano żadnego naruszenia, nie mogło dojść do nierównego traktowania wykonawców, ponieważ żadnych wątpliwości odnośnie sposobu reprezentacji nie zaistniały wobec dokumentów złożonych w ofertach innych wykonawców (przystępujący wniósł wadium w gotowce). Co do naruszenia art. 92 ust 1 Prawa zamówień publicznych, jakoby Zamawiający zaniechał uzasadnienia odrzucenia oferty to Zamawiający zauważał, że sam Odwołujący uzasadnienie to cytuje w odwołaniu, poza tym z treści odwołania wynika, że uzasadnienie to było zrozumiałe, ponieważ jednoznacznie chodzi o błąd w reprezentacji.

Odnośnie naruszenia art. 89 ust 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych Zamawiający wskazywał, że zarzut został podniesiony niezasadnie. Jako dowód składał uchwałę zarządu Mazowieckiego Funduszu Poręczeń Kredytowych sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z 21.06.2016 r. Wynika z niej, że zarząd jednoznacznie udzielił prokury łącznej dwóm prokurentom, przy czym wskazano, że każdy z powołanych prokurentów wykonuje prawo reprezentacji wraz z drugim prokurentem. Zamawiający podnosił, że prokura jest szczególną formą pełnomocnictwa i w uchwale jednoznacznie określono sposób działania prokurentów. Argumentował, że przepisy kodeksu cywilnego nie mogą działać wstecz, a brak szczególnych dodatkowych przepisów przejściowych. Zmiana nastąpiła 01.01.2017 r. Przywoływał brzmienie art. 109⁴ § 1¹ Kc.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Odnosząc kwestie formalnych, podnoszonych przez Zamawiającego na rozprawie, iż zarzuty odwołania zostały sformułowane nieprawidłowo, Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego. O ile podstawa faktyczna zarzutu jest sformułowana w sposób jasny i zrozumiały, ewentualne błędne przypisanie podstawy prawnej nie ma znaczenia dla możliwości rozpatrzenia zarzutu.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny, jedynie strony wywodziły z niego inne konsekwencje prawne. Izba ustaliła, co następuje:

1. Odwołujący wniósł wadium w formie poręczenia Mazowieckiego Funduszu Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wpisanego do Krajowego Rejestru Sądowego w Sądzie Rejonowym dla M. St. Warszawy w Warszawie, Wydział XIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000171197 (dalej także jako „Poręczyciel”). Mazowiecki Fundusz Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. jest podmiotem, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Zatem Nextbike wniósł wadium w formie poręczenia udzielanego przez podmiot, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2014 r. poz. 1804 oraz z 2015 r. poz. 978 i 1240). Dokument wadium został podpisany przez członka zarządu i prokurenta.

2. Zgodnie z odpisem z KRS poręczyciela, w dziale drugim, przewidziano następującą reprezentację spółki: „do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem”. Prokury udzielono dwóm prokurentom, z zastrzeżeniem, że jest to prokura łączna z innym prokurentem.

3. W dniu 3 marca 2017r. Zamawiający poinformował Nextbike o wyborze oferty BikeU jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Nextbike. Zamawiający wskazał, że oferta Nextbike podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych, ponieważ „Oświadczenie poręczyciela zostało udzielone niezgodnie ze sposobem jego reprezentacji. Oświadczenie zostało podpisane przez członka zarządu i jednego prokurenta pomimo, iż dla poręczyciela ustanowiono prokurę łączną (zgodnie z wpisem do KRS konieczne było łączne współdziałanie dwóch prokurentów, ewentualnie poręczenie mogło być podpisane przez dwóch członków zarządu”. Z taką czynnością Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w całości i nie stwierdziła podstaw do odrzucenia jego oferty.

1. Nie można nie podzielić ogólnych rozważań o prokurze, zawartych w odwołaniu: Prokura

jest rodzajem pełnomocnictwa. Aktualnie instytucja ta uregulowana jest w art. 109¹-109⁹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459) (dalej: „kc”). Ma ona ustawowo określony zakres umocowania, a jej udzielenie oraz wygaśnięcie podlega zgłoszeniu celem wpisania do rejestru. Prokura może być udzielona jednej osobie lub kilku osobom. W tym wypadku może być udzielona każdej z kilku osób oddzielnie (prokura oddzielna, samodzielna) lub kilku z nich łącznie (prokura łączna). Udzielenie prokury kilku osobom łącznie oznacza, że osoby te mogą skutecznie dokonać w imieniu spółki czynności objętej zakresem przysługującego im umocowania tylko wspólnie. Nie oznacza jednak, że prokurent, dla którego ustanowiono prokurę łączną, nie może reprezentować spółki łącznie z członkiem zarządu.

2. Sposób reprezentacji w spółce kapitałowej powinna określać umowa spółki. Jeżeli umowa nie reguluje tej kwestii, to w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (taką formę prawną przyjął Poręczyciel), zgodnie z art. 205 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1578; dalej: „ksh”) do reprezentacji spółki uprawnionych jest dwóch członków zarządu albo jeden członek zarządu działający z prokurentem. Zgodnie z art. 254 ksh, jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem (analogiczne postanowienie zostało zawarte w umowie spółki Poręczyciela). Powyższe nie wyłącza ustanowienia prokury i nie ogranicza praw prokurentów wynikających z przepisów o prokurze.

Zatem oprócz zastępstwa spółki handlowej przez prokurenta (prokurentów), przepisy kodeksu spółek handlowych przewidują reprezentację spółki handlowej przez prokurenta łącznie z członkiem zarządu.

3. Odwołujący trafnie w ocenie składu orzekającego podnosił, iż: ustawowe lub umowne czy statutowe zasady reprezentacji spółki nie wpływają na zakres uprawnień jej prokurentów. Udzielenie prokury samoistnej (jednoosobowej) przez spółkę, w której zarząd obowiązuje zasada reprezentacji łącznej, nie wyłącza prawa prokurenta do samodzielnego reprezentowania spółki. Obowiązek współdziałania z innym członkiem zarządu czy prokurentem dotyczy wówczas członków zarządu, ale nie prokurenta (tak: Katarzyna Kopaczyńska-Pieczniak Komentarz do art. 109(4) Kodeksu cywilnego, Lex Omega). Ponadto jednoznaczne stanowisko w przedmiotowej kwestii zajął Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z 2 grudnia 2005 r. (sygn. akt II Ca 1049/05), w którym stwierdził, że art. 205 § 3 ksh w pewnym stopniu daje priorytet prokurze jednoosobowej, gdy jest ustanowiona reprezentacja łączna w spółce. Wówczas to zarząd musi respektować reguły reprezentacji łącznej, natomiast prokurent może wystąpić samodzielnie. Ustanowieni prokurenci jednoosobowi nie niweczą zasady reprezentacji

łącznej przez członków zarządu. Dlatego jeżeli ustanowiona jest reprezentacja łączna członków zarządu czy też zarządu z prokurentem, w każdym przypadku prokurent, gdy ma prokurę samoistną, może reprezentować spółkę samodzielnie. Podobnie jest z prokurą łączną.

4. Odwołujący również słusznie w ocenie składu orzekającego zauważał, że w uchwale z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. III CZP 34/14, Sąd Najwyższy wprost dopuścił możliwość reprezentacji spółki polegającej na tym, że oświadczenie woli w imieniu spółki może złożyć jeden z prokurentów łącznych i członek zarządu:

„Możliwość dopuszczenia prokury łącznej mieszanej, czyli takiej, w której oświadczenie woli za spółkę składa jeden prokurent i jeden członek zarządu, może de lege lata wynikać tylko z umowy spółki lub z statutu. Za dopuszczalne na mocy art. 38 kc należy uznać określenie w umowie (statucie) spółki takiego sposobu reprezentacji spółki, że oświadczenie woli w imieniu spółki może złożyć jeden z prokurentów łącznych i członek zarządu. Tylko taka prokura łączna mieszana jest dopuszczalna na tle przepisów kodeksu cywilnego i kodeksu spółek handlowych. O sposobie reprezentacji spółki może bowiem decydować ustawa lub oparty na niej statut (umowa spółki), a nie oświadczenie woli członków zarządu spółki.”

Należy zauważyć, że w toku rozprawy, ani Zamawiający ani Przystępujący nie kwestionowali, co do zasady, możliwości reprezentacji Poręczyciela przez członka zarządu łącznie z prokurentem, ale wskazywali, że w takim wypadku przy sposobie reprezentacji spółki w odpisie z KRS powinno być wskazane, że członek zarządu może reprezentować spółkę łącznie z prokurentem łącznym. Zdaniem składu orzekającego, mimo braku takiego wskazania w dziale drugim odpisu z KRS Poręczyciela (przewidziano następującą reprezentację spółki: „do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem”, bez dopisania, przy wskazaniu prokurenta, że jest on prokurentem „łącznym”), taki sposób reprezentacji wynika z zestawienia opisu sposobu reprezentacji spółki z opisem sposobu działania prokurentów (prokura łączna).

W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego, wydany dokument wadialny jest podpisany zgodnie z odpisem z KRS Poręczyciela. Rzeczywiście przy określaniu sposobu reprezentacji przez zarząd nie dookreślono, że członek zarządu może działać wspólnie z prokurentem łącznym, jednak tylko taka prokura (łączna) została uwidoczniona w KRS. Nawet jeżeli uznawać, wobec tego reprezentację członka zarządu z prokurentem jako niezgodną z poglądami doktryny, to sposób reprezentacji zgodny z odpisem z KRS, a równocześnie z umowa spółki (strony były zgodne ze sposobem reprezentacji w KRS został literalnie transponowany z umowy spółki) nie może być skutecznie podważony jako wątpliwy chociażby ze względu na rękojmię wiary publicznej wpisów do KRS.

Analogiczna konkluzja zawarta w uchwale SN z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. III CZP 34/14: „Przyjęta wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej nie ma zastosowania do oceny skutków czynności prawnych dokonanych przez ustanowionych niezgodnie z nią prokurentów. Biorąc pod uwagę, że istniała długoletnia, tolerowana przez wiele sądów rejestrowych praktyka uznawania tzw. prokur łącznych niewłaściwych, przyjęta wykładnia przepisów o prokurze nie powinno prowadzić do podważenia bezpieczeństwa obrotu i możliwości pozbawiania skuteczności wielkiej liczby czynności prawnych, dokonanych przez prokurentów ustanowionych w ten sposób. Skoro ustanawianie tego rodzaju prokur było spowodowane występowaniem rozbieżności interpretacyjnych w stosowaniu prawa przez podmioty zobowiązane do przestrzegania prawa oraz przez organy powołane do ich stosowania, istnieje możliwość ograniczenia wstecznego stosowania ustalonej interpretacji przepisu”. Reasumując, wykładnia nie może prowadzić do zachwiania pewności obrotu. W analogiczny sposób co do skuteczności reprezentacji, Izba wypowiedziała się w orzeczeniach sygn. akt KIO 1728/15, KIO 1739/15 oraz sygn. akt KIO 1743/16.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że przez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 b Prawa zamówień publicznych, i w konsekwencji – do naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, co miało wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji, uwzględniając odwołanie.

Natomiast nie doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ uzasadnienie odrzucenia oferty było wystarczające, na co wskazuje już sama treść odwołania, bowiem Odwołujący prawidłowo zidentyfikował jako postawę do polemiki z decyzją Zamawiającego podstawę faktyczną odrzucenia oferty (uznanie wadium zabezpieczającego złożoną ofertę za wadliwie podpisane).

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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....