

Sygn. akt: KIO 1803/21

**WYROK**  
z dnia 18 sierpnia 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 18 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Atende Medica Sp. z o.o., Al. Wilanowska 313, 02-665 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu, al. Niepodległości 34, 61-714 Poznań** działającego w mieniu własnym i upoważnione do przeprowadzenia postępowania w imieniu i na rzecz podmiotów wymienionych w dokumentacji, w tym uzasadnieniu odwołania, których przedstawicielem wykonującym czynności w postępowaniu jest **Szpital Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Lutycka 34**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.1 Zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający:

1. Szpital Powiatowy im. prof. Romana Drewsa; ul. Żeromskiego 29, 64-800 Chodzież;
2. Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Czarnkowie;
3. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Grodzisku Wielkopolskim;
4. Szpital Powiatowy w Jarocinie spółka z o.o.;
5. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kępnie;
6. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kole;
7. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie;
8. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krotoszynie;
9. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Międzychodzie;
10. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Kazimierza Hołogi, Nowy Tomyśl;
11. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Obornikach;
12. Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim;
13. Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o.; Aleja Wolności 4, 63-500 Ostrzeszów;
14. Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica;
15. Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o.;
16. Szpital Miejski im. Franciszka Raszei w Poznaniu; ul. Mickiewicza 2;
17. Zakład Opiekuńczo-Leczniczy i Rehabilitacji Medycznej SPZOZ; ul. Mogileńska 42, Poznań;
18. Poznański Ośrodek Specjalistycznych Usług Medycznych; al. Solidarności 36, Poznań;
19. Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. Józefa Strusia z Zakładem Opiekuńczo - Leczniczym. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej; ul. Szwajcarska 3, Poznań;
20. Szpital w Puszczykowie im. Prof. S.T. Dąbrowskiego S.A.;
21. Szpital Powiatowy w Rawiczu Sp. z o.o.;
22. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupcy;
23. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Szamotułach;
24. Szpital Powiatowy im. Tadeusza Malińskiego w Śremie sp. z o. o.; Śrem;
25. Szpital Średzki Serca Jezusowego sp. z o. o.; ul. Żwirki i Wigury 10, Środa Wielkopolska;
26. Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II w Trzciance; 64-980 Trzcianka;
27. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Turku; Poduchowne 1, ;
28. Zespół Opieki Zdrowotnej w Wągrowcu; ul. Kościuszki 74, Wągrowiec;
29. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Wolsztynie;

30. Szpital Powiatowy we Wrześni Sp. z o.o.;
  31. Szpital Powiatowy w Wyrzysku Sp. z o.o.;
  32. Szpital Powiatowy im. Alfreda Sokołowskiego w Złotowie; ul. Szpitalna 28, Złotów;
  33. Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu;
  34. Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie; ul. Szpitalna 45,
  35. Wielkopolskie Centrum Neuropsychiatryczne im. Oskara Bielawskiego w Kościanie;
  36. Wielkopolskie Centrum Medycyny Pracy; ul. Poznańska 55 A, 60-852 Poznań;
  37. Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Śremie; ul. Mickiewicza 95;
  38. Zakład Opiekuńczo-Lecznicy w Śremie; ul. Promenada 7;
  39. Centrum Rehabilitacji im. Prof. Mieczysława Walczaka w Osiecznej, 64-113 Osieczna;
  40. Poznański Ośrodek Zdrowia Psychicznego; os. Kosmonautów 110; 61-642 Poznań;
  41. Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu; ul. Krysiewicza 7/8, 61-825 Poznań;
  42. Szpital Rehabilitacyjno-Kardiologiczny w Kowanówku; Kowanówko, 64- 600 Oborniki;
  43. SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Gostyniu;
  44. Wojewódzki Zakład Opieki Psychiatrycznej Sp. z o.o.; Sokołówka 1, 62-840 Koźminek;
  45. Zakład Leczenia Uzależnień w Charcicach; Charcice 12, 64-412 Chrzypsko Wielkie;
  46. Szpital Pomnik Chrztu Polski; ul. Świętego Jana 9, 62-200 Gniezno;
  47. Województwo Wielkopolskie, al. Niepodległości 34, 61-714 Poznań;
- w imieniu, których postępowanie prowadzi spółka Szpitale Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwana przedstawicielem Województwa Wielkopolskiego) ul. Lutycka 34/budynek A, 60-415 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na: „Dostawę, instalację i wdrożenie aplikacji i systemów szpitalnych. Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego, oraz dostawę Systemu Autoryzacji - ETAP II - SzW/7/2020" część XIII - Dostawa, instalacja i wdrożenie modułów/licencji Systemu HIS, Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz Systemu Autoryzacji - Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o., Nr ref. 0638/OŁD/ŁA/2020. Ogłoszenie w DU.UE nr 2020/S 251-628099 z dnia 24 grudnia 2020 r. Postępowanie zostało zatem wszczęte w 24 grudnia 2020 r.

Odwołujący: Atende Medica Sp. z o.o. Al. Wilanowska 313 02-665 Warszawa wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej nieważność z powodu załączenia wadliwego pełnomocnictwa do reprezentowania Odwołującego, podczas, gdy osoba, która składała ofertę jest osobą należycie umocowaną do reprezentowania Odwołującego,
- art. 26 ust. 3a Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa w związku ze stwierdzeniem jego wadliwości, mimo iż zgodnie ze wskazanym przepisem powstaje taki obowiązek po stronie Zamawiającego, gdy stwierdzi on wadliwość pełnomocnictwa,
- art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wskazania przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, a konkretnie przepisu prawa, który powoduje jej nieważność w zaistniałych okolicznościach i jest podstawą do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty,
- art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Z ostrożności również naruszenie przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, (.../) w zakresie dokumentów jakich żądał on od Odwołującego w wezwaniu z 30 kwietnia oraz 11 maja 2021 roku: tj. dowodu zawiadomienia o posiedzeniu Rady Nadzorczej 22 stycznia 2021 roku nieobecnego członka Rady Nadzorczej,

umowy spółki Odwołującego, dokumentów potwierdzających, że na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników odwołującego w dniu 21 stycznia 2021 r. o godzinie 16.00 faktycznie reprezentowany był cały kapitał zakładowy odwołującego, co stanowi naruszenie polegające na żądaniu przez Zamawiającego dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia Postępowania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu i w jej konsekwencji przeprowadzenie badania i oceny ofert w udziałem Odwołującego.

Odwołujący złożył ważną ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 7 czerwca 2021 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jego oferty z uwagi na jej nieważność z powodu załączenia do oferty wadliwego pełnomocnictwa do reprezentowania Odwołującego.

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji wskazuje na prowadzony w toku Postępowania proces wyjaśnień w zakresie umocowania do reprezentowania osoby podpisującej w imieniu Odwołującego ofertę, do którego był zobowiązany wobec braku odpowiednich wpisów w KRS dotyczących osób uprawnionych do reprezentowania Odwołującego. Zamawiający

wskazuje na rzekome rozbieżne przedstawienie stanu faktycznego przez Odwołującego w wyjaśnieniach i przedstawionych dokumentach. Zamawiający wyciąga wniosek, że przekazane mu w ramach wyjaśnień protokoły potwierdzenia przejścia udziałów spółki Atende Medica zostały sporządzone przed godziną 16.00 21 stycznia 2021 roku, a w związku z tym w zgromadzeniu wspólników Odwołującego o godzinie 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku brały udział osoby, które na ten moment wspólnikami już nie były. Na tej podstawie, zdaniem Zamawiającego, nieważne są kolejno: uchwała powołująca przez Wspólników Odwołującego Członków Rady Nadzorczej w dniu 21 stycznia 2021 roku, uchwała Rady Nadzorczej powołująca skład Zarządu, a także pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego w Postępowaniu udzielone przez tak powołaną osobę do Zarządu.

Twierdzenie to nie ma odzwierciedlenia jednak w stanie faktycznym i jest wywiedzione przez Zamawiającego wbrew przedstawionym przez Odwołującego dokumentom.

Prawdą jest, że 21 stycznia 2021 r. doszło do zbycia przez dwóch dotychczasowych jej udziałowców - Atende SA i p. M.N. - udziałów, jakie posiadali oni w tej spółce (Odwołujący). Jak wynika z treści przedłożonych protokołów, zawarcie umów (trzech zawartych w tym dniu) sprzedaży udziałów nastąpiło pomiędzy godziną 12.25 i godziną 12.30. Na podstawie tych umów dotychczasowi udziałowcy zobowiązywali się do sprzedaży na rzecz nowych udziałowców określonej liczby udziałów za określona kwotę na zasadach określonych w umowie sprzedaży. Protokoły wskazują również dalsze dokonane czynności, w tym w każdym przypadku godzinę uiszczenia całej kwoty przez nowego udziałowca za nabywane udziały i uznanie rachunku bankowego dotychczasowego udziałowca tą kwotą. Protokoły zawierają również informację, że nowy udziałowiec stał się właścicielem udziałów będących przedmiotem transakcji. Z protokołu nie wynika jednak godzina o jakiej protokół został sporządzony, chociaż zostały one sporządzone w formie potwierdzającej notarialnie podpisy osób go podpisujących. Jednoznacznie natomiast z treści protokołu wynika, że w ramach transakcji zostały spełnione warunki i zasady określone w umowie sprzedaży udziałów, a sporządzony protokół jest protokołem, o którym mowa w § 3 tej umowy. Wydaje się zatem, że Zamawiający na bazie tych informacji, bez wystarczającej analizy treści protokołów, niesłusznie, uznał, że przeniesienie własności udziałów nastąpiło po uiszczeniu ceny zakupu udziałów, nie zauważając innych czynności wskazanych przynajmniej w protokole dotyczącym zbycia udziałów przez Atende SA. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że protokół został sporządzony przed godziną 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku.

To ustalenie jest błędne. Zgodnie z umowami sprzedaży udziałów, zawartymi 21 stycznia 2021 r. pomiędzy godziną 12.25 a godziną 12.30, do przejścia własności udziałów niezbędne było dokonanie szeregu różnych czynności określonych w § 3, w tym czynności opisanych w protokole potwierdzenia przejścia udziałów spółki Atende Medica. Każda z umów zawiera

jednocześnie zapis, że przejście własności udziałów następuje dopiero z chwilą podpisania protokołu potwierdzającego wykonanie czynności po podpisaniu umowy wskazanych w jej § 3. Oznacza to, że moment przejścia udziałów nie mógł nastąpić zanim nie zostały wykonane wszystkie czynności bardzo precyzyjnie w nim wskazane w umowach sprzedaży udziałów. Co istotne dla sprawy, przepisy prawa pozwalają na dowolne ustalenie przez strony momentu przejścia własności udziałów, tak jak miało to miejsce w tym stanie faktycznym. Wyciąganie wniosków, że protokół potwierdzający przelew środków pieniężnych, wynagrodzenia z tytułu transakcji dotyczącej udziałów może być odczytywany bez postanowień zawartych w umowie, do której się odwołuje jest nieuzasadnione i doprowadziło Zamawiającego do błędnych wniosków.

Jedną z wyżej wymaganych czynności, dla dopełnienia transakcji dotyczącej zbycia udziałów przez Atende SA, było przeprowadzenie zgromadzenia wspólników dotychczasowych udziałowców Odwołującego, którego celem było powołanie nowej Rady Nadzorczej Odwołującego. Odwołujący zwraca uwagę, że w udostępnionej Zamawiającemu umowie spółki Odwołującego znajduje się szczególny zapis dotyczący powoływania członków Rady Nadzorczej, który przypisał uprawnienie do powołania takiej osoby konkretnie udziałowcowi Atende SA. Wątpliwa byłaby skuteczność dokonania tej czynności przez nowych wspólników (bez uprzedniej zmiany umowy spółki), zatem przed przejściem własności udziałów ale po dokonaniu zapłaty za nie, konieczne było przeprowadzenie zgromadzenia dotychczasowych wspólników. Bezwzględnie na moment tego posiedzenia (NZW), to jest na godzinę 16.00 w dniu 21 stycznia 2020 roku, właścicielami udziałów spółki Atende Medica Sp. z o.o. pozostawały Atende SA, p. M.N. i p. T.J. i wyłącznie oni uprawnieni byli do przeprowadzenia zgromadzenia w trybie art. 240 ksh a także podjęcia uchwał w sprawie powołania dwóch członków rady nadzorczej Atende Medica Sp. z o.o. Okoliczność tą potwierdza udostępniony Zamawiającemu protokół z posiedzenia NZW.

Odwołujący wskazuje również, że w toku Postępowania Zamawiający występował do niego z wezwaniami do wyjaśnień w ramach art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i uzupełnienia oferty w zakresie udzielonego pełnomocnictwa (wezwanie z dnia 30 kwietnia 2021 roku) oraz do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających skuteczność udzielonego pełnomocnictwa dla pani K.S. do złożenia oferty.

Odwołujący wskazuje w pierwszej kolejności, że do oferty zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 2 kwietnia 2021 roku udzielone p. K.S. przez Prezesa Zarządu R.D. i prokurenta A.C. Odwołujący, wiedząc, że na dzień składania ofert właściwy Sąd nie dokonał wpisu do KRS dokonanych zmian w składzie udziałowców, Rady Nadzorczej oraz Zarządu, razem z ofertą złożył dokumenty potwierdzające uprawnienia tych osób do reprezentacji Odwołującego. Między innymi w dokumentach tych złożone zostały protokół i uchwały NZW z dnia 21 stycznia 2021 roku, Rady Nadzorczej z dnia 22 stycznia 2021 roku, uchwała o powołaniu

prokurenta z dnia 4 marca 2021 roku. Zamawiający zatem posiadał te dokumenty już od chwili otwarcia ofert.

W dniu 30 kwietnia 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do:

- przedstawienia dowodu zawiadomienia o posiedzeniu Rady Nadzorczej w dniu 22 stycznia 2021 roku nieobecnego członka Rady Nadzorczej - p. G.J.,
- wyjaśnienia jakie osoby były współnikami Atende Medica Sp. z o.o. na dzień 21 stycznia 2021 roku,
- złożenia wyjaśnień dotyczących spółki C. Project Sp. j. w zakresie momentu i podstawy na jakiej podmiot ten stał się współnikiem Odwołującego;
- okazania umowy spółki Odwołującego obowiązującej na dzień 22 stycznia 2021 roku celem ustalenia, czy umowa nie przewiduje surowszych wymagań dotyczących kworum rady nadzorczej przy podejmowaniu uchwał niż określone w art. 222 § 1 ksh

W odpowiedzi, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Odwołujący w dniu 7 maja 2021 roku, złożył stosowane dokumenty:

- informację od członka rady nadzorczej p. G.J. potwierdzającą, że był on zawiadomiony o posiedzeniu Rady w dniu 22 stycznia 2021 roku,
- umowę spółki Odwołującego obowiązującą na dzień 22 stycznia 2021 roku, oraz wyjaśnienia, z których wynikało, że w dniu 21 stycznia 2021 roku współnikami byli Atende SA, p. M.N. i p. T.J., ale jeszcze tego samego dnia, wobec sprzedaży udziałów przez Atende SA i p. M.N., po sfinalizowaniu transakcji udziałowcami zostały inne podmioty, w tym C. Project Sp. j.

W dniu 11 maja 2021 roku Zamawiający ponownie wystąpił do Odwołującego o złożenie wyjaśnień i przedłożenia dokumentów, że na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników Odwołującego w dniu 21 stycznia 2021 r. o godzinie 16.00 faktycznie był reprezentowany cały kapitał zakładowy. W dniu 14 maja 2021 roku Odwołujący przedłożył Zamawiającemu kopię protokołu NZW z godziny 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku. Protokół ten był już w posiadaniu Zamawiającego, gdyż został złożony wraz z ofertą i kopią wniosku o dokonanie rejestracji zmian w KRS. Z dokumentu tego wynika, że o godzinie 16.00 w dniu 21 stycznia miało miejsce, zwołane w trybie art. 240 ksh, Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników, w którym uczestniczyli ówcześni jeszcze wspólnicy: Atende SA, p. T.J. i p. M.N. Do protokołu została załączona lista obecności i podjęte uchwały. Z treści protokołu wynika, co nawet cytuje Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, że sensem tego zgromadzenia było podjęcie uchwał o powołaniu nowych członków Rady Nadzorczej jako kolejnego etapu transakcji - w związku z zawarciem pomiędzy Atende SA - współnikiem Spółki a Konsultant IT Sp. z o.o. umowy sprzedaży wszystkich posiadanych w Atende Medica udziałów, otrzymaniem przez Atende SA zapłaty ceny „/ innych wymaganych na dzień dzisiejszy zobowiązań zgodnie z harmonogramem uzgodnionym w przedmiotowej umowie”.



Zamawiający posiadając te wszystkie informacje podjął w dniu 7 czerwca 2021 roku decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując iż:

- zapis protokołu z obrad NZW Odwołującego z dnia 21 stycznia 2021 roku i wyjaśnienia Odwołującego z dnia 7 maja 2021 roku przedstawiały rozbieżny stan faktyczny;
- Odwołujący w dniu 17 maja 2021 roku w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przedłożył tylko trzy protokoły przejęcia udziałów;
- z przedłożonych dokumentów - protokołów przejęcia udziałów wynika, że transakcje przejęcia udziałów nastąpiły w dniu 21 stycznia 2021 roku przed godziną 16.00;
- z przedłożonych dokumentów - protokołów przejęcia udziałów wynika, że o godzinie 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku udziałowcami Odwołującego byli Konsultant IT Sp. z o.o., C. Project sp. j oraz p. T.J.;
- z przedłożonych dokumentów - protokołu NZW z godziny 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku wynika, że brały w tym posiedzeniu udział podmioty, które nie były już współnikami Odwołującego;
- nieważna są uchwały o wyborze członków Rady Nadzorczej Odwołującego podjęte na NZW w dniu 21 stycznia 2021 roku o godzinie 16.00;
- nieważna jest uchwała o wyborze Prezesa Zarządu Odwołującego z dnia 22 stycznia 2021 roku podjęta przez Członków Rady Nadzorczej wybranych w dniu 21 stycznia 2021 roku;
- osoba podpisująca ofertę, której pełnomocnictwa udzielił między innymi Prezes Zarządu w dniu 2 kwietnia 2021 roku była nieuprawniona do reprezentacji Odwołującego.

Żadne z powyższych ustaleń nie jest prawdziwe.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że w dniu 21 stycznia 2021 r., jak wyżej wskazano, doszło do transakcji zbycia udziałów posiadanych przez część udziałowców w Atende Medica Sp. z o.o. Transakcja ta była powiązana z innymi, szczegółowo opisanymi w umowie zawartej pomiędzy dotychczasowymi i nowymi udziałowcami, czynnościami, które miały nastąpić po sobie, jednak nie wcześniej niż po zawarciu umowy sprzedaży udziałów. Dla ważności transakcji i dla przejścia udziałów, strony w umowie określiły specyficzne wymaganie, polegające na wypełnieniu wszystkich wskazanych w umowie warunków przewidzianych dla transakcji. Jednym słowem, strony ustaliły, że momentem przejścia własności udziałów nie będzie dokonanie zapłaty za udziały, ale dokonanie zapłaty i realizacja przez każdą ze stron określonych czynności. Zamawiający, wydaje się natomiast, wychodzi z błędnego założenia, że sama zapłata za udziały zamykała transakcję. W kontekście stanu faktycznego wyżej wskazane ustalenia Zamawiającego są nieprawidłowe, gdyż:

- zapis protokołu z obrad NZW Odwołującego z dnia 21 stycznia 2021 roku i wyjaśnienia Odwołującego z dnia 7 maja 2021 roku nie przedstawiają rozbieżnego stanu

faktycznego. Protokół NZW wskazuje, że o godzinie 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku przeprowadzone zostało - przewidziane w umowie dotyczącej transakcji zbycia udziałów Odwołującego - zgromadzenie wspólników dotychczasowych - to jest Atende SA, p. M.N. i p. T.J., które miało przyjąć rezygnacje dotychczasowych członków Rady Nadzorczej Odwołującego i powołać nowych członków tego organu. Czynność ta, zgodnie z umową, miała być dokonana po dokonaniu zapłaty za udziały, a brak jej przeprowadzenie skutkowałby niedojściem transakcji zbycia udziałów do skutku. W wyjaśnieniach złożonych w dniu 7 maja 2021 roku Odwołujący wskazał - nie wskazując dokładnej godziny - że w dniu 21 stycznia 2021 roku przez część dnia udziałowcami Odwołującego byli Atende SA, p. M.N. i p. T.J., natomiast po sfinalizowaniu transakcji (a nie dokonaniu zapłaty za udziały), jeszcze w dniu 21 stycznia 2021 roku właścicielami udziałów Odwołującego, w miejsce Atende SA i p. M.N., zostali Konsultant IT Sp. z

o.o., C. Project Sp. z o.o. Bez zmian natomiast pozostał udział p. T.J.

- Odwołujący w dniu 17 maja 2021 roku w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przedłożył trzy protokoły potwierdzenia przejścia udziałów oraz protokół z posiedzenia NZW z dnia 21 stycznia 2021 roku z godziny 16.00, który potwierdzał okoliczność do wykazania której Zamawiający wzywał odwołującego w dniu 11 maja 2021 roku. Zamawiający wzywał Odwołującego do „przedłożenia wyjaśnień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników Atende Medica Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zwołanym na dzień 21 stycznia 2021 roku na godzinę 16.00 faktycznie reprezentowany był cały kapitał zakładowy Wykonawcy.” Jedynym dokumentem, który ta okoliczność może potwierdzić jest lista obecności NZW będąca załącznikiem do protokołu z posiedzenia NZW. Odwołujący jednocześnie zaznacza, że dokument ten był już w posiadaniu Zamawiającego, gdyż został złożony wraz z ofertą na potwierdzenie skuteczności udzielonego pełnomocnictwa dla p. K.S. Odwołujący zatem wykonał dokładnie polecenie Zamawiającego i złożył taki dokument jaki mógł złożyć na potwierdzenie wskazanych przez Zamawiającego okoliczności, a dodatkowo, celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, złożył protokoły potwierdzające przejście udziałów.

- z przedłożonych dokumentów - protokołów przejęcia udziałów nie wynika, że transakcje przejęcia udziałów nastąpiły w dniu 21 stycznia 2021 roku przed godziną 16.00. Z dokumentów tych wynika jedynie data i godzina zawarcia umowy sprzedaży udziałów Odwołującego oraz godziny pozostałych dokonanych czynności, z których ostatnia zakończyła się o 16.30, co oznacza, że protokoły te nie mogły być sporządzone przed godziną 16.00. Nawet gdyby przyjąć, że czynność ta wskazana jest jedynie w jednym z protokołów, dotyczącym transakcji pomiędzy Atende SA i Konsultant IT Sp. z o.o., to okoliczność, że protokoły te zostały sporządzone po godzinie 16.30 potwierdzają chociażby numery repertorium Kancelarii Notarialnej potwierdzającej podpisy osób je składające.

Najwcześniejszy protokół - właśnie ten, z którego wynika, że strony dokonywały czynności po godzinie 16.30 w dniu 21 stycznia 2021 roku - oznaczony jest jako numer Repertorium A 443/2021, pozostałe dwa natomiast jako Repertorium A 447/2021 i Repertorium A 451/2021. Jest to jednoznaczne potwierdzenie, że protokoły nie mogły zostać sporządzone przed godziną 16.00, jak twierdzi Zamawiający. Odwołujący podkreśla jedynie na marginesie, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 kwietnia 1991 roku w sprawie prowadzenia ksiąg notarialnych oraz przekazywania na przechowywanie dokumentów sądom rejonowym, do repertorium A wpisuje się w porządku chronologiczny, wszystkie czynności notarialne (§ 2 ust.1), natomiast wpisanie czynności następuje niezwłocznie po ich zakończeniu (§ 2 ust. 2).

- z przedłożonych dokumentów - protokołów przejęcia udziałów nie wynika, że o godzinie 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku udziałowcami Odwołującego byli Konsultant IT Sp. z o.o., C. Project sp. j oraz p. T.J. Z dokumentów tych wynika jedynie data i godzina zawarcia umowy sprzedaży udziałów Odwołującego oraz godziny pozostałych dokonanych czynności, z których ostatnia zakończyła się o 16.30, co oznacza, że protokoły te nie mogły być sporządzone przed godziną 16.00.

- z przedłożonych dokumentów - protokołu NZW z godziny 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku nie wynika, by brały w tym posiedzeniu udział podmioty, które nie były już współnikami Odwołującego na ten moment. Jak wyżej wskazano, ostatnia czynność transakcji, jaką było przeprowadzenie zgromadzenia współników Odwołującego w dotychczasowym składzie celem dokonania zmian w składzie Rady Nadzorczej odwołującego, odbyło się o godzinie 16.00. W Protokole potwierdzenia przejścia udziałów czynność ta odnotowana jest jako czynności pomiędzy godziną 15.55 a 16.30 w dniu 21 stycznia 2021 roku. Osoba reprezentująca ówczesnego współnika - Atende SA i jednocześnie ówczesny członek Rady Nadzorczej potwierdziła w protokole, że reprezentowany jest na tym posiedzeniu cały aktualny kapitał zakładowy i w posiedzeniu biorą udział jedynie osoby do tego uprawnione.

- ważne są uchwały o wyborze członków Rady Nadzorczej Odwołującego podjęte na NZW w dniu 21 stycznia 2021 roku o godzinie 16.00, gdyż zostały dokonane przez aktualnych wówczas udziałowców, a zdolność zgromadzenia do podejmowania uchwał została potwierdzona. Tym samym, jeżeli ważne są uchwały powołujące nowych członków Rady Nadzorczej, to ważne pozostają również dokonywane przez te osoby czynności, w tym powołanie członków Zarządu w dniu 22 stycznia 2021 roku, a także dalsze czynności dokonywane przez powołany Zarząd.

Odwołujący wskazuje, że wszystkie wyżej opisane okoliczności Zamawiający mógł ustalić na podstawie posiadanych dokumentów. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że w jego ocenie, błąd w rozumowaniu Zamawiającego oparty jest o założenie, że zawarcie umowy sprzedaży

udziałów i dokonanie zapłaty zawsze powoduje bezpośrednie przejście własności udziałów. Tymczasem strony umów dotyczących udziałów Odwołującego, przyjęły inne, dopuszczalne prawem rozwiązanie, wskazując w treści umów, że momentem przejścia prawa własności udziałów, a tym samym wszelkich uprawnień do wykonywania prawa głosu z tych udziałów, nastąpiło w momencie podpisania protokołu potwierdzającego wykonanie czynności po podpisaniu umowy określonych w § 3 umowy zbycia udziałów. Ponieważ na godzinę 16.00 w dniu 21 stycznia 2021 roku czynności wskazane w § 3 umowy zbycia udziałów nadal były w toku - co potwierdza chociażby protokół z posiedzenia Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników, to protokoły zostały przez strony transakcji podpisane nie wcześniej niż o 16.30. Okoliczności te potwierdzają przy tym dokumenty sporządzone w obecności notariusza w formie podpisów poświadczonych notarialnie.

Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, który to przepis nakazuje odrzucić ofertę w sytuacji, gdy jest ona nieważna na podstawie innych przepisów prawa. Zamawiający powołując się na tę przesłankę w decyzji o odrzuceniu oferty winien był wskazać taki przepis prawa. Potwierdza to orzeczenie Izby w sprawie o sygnaturze KIO 1198/19 w którym Izba stwierdziła „Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnego konkretnego przepisu prawa. Przepis ten musi ustanawiać sankcję nieważności czynności dokonanej z naruszeniem określonego przepisu. Podmiot zarzucający brak odrzucenia oferty z powodu jej nieważności zobowiązany jest do wskazania przepisu prawa, który stanowi o nieważności danej oferty.” Zamawiający jednak takiego przepisu prawa nie wskazał. Co prawda w treści uzasadnienia, Zamawiający stwierdził, że nieważność oferty spowodowana jest wadliwym pełnomocnictwem do reprezentowania Wykonawcy, ale nie wskazał jaki przepis prawa nakazuje w takiej sytuacji uznać prawną czynność za nieważną. Uznać zatem należy, że Zamawiający nie uzasadnił dokonanej czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż nie wykazał, że istnieje taki przepis, który w sytuacji w jakiej znajduje się Odwołujący nakazuje uznać dokonana przez niego czynność złożenia oferty za nieważną. Jednocześnie przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzucając ofertę zobowiązany jest do wskazania powodów odrzucenia oferty.

Co więcej, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał zastosowania przepisu, do którego zastosowania był zobowiązany w sytuacji gdy stwierdził był (gdyby nawet stwierdzenie to miało jakies podstawy w stanie faktycznym), że do oferty załączono wadliwe pełnomocnictwo, to jest art. 26 ust. 3a Pzp. Przepis ten wprost stanowi „Jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający

wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.” Jeżeli Zamawiający stwierdził (co nie jest zgodne z prawdą), że powołanie nowych członków Rady Nadzorczej w dniu 21 stycznia 2021 roku było „nieważne”, i „nieważne” były kolejne uchwały podejmowane przez tych Członków Rady Nadzorczej w odniesieniu do Zarządu Odwołującego, to tym samym uznać powinien, że Odwołujący mógł być reprezentowany przez dotychczasowych Członków Zarządu, którzy przecież nie zostali odwołani i nie złożyli rezygnacji z pełnienia funkcji na które zostali powołani w czerwcu 2018 roku. Jeżeli tak, to czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp jest co najmniej przedwczesna (o ile w ogóle zasadna w przedstawionym stanie faktycznym). Zamawiający pominął bowiem przepis, który zobowiązuje go do wezwania wykonawcy do uzupełnienia niezłożonych lub wadliwych pełnomocnictw. W żadnym z wezwań kierowanych do Odwołującego, Zamawiający nie powołał się na ten przepis. Odwołujący podkreśla również, że takim wezwaniem nie może być treść pisma z dnia 30 kwietnia 2021 roku odwołująca się wyłącznie do art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Przepisy te nie dotyczą uzupełniania pełnomocnictwa ale innych dokumentów, podczas, gdy możliwość uzupełnienia niezłożonego lub wadliwego pełnomocnictwa wynika z konkretnego, dedykowanego tej okoliczności przepisowi. Nawet stwierdzenie w treści wezwania z dnia 30 kwietnia 2021 roku „wzywa do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty w zakresie udzielonego pełnomocnictwa do złożenia oferty” nie jest w tym przypadku wystarczające i nie może oznaczać dorozumianego wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3a Pzp. Przepis ten można zastosować tylko gdy pełnomocnictwa do oferty nie załączono, albo gdy Zamawiający stwierdzi, wadliwość pełnomocnictwa. W wezwaniu z tego dnia natomiast nie wynika, by Zamawiający uznał pełnomocnictwo na tamtym etapie za wadliwe z jakichkolwiek powodów. Wskazujemy, że z treści wezwania wynika jedynie, że Zamawiający oczekuje uzupełnienia oferty w zakresie udzielonego pełnomocnictwa żądając nie samego dokumentu pełnomocnictwa, ale dokumentów mających wykazać jego poprawność. Wezwanie to również w żaden sposób nie wskazuje, dlaczego pełnomocnictwo złożone z ofertą miałyby zostać uznane za wadliwe. Odwołujący nie miał na tamtym etapie zatem obowiązku domyślania się ewentualnych intencji Zamawiającego.

W takim stanie faktycznym, wniesienie odwołania jest konieczne i uzasadnione. Oferta Odwołującego została bowiem odrzucona z naruszeniem porządku prawnego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie niezasadnego,

Uzasadnienie :

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu podpisania jej przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania spółki Atende Medica sp. z o.o. Oferta podpisana została przez pełnomocnika Panią K.S. Umocowanie pełnomocnika do podpisania oferty wynikało z dokumentu pełnomocnictwa z 2 kwietnia 2021 roku podpisanego przez R.D. – prezesa zarządu i A.C. – prokurenta.

Pełnomocnictwo nie zostało podpisane przez osoby wskazane w KRS do reprezentowania Atende Medica sp. z o.o. na dzień złożenia oferty.

Atende Medica sp. z o.o. w ofercie wskazało, że w spółce zaszły zmiany w sposobie jej reprezentacji, które nie zostały jeszcze ujawnione w KRS. Odwołujący do oferty załączył następujące dokumenty, mające jego zdaniem wykazać prawidłowość udzielonego pełnomocnictwa dla Pani K.S. ( w kolejności dat wystawienia):

- a. (21.01.2021 r. ) - protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z 21 stycznia 2021 r. zawierający uchwałę nr 1 o powołaniu pani A.C. do pełnienia funkcji członka Rady Nadzorczej Atende Medica sp. z o.o. z oraz uchwałę numer 2 o powołaniu Pani M.S.Z. do pełnienia funkcji członka Rady Nadzorczej Atende Medica sp. z o.o.;
- b. (21.01.2021 r.) - oświadczenie z 21 stycznia 2021 roku o rezygnacji z funkcji członka RN przez pana J.S.;
- c. (22.01.2021 r.) – protokół posiedzenia Rady Nadzorczej z 22 stycznia 2021 r. obejmujący odwołanie M.N. z członka zarządu i funkcji prezesa spółki, powołanie pana R.D. na członka zarządu i prezesa spółki oraz powołanie pana M.N. na członka zarządu spółki;
- d. (18.02.2021 r.) - oświadczenie z 18 luty 2021 r o rezygnacji z funkcji członka RN przez panią A.C.;
- e. (02.03.2021 r.) - oświadczenie z 2 marca 2021 r. pani I. B. o zrzeczeniu się prokury w Atende Medica sp. z o.o. z dniem 4 marca 2021 r.
- f. (03.03.2021 r.) - oświadczenie z 3 marca 2021 r. pana M.G. zgoda na powołanie na członka Rady Nadzorczej Atende Medica sp. z o.o.;
- g. (04.03.2021 r.) - protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z 4 marca 2021 r. obejmująca uchwałę o powołaniu na członka Rady Nadzorczej pana M.G.
- h. (04.03.2021 r.) – uchwała zarządu ATENDE MEDICA sp. z o.o. nr 01/03//2021 o ustanowieniu prokurenta w osobie A.C. - podpisana przez członków zarządu R.D. – prezes, T.J. – wiceprezes, M.N. – członek zarządu
- i. pełnomocnictwa z 2 kwietnia 2021 roku, numer 12/P/2021 podpisanego przez R.D. – prezesa zarządu i A.C. – prokurenta,

Po kolejnym wezwaniu, Odwołujący przedstawił trzy protokoły potwierdzające przejście własności udziałów w spółce Odwołującego.

Odwołujący w ofercie przedstawił pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy, brak stosownych wpisów w KRS skutkowało obowiązkiem Zamawiającego do potwierdzenia prawidłowości jego udzielenia. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynikało, że Prezes Zarządu (jedna z osób udzielających pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy) powołany został w dniu 22 stycznia 2021 roku przez Radę Nadzorczą składającą się z członków RN powołanych uchwałą nr 1 oraz uchwałą nr 2 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z dnia 21 stycznia 2021 r. w sprawie powołania członków Rady Nadzorczej Spółki.

Z uwagi na fakt, że przedłożone dokumenty, w tym w szczególności zapisy protokołu z obrad Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z 21 stycznia 2021 r. oraz wyjaśnienia Wykonawcy z 7 maja 2021 r. przedstawiały rozbieżny stan faktyczny, Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień i dokumentów potwierdzających skuteczność udzielonego pełnomocnictwa do złożenia oferty. W wyniku wezwania, 17 maja 2021 r. Wykonawca przedłożył jedynie trzy protokoły przejęcia udziałów. Z dokumentów wynika, że transakcje przejęcia udziałów nastąpiły przed zwołaniem na godz. 16:00 dnia 21 stycznia 2021 r. NZW Atende Medica sp. z o.o. Ze wskazanych protokołów przejęcia udziałów wynika, że przed godziną 16:00 dnia 21 stycznia 2021 r. udziałowcami Atende Medica sp. z o.o. były następujące podmioty: Konsultant IT Sp. z o.o., C. Project Sp.j. oraz T.J.

Tym samym o wskazanej godzinie udziałowcami Atende Medica sp. z o.o. **nie były już następujące podmioty: Atende SA oraz Pan M.N.** Jednocześnie z protokołu Zgromadzenia wynika, że uczestniczyły w nim następujące podmioty: **Atende SA reprezentowany przez Pana J.S. oraz Pana D.K., Pan T.J. oraz Pan M.N.** Oznacza to że w Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników, które odbyło się 21 stycznia 2021 r. o godzinie 16:00 brały udział podmioty które nie były już wspólnikami spółki.

Zgodnie z art. 240 ksh - uchwały można powziąć pomimo braku formalnego zwołania zgromadzenia wspólników, jeżeli cały kapitał zakładowy jest reprezentowany, a nikt z obecnych nie zgłosił sprzeciwu dotyczącego odbycia zgromadzenia lub wniesienia poszczególnych spraw do porządku obrad.

Zgromadzenie Wspólników dnia 21 stycznia 2021 roku jako członka Rady Nadzorczej powołało panią A.C. oraz panią M.S.Z. Nowo ustalony skład Rady Nadzorczej uchwałą Rady Nadzorczej z 22 stycznia 2021 roku zmienił skład zarządu spółki w ten sposób, że odwołano pana M.N. z członka zarządu i funkcji prezesa, powołano pana R.D. na członka zarządu i prezesa spółki oraz powołano pana M.N. na członka zarządu spółki. Następnie powołany członek zarządu R.D. uchwałą zarządu z 4 marca 2021 roku uczestniczył w powołaniu prokurenta spółki w osobie pani A.C., która zrezygnowała z funkcji członka Rady Nadzorczej. Skoro w przedmiotowym Zgromadzeniu nie był reprezentowany cały kapitał zakładowy spółki, zgromadzenie to nie mogło podjąć ważnych uchwał. Tym samym nieważne są uchwały o wyborze członków Rady Nadzorczej która dokonała zmiany w zakresie prezesa spółki, który z kolei udzielił pełnomocnictwa Pani K.S. podpisującej ofertę w niniejszym postępowaniu, a osoba udzielająca pełnomocnictwa pełnomocnikowi który podpisał ofertę

nie była uprawniona zgodnie z przepisami prawa do reprezentowania spółki Atende Medica sp. z o.o. w chwili udzielania pełnomocnictwa.

Odwołujący na dowód przeniesienia własności udziałów przez dotychczasowych udziałowców na nowych udziałowców NIE PRZEDSTAWIŁ UMÓW SPRZEDAŻY UDZIAŁÓW. Przedstawił jedynie trzy protokoły potwierdzające przejęcie udziałów, wszystkie z dnia 21 stycznia 2021 roku z podpisem notarialnie poświadczonym. Są to protokoły :

- a. transakcji przejścia udziałów pomiędzy panem M.N. jako sprzedający a Konsultant IT sp. z o.o. jako kupujący - dalej protokół A
- b. transakcji przejścia udziałów pomiędzy panem M.N. jako sprzedający a C. Project s.j. jako kupujący - dalej protokół B
- c. transakcji przejścia udziałów pomiędzy ATENDE S.A. jako sprzedający a Konsultant IT sp. z o.o. jako kupujący - dalej protokół A

Odwołujący twierdzi, że nieuzasadnione jest wyciąganie przez Zamawiającego wniosków z protokołów potwierdzających przelew środków z tytułu sprzedaży udziałów bez odwołania się do umów sprzedaży tych udziałów. Jest to twierdzenie Odwołującego z samego odwołania (ostatnie zdanie akapit pierwszy strona 6 odwołania) Tymczasem to Odwołujący na wezwanie Zamawiającego dotyczącego przedstawienia dokumentów potwierdzających dokładną datę i godzinę przejścia udziałów ze sprzedających na nabywców przedstawił Zamawiającemu jedynie protokoły A,B,C NIE PRZEDSTAWIAJĄC JEDNOCZEŚNIE UMÓW SPRZEDAŻY UDZIAŁÓW. Zdaniem Zamawiającego było to działanie celowe Odwołującego, liczącego na to, że przedstawiając niepełną dokumentację, przekona Zamawiającego do uznania prawidłowości udzielonego pełnomocnictwa. Znamienne jest to, że również w odwołaniu Odwołujący nie przedstawił trzech umów sprzedaży udziałów, na które się powołuje budując swoją argumentację w odwołaniu. Innymi słowy Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że źle interpretuje przedstawione protokoły A,B,C wysuwając na ich podstawie rzekomo błędne wnioski, iż sprzedaż udziałów nastąpiła 21 stycznia 2021 roku przed godziną 16, podczas gdy zdaniem Odwołującego prawidłowa interpretacja tych protokołów wymaga odwołania się do umów sprzedaży udziałów, których Odwołujący nigdy nie przedstawił Zamawiającemu. Tym samym Odwołujący w interpretacji protokołów powołuje się na dokumenty tylko jemu znane, których nadto nie przedstawił również w odwołaniu, co na marginesie wskazując byłoby już działaniem spóźnionym. Nie można bowiem w odwołaniu zarzucać Zamawiającemu błędnej interpretacji dokumentu dostarczonego przez wykonawcę w postępowaniu w sytuacji gdy do jego właściwej zdaniem odwołującego interpretacji niezbędny jest inny dokument przedstawiany po raz pierwszy w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Czyli nawet gdyby dopiero teraz w postępowaniu odwoławczym Odwołujący przedstawił dokumenty umów sprzedaży udziałów na jakie powołuje się w odwołaniu, jako niezbędnych do prawidłowej interpretacji dokumentów złożonych w postępowaniu (to jest protokołów A,B,C) i nawet gdyby rzeczywiście łączna interpretacja umów sprzedaży i protokołów prowadziła do wniosku, że Odwołujący ma rację, nie może to decydować o błędnym rozstrzygnięciu Zamawiającego w postępowaniu



przetargowym. Przedmiotem badania przed KIO jest bowiem stan faktyczny jaki istniał w dniu podejmowania rozstrzygnięcia przez Zamawiającego, które to rozstrzygnięcie jest przedmiotem odwołania.

Zamawiający podkreśla, że na podstawie przedstawionych przez Odwołującego dokumentów, w tym wskazanych wyżej nie mógł podjąć innego rozstrzygnięcia niż odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej nieważność z powodu załączenia do oferty wadliwego pełnomocnictwa do reprezentowania Odwołującego. Zamawiający nie miał innego wyjścia jak na podstawie dokumentów dostarczonych przez Odwołującego uznać, że pełnomocnictwo dla pani K.S. udzielone zostało przez pana R.D. który w rzeczywistości nie był prezesem zarządu i prokurenta panią A.C., która wskutek wadliwego powołania na prezesa zarządu pana R.D. który uczestniczył w powołaniu tego prokurenta, nie mogła zostać prokurentem.

Znamienne jest również to, że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu aktualnego odpisu z KRS wraz całością dokumentacji wniosku do KRS o dokonanie wpisów w zakresie powołania członków rady nadzorczej i zarządu, na które to okoliczności powołuje się Odwołujący. Nawet gdyby w KRS nie dokonano jeszcze wpisów wnioskowanych przez Odwołującego, to dokumentacja wniosku o wpis w KRS zmian w zakresie składu osobowego organów spółki stanowiła by dowód uwiarygadniający, że rzeczywiście Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników z 21 stycznia 2021 podjęło ważne uchwały w zakresie zmiany składu osobowego Rady Nadzorczej, a ta z kolei podjęła ważne uchwały w sprawie zmiany składu osobowego zarządu spółki. Dokumentacja wniosku do KRS powinna być przedstawiona przez Odwołującego w zasadzie wraz z ofertą, którą podpisał pełnomocnik spółki, a jak nie w tym momencie, to najpóźniej w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Nie przedstawienie tej dokumentacji też miało wpływ na decyzję Zamawiającego. Zamawiający uznał, że w tak oczywistej sprawie nie przedstawienie najbardziej wiarygodnych dokumentów jakimi jest kopia wniosku złożona do sądu KRS w sprawie dokonania zmian w organach spółki i zmian w zakresie udziałowców, nie jest działaniem przypadkowym. Podkreślić bowiem należy że w sprawie nie jest istotne to czy rzeczywiście pan D. obecnie jest prezesem zarządu spółki i taki wpis widnieje w KRS. Wpisanie pana D. jako prezesa zarządu do KRS mogło bowiem, a Zamawiający domyśla się iż tak było, nastąpić na podstawie wniosku opartego na podstawie innej uchwały Rady nadzorczej niż ta jaka przedstawiona została Zamawiającemu przez Odwołującego, to jest uchwały z RN z dnia 22 stycznia 2021 r. Sąd Rejestrowy z urzędu bada bowiem prawidłowość powzięcia uchwały o wyborze członków rady nadzorczej oraz prawidłowość powzięcia uchwały o wyborze zarządu przez radę nadzorczą.

W ujęciu chronologicznym postępowanie Zamawiającego było następujące./.../

Tu przytoczono treść pisma – wezwania z 30 kwietnia 2021 r., gdzie Zamawiający jasno wskazuje na swoje wątpliwości w zakresie właściwej reprezentacji Zgromadzenia Wspólników które odbyło się 21 stycznia 2021 roku, co odnosi się do skuteczności podjętych uchwał przez to zgromadzenie. Chodzi o uprawnienie tego zgromadzenia do podejmowania

ważnych uchwał. Zgromadzenie to bowiem wybrało członków rady nadzorczej, którzy następnie powołali nowych członków zarządu, którzy udzielili pełnomocnictwa pani K.S., która jako jedyna podpisała ofertę Odwołującego. Czyniąc to wezwania Zamawiający nie wiedział kto był współnikiem Odwołującego w chwili zgromadzenia wspólników z dnia 21 stycznia 2021 r. powołujących członków rady nadzorczej. Z wezwania tego w sposób wynika, że obowiązkiem wykonawcy było uzupełnienie luk w przedłożonej dokumentacji w zakresie pełnomocnictwa. Obowiązkiem wykonawcy który podpisuje swoją ofertę poprzez pełnomocnika nie ujawnionego w KRS (w dokumentach rejestrowych) jest przedstawienie kompletnych dokumentów potwierdzających udzielenie tego pełnomocnictwa. Jeżeli do wykazania pełnomocnictwa potrzebnych jest więcej niż jeden dokument (to jest nie tylko sam dokument pełnomocnictwa) wykonawca powinien przedstawić wszystkie dokumenty które pozwolą zamawiającemu ustalić ciąg logiczny, właściwą ścieżkę ustanowienia pełnomocnictwa. W tym przypadku skoro do przejścia własności udziałów doszło dnia 21 stycznia 2021 roku i tego dnia odbyło się zgromadzenie wspólników, obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie dokumentów które w sposób niebudzący wątpliwości pozwoliłyby Zamawiającemu na uznanie, że zgromadzenie wspólników z dnia 21 stycznia 2021 przeprowadzone zostało w sposób prawidłowy, że pomimo zmiany udziałowców jaka dokonana została tego samego dnia w zgromadzeniu wspólników w którym musiał być reprezentowany cały kapitał spółki, bowiem odbyło się ono w trybie art. 240 ksh.

Zamawiający podkreśla iż z protokołu zgromadzenia wspólników z 21 stycznia 2021 r. jednoznacznie wynika iż rozpoczęcie zgromadzenia nastąpiło o godzinie 16.00

Na to wezwanie Zamawiającego Odwołujący odpowiedział /... tu cytat/ .

Wskazano min. że na dzień 21 stycznia 2021 roku wspólnikami Spółki Atende Medica Sp. z o.o. byli: Atende SA z siedzibą w Warszawie, p. T.J. oraz p. M.N.. Jednocześnie w dniu 21 stycznia 2021 roku doszło do zawarcia umów sprzedaży udziałów:

- Atende SA sprzedało całość udziałów w Atende Medica Sp. z o.o. do spółki Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, p. M.N. sprzedał część posiadanych udziałów do spółki Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, p. M.N. sprzedał część swoich udziałów do spółki C. Project Sp. jawna z siedzibą w Poznaniu.

Zgodnie z zawartymi udziałami zarówno Atende SA jak i M.N. sprzedali odpowiednio do Konsultant IT Sp. z o.o. i C. Project Sp. j. całość posiadanych przez siebie udziałów w spółce Atende Medica Sp. z o.o. Jednocześnie, po sfinalizowaniu tych transakcji jeszcze w dniu 21 stycznia 2021 roku właścicielami udziałów w Atende Medica Sp. z o.o. zostali: Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, p. T.J. oraz C. Project Sp. jawna z siedzibą w Poznaniu.

Spółka C. Project Sp. j. została współnikiem Atende Medica Sp. z o.o. w dniu 21 stycznia 2021 w zw. z zakupem części udziałów p. M.N., dotychczasowego współnika Atende Medica Sp. z o.o.

4. W załączeniu przedstawiamy umowę spółki Atende Medica Sp. z o.o. obowiązującą na dzień 22 stycznia 2021 roku, która nie zmieniła się w stosunku do umowy spółki obowiązującej na dzień 21 stycznia 2021 roku. /.../ K.S. /Podpisano podpisem elektronicznym kwalifikowanym

Czyli odpowiedź Odwołującego była lakoniczna. Odwołujący wskazał, że na dzień 21 stycznia udziałowcami byli zarówno podmioty sprzed transakcji sprzedaży udziałów z dnia 21 stycznia jak i podmioty po transakcji sprzedaży z dnia 21 stycznia. Czyli w żaden sposób odpowiedź Odwołującego nie wyjaśniała wątpliwości co do właściwego umocowania Walnego Zgromadzenia do powołania członków rady nadzorczej i tym samym w konsekwencji zarządu i pełnomocnika podpisującego ofertę. Co więcej w odpowiedzi Odwołujący zawarł stwierdzenie : „Jednocześnie, po sfinalizowaniu tych transakcji jeszcze w dniu 21 stycznia 2021 roku właścicielami udziałów w Atende Medica Sp. z o.o. zostali: Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, p. T.J. oraz C. Project Sp. jawna z siedzibą w Poznaniu” Wykonawca odpowiedział więc na pytanie Zamawiającego, jednak nie wykazał że organ powołujący członków RN była należycie umocowany. Była to odpowiedź niepełna. Biorąc to Zamawiający wystosował kolejne wezwanie z dnia 11 maja 2021 o treści :

*Na mocy art. 26 ust 3 i 4 pzp Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających skuteczność udzielonego pełnomocnictwa Pani K.S. do złożenia oferty.*

*/.../. Z uwagi na liczne zmiany organów Spółki, które nie zostały do tej pory wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego, Zamawiający wezwał m.in. do wyjaśnienia, jakie osoby były współnikami Atende Medica sp. z o.o. na dzień 21 stycznia 2021 roku.*

*W złożonych wyjaśnieniach, Wykonawca wskazał, że:*

*na dzień 21 stycznia 2021 roku współnikami Spółki Atende Medica Sp. z o.o. byli: Atende SA z siedzibą w Warszawie, p. T.J. oraz p. M.N.. Jednocześnie w dniu 21 stycznia 2021 roku doszło do zawarcia następujących umów sprzedaży udziałów:*

- Atende SA sprzedało całość udziałów w Atende Medica Sp. z o.o. do spółki Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,*
- p. M.N. sprzedał część posiadanych udziałów do spółki Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,*
- p. M.N. sprzedał część udziałów do spółki C. Project Sp. j. z siedzibą w Poznaniu.*

*Zgodnie z zawartymi udziałami zarówno Atende SA jak i M.N. sprzedali odpowiednio do Konsultant IT Sp. z o.o. i C. Project Sp. jawna całość posiadanych przez siebie udziałów w spółce Atende Medica Sp. z o.o.*

***Jednocześnie, po sfinalizowaniu tych transakcji jeszcze w dniu 21 stycznia 2021 roku właścicielami udziałów w Atende Medica Sp. z o.o. zostali: Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, p. T.J. oraz C. Project Sp. jawna z siedzibą w Poznaniu.***

*Biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień oraz zapis Protokołu z obrad Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:*

***W związku z zawarciem pomiędzy Atende S.A. – współnikiem Spółki a spółką Konsultant IT sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu umowy sprzedaży wszystkich posiadanych w Spółce przez Atende S.A. udziałów i otrzymaniem przez Atende S.A. zapłaty ceny za udziały i innych wymaganych na dzień dzisiejszy zobowiązań, zgodnie z harmonogramem uzgodnionym w przedmiotowej umowie, członkowie Rady Nadzorczej Spółki w osobach J.S. – przewodniczącego Rady Nadzorczej Spółki i Pana D.K. – wiceprzewodniczącego Rady Nadzorczej Spółki złożyli na ręce Zarządu Spółki rezygnacje z pełnionych w Spółce funkcji z dniem dzisiejszym...***

Zamawiający wnosi o przedłożenie wyjaśnień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwołanym na 21 stycznia 2021 r. na godz. 16:00 faktycznie reprezentowany był cały kapitał zakładowy Wykonawcy.

W wezwaniu Zamawiający dokładnie określił jakich dokumentów i wyjaśnień oczekuje Zamawiający wnosi o przedłożenie wyjaśnień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że na NZW Atende Medica sp. z o.o. zwołanym na 21 stycznia 2021 r. na godz. 16:00 faktycznie reprezentowany był cały kapitał zakładowy Wykonawcy (Odwołującego).

Poniżej odpowiedź Odwołującego na drugie wezwanie :

**Warszawa, 14 maja 2021 roku** /.../ *Dokumenty te nie są dokumentami określonymi w odpowiednich przepisach regulujących zakres możliwych do żądania przez Zamawiającego dokumentów. Niemniej jednak, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom przedkładamy kopię protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, które miało miejsce w dniu na 21 stycznia 2021 r. na godz. 16:00, na którym faktycznie reprezentowany był cały kapitał zakładowy Wykonawcy w osobach będących udziałowcami na ten moment. Mamy nadzieję, że powyższe wyjaśnienia będą wystarczające.*

Potem jeszcze na to wezwanie Odwołujący przedstawił jedyne trzy protokoły (protokoły A,B,C). Niezrozumiały jest zarzut odwołującego odnośnie nieprawidłowej interpretacji zapisów protokołów w oderwaniu od umów, skoro w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 maja 2021 Odwołujący załączył wyłącznie same protokoły bez przedstawienia umów sprzedaży udziałów.

Biorąc pod uwagę zapis art. 26 ust. 3 pzp zamawiający nie mógł ponownie w tym trybie wezwać Odwołującego o ponowne przedłożenie dokumentów wskazujących czy na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników Atende Medica sp. z o.o. 21 stycznia 2021 r. godz. 16:00 faktycznie reprezentowany był cały kapitał zakładowy Wykonawcy. A jak Odwołujący sam wskazuje w odwołaniu dokumenty umowy sprzedaży są konieczne. Czyli Odwołujący potwierdza, że nie udzielił właściwej, wyczerpującej, adekwatnej do wezwania odpowiedzi poprzez załączenie wszystkich niezbędnych dokumentów, w tym przede wszystkim umów sprzedaży. Czyli po otrzymaniu odpowiedzi Odwołującego wraz z uzupełnionymi dokumentami na potwierdzenie że na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwołanym na 21 stycznia 2021 r. na godz. 16:00 faktycznie reprezentowany był cały kapitał zakładowy Wykonawcy, wyłącznie w postaci protokołów, Zamawiający nie miał żadnej możliwości prawnej, w szczególności w myśl zapisu art. 26 ust 3 pzp, ponownego wzywania o uzupełnienie tych samych dokumentów. Tym samym całkowicie bezzasadnym jest zarzut Odwołującego naruszenia art. 26 ust 3a

Zamawiający w obu wezwaniach wskazał podstawę prawną 26 ust. 3 oraz ust. 4 . Omyłkowe oznaczenie postawy prawnej wezwania, wskazanie ust. 3 zamiast ust 3a art. 26 Pzp nie stanowi o możliwości ponownego wzywania o dokumenty o jakich mowa w art. 26 ust 3a. Fakt, iż wykonawca przedłożył dokumenty o jakich mowa w ust. 3a w wyniku wezwania czy

też braku wezwania (czyli z własnej inicjatywy wykonawcy) stanowi o niemożności skorzystania przez zamawiającego z wezwania przewidzianego w art. 26 ust 3a o które to wnosi Odwołujący.

Użyte w art. 26 ust. 3 i ust. 3a sformułowanie „wzywa” interpretować należy jako możliwość **jednokrotnego** uzupełnienia przez wykonawcę przedmiotowych dokumentów, czy to w wyniku wezwania czy też samouzupełnienia dokonanego przez wykonawcę. Kolejne wezwania, w tym przypadku trzecie, stanowiłoby naruszenie art. 26 pzp. Protokoły A,B,C potwierdzają, że przed godziną 15 dnia 21 stycznia 2021 dokonana została zapłata całej ceny tytułem nabytych udziałów. Skoro więc cena za udziały zapłacona została najpóźniej do godziny 15 a tego samego dnia o godzinie 16 rozpoczęło się Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników, a Odwołujący nie przedstawił umów sprzedaży udziałów, z których ponoć wynika iż zapłata ceny nie powoduje przejścia własności udziałów, Zamawiający nie miał innej możliwości jak uznanie, że własność udziałów na podstawie przedstawionych protokołów przeszła na nowych udziałowców do godziny 15, a więc o godzinie 16 na Zgromadzeniu Wspólników powinni być już nowi udziałowcy którzy tego dnia nabyli udziały.

W toku rozprawy strony potwierdziły przedstawione stanowiska, ponadto odwołujący złożył do akt dodatkowe dokumenty opisane w protokole rozprawy.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na uwzględnienie.**

Uznaje się, że spełniona jest materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania uregulowana w art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r.– Prawo zamówień publicznych wobec wykazania przez wykonawcę, że ma on interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy przez fakt odrzucenia oferty odwołującego.

W pierwszej kolejności należy przyznać rację zamawiającemu co do konieczności przeprowadzenia badania i oceny oferty, w tym w szczególności w zakresie poprawności pełnomocnictwa tj. umocowania do działania w imieniu wykonawcy – odwołującego, na etapie składania oferty, którą podpisała pani K.S. Zasadność czynności wyjaśniających była oczywista i wynikała z braku potwierdzenia w rejestrze przedsiębiorców – KRS pełnienia funkcji prezesa zarządu przez pana R.D. oraz funkcji prokurenta przez panią A.C., które to osoby podpisały pełnomocnictwo do działania przez panią S. Zamawiający po ponowieniu czynności wyjaśniających i otrzymaniu szeregu dokumentów dotyczących działalności spółki wykonawcy, w tym w szczególności protokołów z czynności organów spółki tj. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 21 stycznia 2021 r., na którym dokonano zmiany składu osobowego Rady Nadzorczej, wywnioskował o braku legitymacji Walnego

Zgromadzenia Wspólników do powołania Rady Nadzorczej, a w następstwie bezskutecznego powołania przez Radę wymienionego wyżej prezesa zarządu. Wniosek zamawiającego wynikał z faktu, że Wspólnicy działający na Zgromadzeniu byli wspólnikami, którzy utracili ten przymiot wobec wskazanego także w protokole NZW faktu zbycia udziałów i przejęcia udziałów przez nowych wspólników. W kolejnych wyjaśnieniach spółka (obecny odwołujący) wskazywał jako wspólników w dacie 21 stycznia 2021 r. zarówno zbywców, jak i nabywców udziałów bez wskazywania szczegółowo chronologii zdarzeń dotyczących przejściu własności udziałów, jak i okoliczności dotyczących organów spółki w tym (21.01.21 r.) i kolejnym dniu.

Niestandardowy przebieg zdarzeń nie został w rzeczywistość przedstawiony zamawiającemu w sposób mogący rozwiać Jego uzasadnione wątpliwości. Niezależnie od przyczyny tego stanu rzeczy, czyli faktu udzielania przez wykonawcę odpowiedzi wprost na zadane pytania, czy też pomijania w wyjaśnieniach istotnych okoliczności faktycznych i prawnych, zamawiający w ustalonym przez siebie stanie sprawy miał podstawy do uznania, że pełnomocnik spółki nie wykazał swojego umocowania do działania. Brak taki stwierdzono zarówno w dokumentacji ofertowej, jak i w wyniku postępowania wyjaśniającego, także na podstawie art. 26 ust. 3 i 4, a w istocie także ust. 3a ustawy pzp.

Ma rację zamawiający, że przedmiotem zarzutu odwołania jest czynność przez Niego podjęta, czyli odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp powiązana z wyborem konkurencyjnej oferty jako najkorzystniejszej. Należy jednocześnie przypomnieć, że zgodnie z art. 535 ustawy pzp strony mają prawo przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń aż do zamknięcia rozprawy. W sprawie dowody złożone przez wykonawcę potwierdzają, że Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników odbyte dnia 21 stycznia 2021 r. było prawnie skuteczne, wspólnikami podejmującymi decyzje w godzinach 16 – 16.30 byli dotychczasowi wspólnicy reprezentujący cały kapitał zakładowy. Natomiast przejście własności udziałów stosownie do szczegółowych postanowień umów sprzedaży udziałów (przedstawionych jako dowody przez odwołującego), nastąpiło po tej godzinie. W konsekwencji powołanie Rady Nadzorczej było prawidłowe z zastrzeżeniem, że Rada ta miała prawo podjąć czynności sobie powierzone począwszy od dnia następnego tj. 22 stycznia 2021 r., w tym powołanie do zarządu pana D., a w konsekwencji prawo zarządu z jego udziałem do ustanowienia prokurentem pani C., które to osoby udzieliły spornego pełnomocnictwa.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający uwzględnił odwołanie stwierdzając, iż doszło do naruszenia ustawy czynnością odrzucenia oferty odwołującego, niezależnie od przyczyn tego stanu rzeczy, w tym nie wykluczając zaniedbania wykonawcy w zakresie niezbędnego udokumentowania statusu osoby podpisującej składaną ofertę.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 552 ustawy pzp za podstawę orzekania wzięto stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....