

Sygn. akt KIO/UZP 723/10

**WYROK**

**z dnia 10 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska  
Anna Packo**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAFEGE S.A., 92 – 022 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90 – 056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9**, protestu z dnia **1 kwietnia 2010 r.**

**orzeka:**

**1. Uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z postępowania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90 – 056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SAFEGE S.A., 92 – 022 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr.** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90 – 056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9i** na rzecz **SAFEGE S.A., 92 – 022 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAFEGE S.A., 92 – 022 Nanterre, Parc de l Ile 15/27 rue du Port**

### **U z a s a d n i e n i e**

Odwołujący SAFEGE S.A. Oddział w Polsce uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zarządzanie kontraktem: budowa Autostrady A 1 Toruń – Stryków, od km 215+850 do km 291+000, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót zarzucił Zamawiającemu, którym Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, że wykluczając go postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 26 ust. 1 ustawy oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów(...) oraz naruszenie zasad określonych w art. 7 ustawy.

Wniósł o unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i dokonanie ponownej oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku Odwołującego i zaproszenie go do złożenia oferty.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że dokonanie właściwej oceny zarządzania spółką Safege S.A. i wskazania jej organów zarządzających, w rozumieniu art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, wymaga analizy zapisów wyciągu z Kbis , statutu spółki oraz odniesienia do prawa francuskich spółek handlowych i zasad wskazanych w doktrynie.

Wskazał na zróżnicowanie organów zarządzających w zależności od przyjętego modelu:

1/ w systemie monistycznym jest to: Rada Administracyjna (Conseil d'administration) z Prezesem – Dyrektorem generalnym na czele,

2/ w systemie dualistycznym – Zarząd (Directoire) i Rada Nadzorcza (Conseil de surveillance).

Spółka Safège, co wynika z jej statutu i wypisu z rejestru handlowego Kbis, posiada organ właściwy dla Rady Administracyjnej, przyjęła model monistyczny, gdzie Prezesem i członkiem zarządu (osobą kierującą pracami zarządu) jest Pan Bertrand Jacques, a pozostałych członków zarządu wskazuje bezpośrednio wypis z Kbis.

Definiując rolę i funkcję Pana Benoit Clocheret, jako Dyrektora Generalnego Spółki, wykonawca odwołał się do francuskiego kodeksu handlowego i statutu spółki. Wskazał, że „Stosownie do postanowień art. L. 225-51-1 kodeksu handlowego, dyrekcja generalna spółki jest sprawowana na jej odpowiedzialność albo przez prezesa zarządu albo przez osobę fizyczną mianowaną przez zarząd i noszącą tytuł dyrektora generalnego.” (art. 22 Statutu) Funkcja Dyrektora Generalnego może zatem być sprawowana albo łącznie z funkcją Prezesa Zarządu, który jest również Dyrektorem Generalnym, albo oddzielnie – jako odrębne stanowisko, na które powołuje zarząd. Powołał statut, wg którego: „jeżeli zarząd wybiera rozdział funkcji prezesa i dyrektora generalnego, przystępuje do mianowania dyrektora generalnego(...) „Dyrektor generalny posiada jak najszersze uprawnienia do działania w każdych okolicznościach w imieniu spółki. Wykonuje swoje uprawnienia w granicach przedmiotu spółki i z zastrzeżeniem tych, które prawo wyraźnie przyznaje zgromadzeniom akcjonariuszy i zarządowi.” (art. 22.1)

Powołując się na posiedzenie Zarządu z 11.05.2009 r. wskazał na wybór Dyrektora Generalnego – nie będącego członkiem zarządu, co oznacza, że funkcja Dyrektora Generalnego nie jest tożsama z żadnym z organów sprawujących zarząd w Spółce.

Odwołujący stwierdza, że skoro w systemie monistycznym występuje tylko jeden organ o kompetencjach zarządzających i nadzorujących czyli Zarząd, to wykluczone jest, aby dyrektor generalny, bez względu na szerokość przyznanych mu przez Zarząd kompetencji, również był organem zarządzającym spółki.

Odwołujący porównał zakres uprawnień dyrektora generalnego do zakresu uprawnień prokurenta na gruncie prawa polskiego.

Odwołujący zakwestionował twierdzenie Zamawiającego, że dyrektor generalny jest organem zarządzającym w rozumieniu Pzp oraz powołane przez Zamawiającego orzeczenia arbitrażowe jako nie odpowiadające niniejszemu stanowi faktycznemu.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione. Wskazał, że wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, których przedmiotem było ustalenie kręgu osób wchodzących w skład organu zarządzającego. Stwierdził, że zdaniem przedstawicieli Odwołującego, członkami organu zarządzającego w rozumieniu Pzp są wszystkie osoby wymienione w wypisie z rejestru, które wchodzi w skład Zarządu i tylko te podmioty zobowiązane są do potwierdzenia ich niekaralności, co oznacza, że osoba piastująca stanowisko Dyrektora

Generalnego nie jest objęta tym wymogiem. W ocenie Zamawiającego w przypadku spółki typu monistycznego to podmiot piastujący stanowisko Dyrektora Generalnego należy uznać za organ zarządzający w rozumieniu Pzp. Oznacza to, że organem zarządzającym jest w tym przypadku p. B. Clocheret – Dyrektor Generalny lub ewentualnie p. Eric Houdart – piastujący stanowisko Dyrektora Generalnego uppełnomocnionego. Wskazał w rozstrzygnięciu protestu na orzecznictwo arbitrażowe zapadłe w analogicznych stanach faktycznych. Zakwestionował twierdzenie Odwołującego o naruszeniu art. 26 ust. 1 ustawy i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), a także zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Istota sporu polega na ustaleniu, jakie podmioty w spółce Odwołującego należy uznać za urzędujących członków organu zarządzającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby uznał, że podstawą rozstrzygnięcia w sprawie powinny być dokumenty urzędowe dotyczące Safège S.A. w postaci wyciągu Kbis z wpisu do rejestru handlowego i spółek z dnia 30 września 2009 r. oraz Statutu Spółki.

Na podstawie wpisu do rejestru handlowego ustalono, że organem spółki, który należy uznać za organ zarządzający, jest jej zarząd kierowany przez prezesa i składający się łącznie z pięciu członków. Ponadto w rubryce zatytułowanej „Zarząd” jest wpisany Dyrektor Generalny, Dyrektor Generalny uppełnomocniony oraz biegli rewidenci. Okoliczność, że podmioty te nie wchodzą w skład zarządu nie jest między stronami sporna. Ustalono również, że osoba pełniąca funkcję Dyrektora Generalnego została powołana na to stanowisko przez zarząd. Stosownie do postanowień art. 22 Statutu spółki dyrektor generalny posiada jak najszersze uprawnienia do działania w każdych okolicznościach w imieniu spółki i wykonuje swoje uprawnienia w granicach przedmiotu spółki, a także reprezentuje spółkę w jej kontaktach z osobami trzecimi. Wypada zatem zauważyć, że zakres kompetencji tej osoby jest znacząco szeroki, a nawet wykracza poza uprawnienia prokurenta samoistnego na gruncie prawa polskiego. Jednocześnie należy jednak stwierdzić, że fakt powołania dyrektora generalnego przez zarząd spółki nie odbiera zarządowi przymiotu organu zarządzającego.

Tym samym oznacza to, że organem spółki, który należy uznać za organ zarządzający, o którym mowa jest w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest zarząd spółki, a nie powoływani przez zarząd dyrektorzy generalni.

W konsekwencji Izba uznaje, że Zamawiający nie miał podstaw wykluczyć z postępowania Odwołującego z powodu nie złożenia zaświadczeń o niekaralności, dotyczących osób nie wchodzących w skład zarządu spółki Safege S.A.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....