

Sygn. akt: KIO/UZP 1514/09

WYROK
z dnia 5 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Karmar" S.A., 02-699 Warszawa, ul. Taborowa 16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Gdański, 80-952 Gdańsk, ul. Bażyńskiego 1A** protestu z dnia 18 września 2009 r.

przy udziale **Allcon Budownictwo Sp. z o.o., SKA, 81-537 Gdynia, ul. Łużycka 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **"Karmar" S.A., 02-699 Warszawa, ul. Taborowa 16** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **"Karmar" S.A., 02-699 Warszawa, ul. Taborowa 16,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Karmar" S.A., 02-699 Warszawa, ul. Taborowa 16.**

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

Zamawiający – Uniwersytet Gdański prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowa budynku Wydziału Biologii Uniwersytetu Gdańskiego*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich dnia 4 lipca 2009 roku pod numerem 2009/S 126 - 183425.

Dnia 11 września 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez ALLCON Budownictwo sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Gdyni (zwana dalej ALLCON).

Dnia 18 września 2009 roku Wykonawca KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Protestującym), wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) nieprawidłowym, tj. niegodnym z art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, a także niezgodnym z pkt V.B.6 SIWZ, pkt V.A.2 SIWZ dokonaniu czynności oceny ofert, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp;
- 2) zaniechaniu wykluczenia ALLCON, pomimo iż podmiot ten podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2;
- 3) wyborze oferty ALLCON, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w przedmiotowym przetargu, pomimo iż z jej treść nie odpowiada SIWZ, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2, a podmiot ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, co narusza art. 91 ust. 1, a także art. 7 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, Protestujący wniósł o:

1. Unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych ofert;
2. Ponowną ocenę ofert;
3. Wykluczenie ALLCON z przedmiotowego postępowania;
4. Wybór oferty złożonej przez Protestującego jako oferty najkorzystniejszej;

5. Zawieszenie niniejszego postępowania do czasu rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu;

Uzasadniając wskazał, iż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 24.08.2009 r. ALLCON nie przedłożył Zamawiającemu dowodu, iż nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 1008 r. Nr 188 poz. 1155).

ALLCON zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą informacji z KRK dotyczącej komplementariusza oraz urzędujących członków zarządu komplementariusza, tj. w tym wypadku Pana Mariusza B. ALLCON przedłożył informację z KRK dotyczącą w/w osoby (str. 41 oferty) wystawioną z prawidłową datą, tj. z datą 03.08.2009 r., w której w pkt 11 określono prawidłowo podstawę wystąpienia z zapytaniem o udzielenie informacji o osobie, przy czym w pkt 13 dokumentu zastrzeżono, iż informacja ta dotyczy wyłącznie "przestępstw gospodarczych, skarbowych i wszystkich popełnionych umyślnie". W przypadku braku jakiegokolwiek wpisu w pkt 13 informacji z KRK (co w związku z treścią § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 1 czerwca 2001 r. w sprawie udzielania informacji o osobach na podstawie danych osobowych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 68 poz. 618) nie stanowi podstawy do odmowy udzielenia informacji o osobie), jasnym byłoby, że informacja ta ma dotyczyć wszystkich danych wymaganych w podanym w pkt 11 przepisie prawa stanowiącym podstawę prawną wystąpienia. Wpisując przedmiotowe zastrzeżenie, ALLCON ograniczył zakres udzielonej informacji wyłącznie do danych wskazanych w zastrzeżeniu. Potwierdza to treść § 7 w/w rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, gdzie stwierdzono, że "Udzielenie odpowiedzi na zapytanie lub wnioski polega na sporządzeniu informacji o osobie z Rejestru, zgodnie z rodzajem i zakresem danych objętych zapytaniem lub wnioskiem".

Zastrzeżenie dokonane przez ALLCON nie jest tożsame z zakresem przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W przepisie tym bowiem, obok przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu i skarbowych (a więc takich, które w/w informacja obejmuje swym zakresem) wyszczególniono takie m.in. przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, a więc przestępstwa określone w Rozdziale XXVIII ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88 poz. 553 ze zm.) w art. 218-221. W związku z faktem, iż zawarto je w oddzielnym rozdziale w/w ustawy można

jednoznacznie stwierdzić, iż stanowią one szczególną grupę przestępstw wyodrębnioną z innych grup i nie mogą być utożsamiane np. z przestępstwami gospodarczymi. W pkt 13 dokumentu przedłożonego przez ALLCON nie zastrzeżono, iż ma on dotyczyć w/w przestępstw przeciwko prawom pracowniczym ograniczając się do wpisu, iż informacja ta dotyczy "przestępstw gospodarczych, skarbowych i wszystkich popełnionych umyślnie". Wpis ten należy więc rozumieć w ten sposób, że zakres danych, które mają być przedmiotem danej informacji o osobie poza przestępstwami gospodarczymi i skarbowymi w pełnym zakresie dotyczy także innych przestępstw z zastrzeżeniem, że są popełnione umyślnie.

Nie ulega wątpliwości, że dokument załączony do oferty złożonej przez ALLCON, tj. informacja z KRK dotycząca Mariusza B. spełnia wszystkie wymogi formalne określone w stosownych przepisach prawa i jako taki, abstrahując od wymagań określonych w Pzp w odniesieniu do zakresu jaki ma on obejmować, jest prawidłowy. Jedynie treść tego dokumentu jest niepełna i w związku z tym nie potwierdza spełniania przez ALLCON warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz w pkt. V.B.6 SIWZ. Nie jest bowiem celem postawienia przez Zamawiającego w SIWZ stosownych wymagań wobec wykonawców samo złożenie wymaganego dokumentu informacji z KRK, ale wykazanie, czy dany wykonawca spełnia czy nie spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Protestujący podnosi ponadto, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykonawca mający formę prawną spółki komandytowo-akcyjnej zobowiązany jest do przedłożenia informacji z KRK dotyczącej komplementariusza. Zgodnie z treścią Podrubryki 1 w Dziale 2 KRS ALLCON, jego komplementariuszem jest spółka ALLCON. W związku z tym ALLCON zobowiązany był przedłożyć także informację z KRK dotyczącą w/w spółki. W zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 7) KRK przedłożył jedynie informację dotyczącą prokurentów oraz Pana Mariusza B. - Prezesa Zarządu spółki ALLCON. Brak jest informacji z KRK dotyczącej samej spółki, co należy uznać za brak stanowiący podstawę odrzucenia oferty złożonej przez ALLCON. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający zobowiązany był do żądania od Oferenta uzupełnienia o brakujący dokument informacji z KRK dotyczącej komplementariusza.

Z ostrożności procesowej protestujący podnosi, że uzasadnione wątpliwości budzi także prawidłowość przedłożonego przez ALLCON pełnomocnictwa dla Tomasza S. Zgodnie z treścią Rubryki 1 Działu 2 KRS wykonawcy "Sposób reprezentacji" "do reprezentowania spółki uprawniony jest komplementariusz ALLCON, zgodnie ze sposobem reprezentacji. Do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu ALLCON uprawniony jest każdy z członków

Zarządu samodzielnie. ALLCON reprezentuje Mariusz B. - Prezes i jedyny Członek Zarządu". Pełnomocnictwo z dnia 21.08.2009 r. dla Pana Tomasza S. podpisali dwaj prokurenci spółki ALLCON. Protestujący nie kwestionuje generalnego uprawnienia prokurentów występujących w imieniu komplementariusza do reprezentowania spółki komandytowo-akcyjnej, jednakże bezsprzecznie prokura ujawniona w KRS komplementariusza powinna być wskazana także w KRS spółki komandytowo-akcyjnej (tym bardziej, że w przedmiotowej sprawie oba te dokumenty wydano tego samego dnia, tj. 14.05.2009 r. a więc jasnym jest, że w dniu wystawienia odpisu z KRS ALLCON prokura była już udzielona). Brak wskazania, że prokurenci komplementariusza uprawnieni są do reprezentacji spółki komandytowo-akcyjnej może prowadzić do wniosku, że w tym przypadku reprezentację spółki komandytowo-akcyjnej ograniczono wyłącznie do jednego członka Zarządu komplementariusza. Spółki mogą ustalać sposób reprezentacji w sposób dowolny, z zastrzeżeniem, że nie stoi to w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa. Sposób ten musi być ujawniony w KRS tak, aby osoby trzecie mogły uzyskać w tym zakresie informacje bezsprzecznie prawdziwe i pełne. Zasada ta jest jedną z podstawowych zasad obrotu gospodarczego. Nie ulega wątpliwości, że określony w KRS sposób reprezentacji ALLCON w żaden sposób nie wskazuje na udzielenie prokurentom komplementariusza prawa do jego reprezentowania. Skoro nie ograniczono się do stwierdzenia, iż do reprezentowania spółki uprawniony jest komplementariusz ALLCON zgodnie z zasadami reprezentacji, a sprecyzowano, iż prawo do składania oświadczeń (a udzielenie pełnomocnictwa stanowi bezsprzecznie oświadczenie woli) przysługuje jedynie Panu Mariuszowi B., nie zawarto też żadnej informacji na temat udzielenia przez komplementariusza prokury, to intencją spółki było aby prokurenci komplementariusza nie byli uprawnieni do występowania w imieniu spółki komandytowo-akcyjnej. Co prawda zgodnie z art. 109¹ § 2 KC prokura nie może być ograniczona ze skutkiem wobec osób trzecich, jednakże w przedmiotowej sprawie art. 109¹ § 2 KC nie ma zastosowania, gdyż odnosi się wyłącznie do spółki ALLCON, w związku z tym nie istnieje żadna podstawa prawna dla uznania, że nie można ograniczyć zasad reprezentowania spółki komandytowo-akcyjnej wyłączając z niej prokurentów, tj. że nie można ustanowić zasad reprezentowania spółki komandytowo-akcyjnej reprezentowanej przez komplementariusza w sposób inny niż reprezentacja komplementariusza. Protestujący nie kwestionuje faktu, że zgodnie z treścią art. 109⁸ KC prokura nie powstaje w chwili wpisania jej do stosownego rejestru, a w chwili jej udzielenia, a brak jej ujawnienia w Rubryce 1 KRS spółki ALLCON, a jedynie w Rubryce 3 w/w rejestru nie ma wpływu na prawidłowość jej udzielenia i prawidłowość czynności

podejmowanych przez dwóch prokurentów działających łącznie w imieniu spółki ALLCON, przy czym bezsprzecznie rozważania te dotyczą wyłącznie w/w spółki i nie odnoszą się bezpośrednio do ALLCON, którego w/w spółka jest komplementariuszem.

Zamawiający dnia 21 września 2009 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 23 września 2009 roku wykonawca ALLCON przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający dnia 29 września 2009 roku protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż zarzuty podane w proteście są bezzasadne.

A. Zarzut braku przedstawienia należytej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W uzasadnieniu protestu wskazano, m.in., że Spółka zobowiązana była do przedłożenia wraz z ofertą aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej zarówno jej komplementariusza, tj. spółki ALLCON oraz jej Prezesa Zarządu w osobie Pana Mariusza B. odnośnie przestępstw wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego przedłożenie zaświadczenia o niekaralności odnośnie Pana Mariusza B. w ogóle nie jest wymagane w toku prowadzonego postępowania. Nie jest także możliwe, aby uzyskać aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego o skazaniu spółki ALLCON za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy, z tej prostej przyczyny, że osoba prawna nie może być za nie skazana.

Wskazał, że brak jest podstaw prawnych, aby żądać od prezesa zarządu komplementariusza Spółki aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie przestępstw wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy, ponieważ ustawa nie dopuszcza możliwości wykluczenia spółki komandytowo-akcyjnej z uwagi na ewentualne skazanie prezesa zarządu jej komplementariusza (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), a rozporządzenie nie przewiduje obowiązku dostarczenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie tejże osoby fizycznej, żądanie zaś takiej informacji w formie zaświadczenia wykraczałoby poza zakres dokumentów wskazanych w rozporządzeniu oraz zamknięty katalog przyczyn, dla których może nastąpić wykluczenie.

Nie jest również możliwe uzyskanie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie ewentualnego skazania samego komplementariusza Spółki będącego spółką z ograniczoną odpowiedzialnością za jedno z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 7

Ustawy. Osoba prawna bowiem nie może być skazana za powyższe przestępstwa, gdyż podlega ona wyłącznie sankcjom przewidzianym w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. 2002 r., nr 197, poz. 1661).

Przepisy ustawy i rozporządzenia uprawniają Zamawiającego do żądania od Spółki jedynie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej ewentualnego zastosowania sankcji, o których mowa w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Zaświadczenie takie, we właściwej formie i prawidłowym zakresie zostało przedłożone przez Spółkę. Niemożliwym jest uzyskanie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie komplementariusza Spółki w zakresie ewentualnego popełnienia przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Ustawy, albowiem jest on osobą prawną, a co za tym idzie nie może być skazany za żadne przestępstwo, ustawa nie przewiduje możliwości wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spółki komandytowo-akcyjnej, której komplementariuszem jest osoba prawna nawet jeżeli prezesa zarządu tejże osoby prawnej skazano za jedno z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy. Żądanie aktualnej informacji dotyczącej prezesa zarządu komplementariusza Spółki z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie ewentualnego skazania za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Ustawy byłoby działaniem wykraczającym poza zakres dokumentów wskazanych w rozporządzeniu. Podmioty wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy są zobowiązane do przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego jedynie w sytuacji, gdy posiadają status wykonawcy zamówienia publicznego. Również postanowienia SIWZ nie przewidywały przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie prezesa zarządu komplementariusza Spółki, a zatem również z tego powodu nie można żądać od Spółki przedłożenia w/w informacji.

Zamawiający stwierdził, iż wbrew twierdzeniom protestującego Spółka nie posiada statusu konsorcjum, lecz jest jednym wykonawcą, działającym w formie spółki komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Dlatego również z tej przyczyny brak jest podstaw do żądania przedstawienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie prezesa zarządu komplementariusza Spółki, jak i samego komplementariusza.

B. Zarzuty dotyczące wątpliwości co do prawidłowości pełnomocnictwa.

Zarzuty Protestującego dotyczące rzekomych wątpliwości co do prawidłowości pełnomocnictwa dla Tomasz S. są, zdaniem Zamawiającego, absolutnie bezpodstawne. Kwestionowany przez Protestującego wpis w Rubryce 1 Działu 2 KRS Wykonawcy jest prawidłowy i w żaden sposób nie stoi na przeszkodzie temu, aby pełnomocnictwa w imieniu Wykonawcy udzieliło dwóch prokurentów komplementariusza. Nie byli oni wpisani w Rubryce 1 Działu 2 KRS Wykonawcy, gdyż wpis taki nie jest możliwy i wniosek o jego dokonanie byłby oddalony przez sąd rejestrowy jako pozbawiony podstaw prawnych w obowiązujących przepisach.

W myśl § 44 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach: § 44. W dziale drugim rejestru przedsiębiorców dla spółki komandytowo-akcyjnej wpisuje się:

- 1) w rubryce pierwszej - dane komplementariuszy uprawnionych do reprezentowania spółki:
 - a) w polu pierwszym - sposób reprezentacji spółki, co obejmuje sposób reprezentacji spółki przez wspólników i przez prokurentów.

W świetle tego przepisu oczywistym jest, że podstawą dla rzekomego obowiązku ujawnienia prokurentów komplementariusza w Rubryce 1 Działu 2 KRS Wykonawcy nie był wymóg wpisania "sposobu reprezentacji spółki [komandytowo-akcyjnej] przez prokurentów", Wymóg ten dotyczy bowiem prokurentów samej spółki komandytowo-akcyjnej, a prokurenci komplementariusza nie są prokurentami spółki komandytowo-akcyjnej, co zresztą słusznie dostrzega Protestujący.

Zamawiający przyjął, że wpis w Rubryce 1 Działu 2 KRS Wykonawcy był w pełni zgodny z przepisami regulującymi zasady dokonywania wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym, w szczególności w cytowanym § 44 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach - gdyż w sposób prawidłowy ujawniono sposób reprezentacji spółki komandytowo-akcyjnej przez jej wspólnika, wskazano sposób reprezentacji komplementariusza spółki komandytowo-akcyjnej przez jego organ reprezentacji - zarząd, który to zarząd ma prawo delegować swoje organiczne prawo reprezentacji na pełnomocników, w tym prokurentów, bez ich ujawniania w rejestrze. Skoro prawidłowo ujawniono sposób reprezentacji wspólnika przez jego organ reprezentacji, to ujawnianie osób, które wywodzą swoją kompetencję od tegoż organu reprezentacji, jest absolutnie zbędne, a tym samym prokurenci

komplementariusza - choćby nawet nie byli ujawnieni w rejestrze spółki komandytowo-akcyjnej - na mocy swoich kompetencji do działania w imieniu komplementariusza (pochodnych od zarządu komplementariusza), działającego jako przedstawiciel SKA, mogli ustanowić pełnomocnika dla tejże spółki komandytowo-akcyjnej. Brak ujawnienia prokurentów komplementariusza w rejestrze SKA w żaden sposób nie może być interpretowany jako zawężenie możliwości reprezentowania SKA tylko do zarządu komplementariusza - gdyż wszelcy pełnomocnicy (w tym prokurenci) komplementariusza jedynie wykonują kompetencje tegoż zarządu (ujawnionego), przekazane im w drodze delegacji, a o możliwości delegowania tych przepisów przesądzają przepisy rangi ustawowej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 9 października 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, na czynności Zamawiającego, polegające na:

- 1) nieprawidłowym, tj. niezgodnym z art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, a także niezgodnym z pkt V.B.6 SIWZ, pkt V.A.2 SIWZ dokonaniu czynności oceny ofert, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp,
- 2) zaniechaniu wykluczenia firmy ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. SKA, pomimo iż podmiot ten podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty jako wniesionej przez osobę nieuprawnioną (Tomasza S. - Prokurenta ALLCON Budownictwo Sp. z o.o.).

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych ofert;
- 2) ponowną ocenę ofert;
- 3) wykluczenie oferenta ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. SKA z przedmiotowego postępowania;
- 4) wybór oferty złożonej przez KARMAR S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Dnia 2 listopada 2009 roku do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. SKA.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, co następuje.

Ustawodawca, w dyspozycji przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazał Zamawiającemu wykluczyć wykonawcę, tj. cyt. *„spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego”*.

W celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający żądał przedstawienia aktualnej informacji Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, co zgodne jest z treścią § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605).

Uregulowania odnośnie spółki komandytowo-akcyjnej znajdują swoje odzwierciedlenie w przepisach Kodeksu spółek handlowych – dział IV art. 125 do 147.

Zgodnie z przepisem art. 125 spółką k-a jest spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, w której wobec wierzycieli za zobowiązania spółki, co najmniej jeden wspólnik odpowiada bez ograniczenia (komplementariusz), a co najmniej jeden wspólnik jest akcjonariuszem.

Komplementariusz jest inwestorem aktywnym, co oznacza, że w powiązaniu z jego odpowiedzialnością za zobowiązania to on prowadzi sprawy spółki, reprezentuje ją z mocy przepisów. Jego aktywny charakter jest związany również z tym, że nie inwestując w spółkę znacznych środków przyjmuje na siebie jednak ryzyko działalności spółki. Istotne jest, aby

gwarantował on swoją osobą czy też strukturą organizacyjną (np. spółki z o.o., akcyjne) profesjonalne działanie (A. Szumański, Kodeks, 2001, t. I, s. 621). Komplementariuszami najczęściej będą podmioty, które już osiągnęły określony sukces rynkowy, nie chcą utracić wpływu na funkcjonowanie prowadzonej działalności, a jednocześnie potrzebują dofinansowania. Układ praw i obowiązków między komplementariuszami a akcjonariuszami pozwala na takie funkcjonowanie (Kidyba Andrzej, komentarz LEX/el. 2009).

W przedmiotowym postępowaniu przystępującym po stronie Zamawiającego jest wykonawca ALLCON Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Zgodnie z odpisem aktualnym z rejestru przedsiębiorców – KRS o numerze 0000325737, dział 2 podrubryka 1 – komplementariuszem reprezentującym spółkę k-a jest ALLCON Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zdaniem Izby, nie zasługuje na uwzględnienie twierdzenie odnośnie dopuszczalności rozszerzenia stosowania art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp na komplementariuszy prowadzących działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Ustawodawca w sposób klarowny określił, że wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za określone rodzaje przestępstw. Wykładnia językowa nie pozostawia zatem żadnych wątpliwości i z tej przyczyny nie istnieje potrzeba posiłkowania się wykładnią celowościową, czy też analogią przy interpretacji przepisu art. 24 ust.1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby, wykładnia rozszerzająca przepisów dotyczących zamówień publicznych dopuszczalna jest jedynie przy badaniu i ocenie praw wykonawców. Nie jest natomiast możliwa przy ocenie obowiązków wykonawców.

Za uzasadniony uznać należy również pogląd, iż gdyby ustawodawca miał na celu stawianie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do przesłanek skutkujących obligatoryjnym wykluczeniem takiego wykonawcy z postępowania, to w zakresie kwestionowanego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z pewnością tak sformułowałby ten przepis, aby nie pozostawiał wątpliwości interpretacyjnych.

Stosownie do powyższego wyводу, stwierdzić należy, iż ustawodawca przewidział odpowiedzialność dla podmiotów zbiorowych, skutkujących wykluczeniem wykonawcy. Artykuł 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Ponadto Izba zwraca uwagę (w kontekście informacji przekazanej przez przystępującego), że nie jest możliwe uzyskanie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie "skazania" komplementariusza będącego osobą prawną za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 7. Osoba prawna nie podlega odpowiedzialności karnej za wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przestępstwa, w tym sensie, że nie jest możliwe wydanie wobec niej wyroku skazującego. Podmiot ten podlega jedynie odpowiedzialności *quasi karnej* określonej w sankcjach przewidzianych w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. 2002 r., nr 197, poz. 1661). Zgodnie z przepisami powyższej ustawy wobec osoby prawnej orzeka się karę pieniężną, przepadek przedmiotów i korzyści oraz pewnego rodzaju środki karne. Oznacza to, że wobec osoby prawnej nie jest możliwe wydanie wyroku, w którym znajdzie się stwierdzenie "skazuje", lecz jedynie wyrok taki może zawierać stwierdzenie "orzeka". Co istotne, w przypadku braku podstaw do orzeczenia o odpowiedzialności podmiotu zbiorowego Sąd nie "uniewinnia" tego podmiotu, lecz jedynie "oddala" wniosek o pociągnięcie go do odpowiedzialności.

Zdaniem Izby brak jest podstaw prawnych, aby żądać od prezesa zarządu komplementariusza spółki aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie przestępstw wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy, ponieważ ustawa nie dopuszcza możliwości wykluczenia spółki komandytowo - akcyjnej z uwagi na ewentualne skazanie prezesa zarządu jej komplementariusza (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), a rozporządzenie nie przewiduje obowiązku dostarczenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie tejże osoby fizycznej, żądanie zaś takiej informacji w formie zaświadczenia wykraczałoby poza zakres dokumentów wskazanych w rozporządzeniu oraz zamknięty katalog przyczyn, dla których może nastąpić wykluczenie.

Ponieważ Zamawiający w myśl art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, to niedopuszczalne jest żądanie dokumentów nie służących wykazaniu okoliczności mających znaczenie dla postępowania. Z uwagi na powyższe, skoro przedłożenie przez wykonawcę będącego spółką komandytowo-akcyjną zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla jego komplementariusza będącego podmiotem zbiorowym nie może wykazać okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to żądanie takiego dokumentu jest niedozwolone. Tym samym wykluczenie wykonawcy, który w opisanych wyżej okolicznościach takiego dokumentu nie złożył, stanowiłoby naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż zarzuty odwołującego w zakresie konieczności umieszczenia przepisu dotyczącego odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, będących komplementariuszem spółki komandytowo-akcyjnej w zakresie określonym przepisem art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych traktować należy jako postulat *de lege ferenda*, nie natomiast jako zarzut w stosunku do Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku umocowania Pana Tomasza S. do podpisania oferty, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z odpisem aktualnym z rejestru przedsiębiorców – KRS o numerze 0000314751 dla ALLCON Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – dział 2 rubryka 1 – organem uprawnionym do reprezentacji podmiotu jest zarząd. Sposób reprezentacji podmiotu został określony w sposób następujący: do składania oświadczeń w imieniu spółki uprawniony jest każdy z członków zarządu samodzielnie. W rubryce 3 w/w KRS zostali wymienieni prokurenci (3 osoby, rodzaj prokury – prokura łączna z drugim prokurentem). Zgodnie z art. 109¹ § 1 kodeksu cywilnego *Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.*

W KRS prowadzonym dla spółki komandytowo-akcyjnej nie ujawnia się informacji o prokurentach komplementariusza. Jeżeli współnikiem - komplementariuszem jest spółka z o.o. (co ma miejsce w sprawie) organem reprezentacji tej spółki jest zarząd (art. 201 § 1 k.s.h.). Wszelkie inne osoby (w szczególności prokurenci - jako pełnomocnicy, prokura jest bowiem tylko i wyłącznie pełnomocnictwem, a nie instytucją z zakresu ustroju spółki z o.o.) wywodzą swoje uprawnienie do reprezentacji od zarządu, jest to uprawnienie pochodne wobec tego najbardziej pierwotnego, "organicznego". Niewątpliwie bowiem prokury - jako pełnomocnictwa - udziela zarząd spółki z o.o. (art. 208 § 6 i art. 201 § 1 k.s.h.), delegując na prokurenta (jak i na każdego innego pełnomocnika) części swojej ustrojowej, wynikającej z ustawy kompetencji w zakresie reprezentacji. Jeżeli zatem przepis wymaga ujawnienia w KRS w odniesieniu do spółki komandytowo-akcyjnej i sposobu reprezentacji spółki [komandytowo-akcyjnej] przez „wspólnika”, to odnosi to tylko i wyłącznie do tego zasadniczego, najbardziej pierwotnego sposobu reprezentacji „wspólnika” - osoby prawnej, tj. przez organ reprezentacji tego wspólnika - w przypadku spółki z o.o. przez jej zarząd i tylko przez zarząd (skoro każda inna osoba będzie wywodzić swoje uprawnienie od zarządu).

W powyższym zakresie Izba popiera stanowisko przystępującego, iż kodeks cywilny definiuje prokurę i określa zakres umocowania prokurenta. W myśl art. 109¹ § 1 kc, prokura jest pełnomocnictwem, które *"obejmuje umocowanie do czynności pozasądowych i sądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa"*. Interpretuje się to stwierdzenie w taki sposób, iż prokura znajduje zastosowanie do *„czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem jakiegokolwiek przedsiębiorstwa"*, oraz iż *„zakres prokury jest ustawowo określony w sposób bezwzględnie obowiązujący, nie może więc ani wykraczać poza umocowanie do dokonywania sądowych i pozasądowych czynności prawnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa, ani nie może być ograniczony"*. Kodeks nie określa bliżej tych czynności, pozostawiając ich kwalifikację wykładni, z tym jednak zastrzeżeniem, że treść pojęcia *„prowadzenie przedsiębiorstwa pokrywa się z pojęciem działalności gospodarczej."* (S. Rudnicki, najnowsze wydanie: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa 2009, wydanie elektroniczne do programu LexPolonica). *"Prokura obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwo zostało tu ujęte w funkcjonalnym znaczeniu tego terminu (...). Chodzi przy tym o czynność związaną w jakikolwiek sposób z prowadzeniem każdego przedsiębiorstwa (...)"* (Kodeks cywilny. Komentarz pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 250 i 251).

Ponadto, co jak wskazuje przystępujący, doktryna prawa handlowego powszechnie i w miarę jednolicie przyjmuje, iż w tej szczególnej sytuacji, gdy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (będąca przedsiębiorcą), jest współnikiem spółki osobowej, uprawnionym do prowadzenia spraw i reprezentacji tej spółki osobowej, to działać za taką spółkę z o.o. - współnika może jej prokurent - mocą tego właśnie, że jest prokurentem. I tak w szczególności:

- 1) A. Stępień-Sporek w opracowaniu *Spółka komandytowa z udziałem spółki z o.o. jako jedynym komplementariuszem cz. II* (część II, Prawo Spółek, nr 12/2008, s. 8), w odniesieniu do reprezentacji takiej właśnie spółki komandytowej (w sensie prawnym konstrukcja S.KA. z udziałem spółki z o.o. jako jedynym komplementariuszem nie wykazuje żadnych różnic), stwierdza, iż *„Niewykluczone jest także, że działania w ramach reprezentacji będą podejmowane przez prokurenta ustanowionego przez spółkę z o.o. Prokurent upoważniony jest do podejmowania wszystkich czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Skoro nie ograniczono prokury do działania tylko w ramach określonego przedsiębiorstwa, prokurent może działać także w imieniu spółki komandytowej"*,

- 2) M.R. Podświadek w kolejnym opracowaniu poświęconym podobnej konstrukcji spółki osobowej z udziałem osoby prawnej jako komplementariusza (*Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako komplementariusz w spółce komandytowej*: Przegląd Prawa Handlowego nr 10/2001, s. 2 i nast.), zauważa, iż "W typowej spółce z o.o. & Co. spółka komandytowa reprezentacja spoczywa w rękach komplementariusza - spółki o.o. Uprawnienia w tym zakresie wykonuje ona w pierwszym rzędzie przez swoje organy (zarząd), ale także przez reprezentantów ustanowionych w drodze czynności prawnych; np. przez prokurentów." Z kontekstu wypowiedzi jasno wynika, iż autorowi chodziło ewidentnie o prokurentów komplementariusza – spółki z o.o., a nie prokurentów spółki komandytowej;
- 3) działanie prokurenta komplementariusza w imieniu S.KA. przewiduje także T. Bieniek (*Charakter prawny spółki komandytowo-akcyjnej*: Kraków 2005, s. 251). Według niego „(...) reprezentacja spółki komandytowo-akcyjnej przez jej komplementariusza - osobę prawną dość istotnie zbiega się z reprezentacją samej osoby prawnej. Osoby reprezentujące komplementariusza - osobę prawną działać mogą albo za tę osobę, albo też w jej imieniu, w zależności od tego, czy są to członkowie zarządu, czy też pozostali reprezentanci (np. prokurenci, pełnomocnicy)". Tu też wyraźnie widać, iż autorowi chodzi o prokurentów komplementariusza - osoby prawnej, a nie prokurentów samej SKA.

Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego, należy jednoznacznie przyjąć, iż prokurent komplementariusza - spółki z o.o. (zwłaszcza i tym bardziej, gdy taki komplementariusz "udziela się" w SKA. w ramach swojej działalności gospodarczej) ma prawo - z samej prokury - reprezentować spółkę komandytowo-akcyjną.

Pełnomocnictwo udzielone dla Pana Tomasza S. przez pozostałych dwóch prokurentów działających łącznie, upoważniało go do podpisania oferty.

W tym stanie faktycznym skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....