

Sygn. akt KIO 1337/10

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PETRO Mechanika Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres pełnomocnika: 09-411 Płock, ul. Chemików 7), REMAR Sp. z o.o.** od czynności zamawiającego, którym jest **Zespół Szkół Muzycznych w Siedlcach, 08-101 Siedlce, ul. Podlaska 14**

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **Krzysztofa Redesiuka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Inżynierskich, 08-110 Siedlce, ul. Brzeska 97**

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciążyć Zespół Szkół Muzycznych w Siedlcach, 08-101 Siedlce, ul. Podlaska 14 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), co stanowi kwotę wpisu od odwołania uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PETRO Mechanika Sp. z o.o.**

**(pełnomocnik; adres pełnomocnika: 09-411 Płock, ul. Chemików 7),  
REMAR Sp. z o.o.,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Zespół Szkół Muzycznych w Siedlcach, 08-101 Siedlce, ul. Podlaska 14** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PETRO Mechanika Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres pełnomocnika: 09-411 Płock, ul. Chemików 7), REMAR Sp. z o.o.,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

Stosownie do treści art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

**Przewodniczący:**

.....

*Uzasadnienie*

I. Zespół Szkół Muzycznych w Siedlcach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego na „Budowa Szkoły Muzycznej w Siedlcach - dokończenie budowy Sali Koncertowej z Zespole Szkół Muzycznych w Siedlcach przy ul. Podlaskiej 14 - w branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej wraz z wyposażeniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.04.2010 r. pod poz. 105653.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28.06.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PETRO Mechanika Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres pełnomocnika: 09-411 Płock, ul. Chemików 7), REMAR Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie na czynność Zamawiającego (wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie Odwołującego z postępowania).

Odwołujący kwestionował prawidłowość wykluczenia go z postępowania (z powodu braku załączenia do oferty zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla jednego z uczestników Konsorcjum), i wskazywał na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 4 i 8, a także art. 7 i 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Krzysztof Redesiuk, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Inżynierskich, 08-110 Siedlce, ul. Brzeska 97 (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Sposób reprezentacji jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (REMAR Sp. z o.o.) określono następująco: „każdy członek zarządu jednak zawsze z prokurentem”, a prokura została udzielona dwom osobom (odpis z Krajowego Rejestru Sądowego REMAR w aktach sprawy).
2. Do oferty Odwołującego załączono zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego (dalej: KRK) dla członków zarządu, lecz nie załączono takiego zaświadczenia dla prokurentów.
3. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący na wezwanie odpowiedział, jednak nie przedłożył zaświadczeń, a złożył obszernie wyjaśnienia, z których wynikało, że w jego ocenie złożenie takiego zaświadczenia nie jest konieczne (pismo z dnia 16.06.2010 r. kopia w aktach sprawy).
4. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania (pismo z dnia 23 czerwca 2010r., doręczone 25 czerwca, kopia w aktach sprawy), na którą to czynność Odwołujący wniósł rozpatrywane odwołanie. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że w związku ze sposobem reprezentacji spółki REMAR, za organ zarządzający należy uznać członka zarządu wraz z prokurentem. Odwołujący natomiast wskazywał, że art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych należy rozumieć ściśle, według brzmienia przepisu, a ten wyraźnie mówi o „urzędującym członku organu zarządzającego” – organem tym dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest zarząd, a nie prokurenci.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w całości. Zamawiający z kolei odpowiedział na odwołanie, podtrzymując w całości stanowisko wyrażone w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (przywołane wyżej pismo z dnia 23 czerwca 2010 r.). Przystępujący w całości poparł Zamawiającego.

Po analizie stanu faktycznego i stanowisk Stron, Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 z 2009r. poz. 1917) zamawiający może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Spółka REMAR (jeden

z uczestników Konsorcjum) to spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – spółka prawa handlowego - osoba prawna, do której zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych. Według przywołanego przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo ściśle określone w tym przepisie.

Prokurent nie jest urzędującym członkiem organu zarządzającego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Organy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w tym organy zarządzające, określone zostały w Tytule III „Spółki kapitałowe” Kodeksu spółek handlowych. Zgodnie z art. 201 - 211 ksh organem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest zarząd spółki. Ustanowienie prokurentów i określenie sposobu reprezentacji spółki przez członków zarządu łącznie z prokurentem nie powoduje, iż prokurent staje się członkiem zarządu spółki (nie staje się członkiem organu zarządzającego).

Instytucja prokury określona została w kodeksie cywilnym. Zgodnie z art. 109<sup>1</sup> § 1 kc 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.

Okoliczność, że sposób reprezentacji w spółce REMAR został ustanowiony w taki sposób, iż wyłączono możliwość samodzielnego działania członków zarządu (bez prokurenta), nie wpływa na ustalenie kręgu członków organu zarządzającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych (którzy są zobowiązani do złożenia zaświadczenia z KRK). W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania zaświadczeń z KRK dotyczących prokurentów (żądanie uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych było nieuprawnione). Pogląd w tym zakresie został jednoznacznie wyrażony zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie (tak również Jerzy Pieróg w przywołanym przez Odwołującego Komentarzu Prawo zamówień publicznych, wydanie IX z 2009r., wyd. C.H.BECK, str.119).

Argumentacja słusznościowa i celowościowa, na którą powoływał się i Zamawiający, i Przystępujący na rozprawie, nie zasługuje na aprobatę, ponieważ przepisy dotyczące wykluczenia są przepisami o charakterze restrykcyjnym, sankcyjnym, dlatego należy je interpretować w sposób ścisły – nie można więc pojęcia „urzędującego członka organu zarządzającego” rozumieć w sposób funkcjonalny i w związku z tym nie można żądać KRK od każdego, kto reprezentuje spółkę na zewnątrz (prokurentów i innych pełnomocników).

Reasumując, w ocenie Izby potwierdziły się wskazywane przez Odwołującego naruszenia art. 7, 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 4 i 8 Prawa zamówień publicznych (nieprawidłowe było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia zaświadczeń z KRK dotyczących prokurentów i wykluczenie Odwołującego z postępowania), dlatego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....