

Sygn. akt: KIO 1143/12

## WYROK

z dnia 19 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Luiza Łamejko  
Honorata Łopianowska  
Emil Kuriata

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August Otto-Str. 7a, 56357 Holzhausen** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale wykonawcy **IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August Otto-Str. 7a, 56357 Holzhausen** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August Otto-Str. 7a, 56357 Holzhausen** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August Otto-Str. 7a, 56357 Holzhausen** na rzecz **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków** kwotę **239 zł 00 gr** (słownie: dwieście trzydzieści

dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Szpital Uniwersytecki w Krakowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę radiofarmaceutyku 18F-FDG.

W postępowaniu tym wykonawca Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH (dalej: „odwołujący”) w dniu 4 czerwca 2012 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2a i ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania, mimo iż wykonawca ten na wezwanie zamawiającego nie złożył właściwego według przepisów ustawy Pzp dokumentu potwierdzającego, że urzędujący członek zarządu wykonawcy - Maciej Florkowski - nie został skazany prawomocnie za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), w sytuacji, gdy czynności wykonawcy objęte dokumentami przedstawionymi przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego, po myśli art. 58 k.c., zmierzały do obejścia prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania oferty, wykluczenie IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż zgodnie z odpisem KRS wykonawcy IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością dołączonym do oferty na dzień składania ofert, tj. na dzień 9 maja 2012 r., członkami zarządu IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością byli Przemysław Kozanecki - członek zarządu oraz Maciej Florkowski - członek zarządu zamieszkały w Austrii, 21-03 Langenzersdorf, Tutzgasse 4. W celu wykazania spełniania warunków, na potwierdzenie niekaralności Macieja Florkowskiego ww. wykonawca załączył zaświadczenie z polskiego Krajowego Rejestru Karnego z dnia 24 kwietnia 2012 r., mimo że zgodnie z § 2 ust. 2 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,

poz. 1817 ze zm.) wykonawca winien był załączyć zaświadczenie o niekaralności wydane przez właściwy organ administracyjny miejsca zamieszkania Macieja Florkowskiego (tj. zgodnie z prawem austriackim *Strafregisterbescheinigung* wydany przez organ gminy na podstawie Rejestru Karnego Republiki Austrii prowadzonego przez Federalną Dyрекcję Policji w Wiedniu).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści wniosku złożonego do KRK z dnia 24 kwietnia 2012 r. wyraźnie wskazano, że wykonawca ubiega się o przedłożenie przedmiotowego zaświadczenia o osobie Macieja Florkowskiego celem jego użycia w „postępowaniu przetargowym / art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Prawo Zamówień Publicznych z 29.01.2004 z późn. zm.”. Odwołujący zauważył, że ustawa Pzp wymaga przedstawiania zaświadczeń w trybie art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp wyłącznie od osób pełniących funkcję w organach wykonawcy, z czego wywiódł, iż wystąpienie przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością o wydanie tego zaświadczenia było związane bezpośrednio z pełnieniem przez Macieja Florkowskiego funkcji członka zarządu w firmie wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że Protokół z Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wraz z Uchwałą nr 1 opatrzoną datą 8 maja 2012 r. wykonawca ten przedstawił zamawiającemu dopiero po wezwaniu go przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności wydanego dla Macieja Florkowskiego. Odwołujący podkreślił, że zaświadczenia, do którego uzupełnienia został wezwany wykonawca, wykonawca nie był w stanie uzyskać - austriackie zaświadczenie o niekaralności nie może zostać wydane z datą wsteczną.

Jak zauważył odwołujący, IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością miała możliwość przedłożenia uchwały wspólników o odwołaniu członka zarządu z pełnionej funkcji w formie przewidzianej przez art. 173 ksh, tj. pisemnej, wraz ze składaną ofertą w dniu 9 maja 2012 r. Za nieprawdopodobne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym odwołujący uznał, że zarząd IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mającej doświadczenie w udziale w procedurze zamówień publicznych, gdzie w jego skład, zgodnie z wpisem do KRS, wchodzi jedynie dwóch członków, jednego dnia podejmuje uchwałę o odwołaniu członka zarządu, drugiego zaś - wyłącznie przez „omyłkę” - składa ofertę, dołączając do niej dokumenty poświadczające brak karalności dla tego członka zarządu. Powyższe, w ocenie odwołującego, świadczy o tym, że wykonawca poprzez złożone oświadczenie chciał wywołać odmienne skutki, aniżeli w nim określone. Odwołujący wskazał, że IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ujawniła podjętą uchwałę dopiero dwa tygodnie po złożeniu ww. oświadczenia, a więc dopiero po wezwaniu przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, którego obiektywnie uzupełnić się nie dało,

co skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Odwołujący wywiódł, że podjęcie takiej uchwały miało na celu ratowanie oferty wykonawcy złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie złożyła w 7 dniowym terminie określonym w art. 22 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2007 Nr 168, poz. 1186 ze zm.) wniosku o zmianę wpisu w rejestrze. Odwołujący podkreślił, że dane zamieszczone w ww. rejestrze korzystają, na podstawie art. 17 ww. ustawy, z domniemania prawdziwości. Z powyższego odwołujący wywiódł wniosek, że wobec osób trzecich, nawet przy dołożeniu nadzwyczajnej staranności polegającej na zapoznaniu się z aktami rejestrowymi, wykonawca nie ujawnił podjętej uchwały, co zgodnie z treścią tej czynności powinien w pierwszej kolejności uczynić. Co za tym idzie, jak zaznaczył odwołujący, wykonawca konsekwentnie wobec osób trzecich wskazywał jako członka zarządu Macieja Florkowskiego, a dokumentami składanymi w ofercie okoliczność tę potwierdzał. Powyższe, zdaniem odwołującego, skłania do wniosku, iż rzeczywista data odwołania Macieja Florkowskiego przypada po wezwaniu IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności pana Florkowskiego.

Odwołujący stwierdził, mając na względzie zaistniałą sekwencję zdarzeń, że podjęcie uchwały w przedmiocie odwołania Macieja Florkowskiego opatrzonej datą na dzień przed składaniem ofert, o czym zamawiający powziął informację dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentu dotyczącego pana Florkowskiego, stanowi jedynie próbę usunięcia braków w ofercie skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania, co stanowi jednocześnie naruszenie art. 58 § 1 kc.

Odnosząc się do podstawy wezwania do uzupełnienia dokumentów, tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że dopuszczanie do udziału wykonawców, którzy w ramach uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stworzyli sobie możliwość przedstawiania dokumentów stosownie do ich własnych potrzeb oraz okoliczności stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Do takiej sytuacji dochodzi, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, gdy dokumenty urzędowe, w związku z wezwaniem wystosowanym przez zamawiającego, zastępowane są przez dokumenty prywatne, podczas gdy, zgodnie z deklaracją wykonawcy, oczywistym jest, że mogły one zostać przedłożone wraz z ofertą. W takiej sytuacji, jak zaznaczył odwołujący, preferowani są wykonawcy, którzy przedkładając dokumentację na okoliczność spełniania warunków udziału, stwarzają sobie możliwość jej uzupełnienia, na wypadek, gdyby pierwsze okazały się wadliwe, względem tych wykonawców, którzy takiej szansy na uzupełnienie dokumentów sobie nie stworzyli, m.in. z uwagi na to, że starannie przygotowali swoje oferty. W świetle

powyższego, zważywszy na fakt, że celem wprowadzenia normy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było zapewnienie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy mogą one być przez wykonawcę łamane, zamawiający powinien żądać w tym względzie wyjaśnień. Nie można bowiem przyjąć, w opinii odwołującego, że tryb uzupełnienia dokumentów jest sformalizowany w tym znaczeniu, iż dopuszcza przedłożenie każdego możliwego dokumentu, bez względu na to, czy stanowi to naruszenie zasad postępowania i obejście prawa, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. Za takie naruszenie natomiast należy uznać wykorzystanie tej instytucji do poprawy pozycji wykonawcy poprzez brak przedłożenia dokumentu prywatnego, w sytuacji, gdy pozostaje oczywistym - w świetle okoliczności danej sprawy - że przedłożenie takiego dokumentu było możliwe. Podejmowane przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością działania odwołujący ocenił jako mające na celu obejście przepisu prawa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w doktrynie przyjmuje się, że działanie mające na celu obejście przepisu jest sprzeczne z normą prawną z tego przepisu wypływającą, więc jest już *ex definitione* sprzeczne z ustawą (w rozumieniu art. 58 § 1 kc.). Ponadto, jak zauważył, w doktrynie podnosi się, że czynność prawna mająca na celu obejście ustawy zawiera treść, która z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane. Chodzi tu zatem o wywołanie skutku sprzecznego z prawem. Odwołujący przywołał wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2004 r., sygn. akt I PK 42/04, z dnia 25 stycznia 2005 r., sygn. akt II UK 141/04, z dnia 29 marca 2006 r., sygn. akt II PK 163/05. Zdaniem odwołującego, sprzeczne z normą prawną wypływającą z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest stwarzanie przez wykonawcę sytuacji - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - która prowadzi do jego uprzywilejowania względem innych wykonawców. W niniejszym postępowaniu IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością podjęła uchwałę o odwołaniu członka zarządu w dacie, jak wskazano na uchwale, poprzedzającej składanie ofert, pomimo tego wykonawca nie zgłosił tej okoliczności zamawiającemu, ani nie ujawnił jej w zakreślonym do tego terminie we właściwym rejestrze. Wprowadzając tym samym zamawiającego w błąd wykonawca stworzył sobie możliwość pozwalającą mu na uzupełnienie dokumentów urzędowych dokumentami prywatnymi, a więc dokumentami, którymi - przy przyjęciu logicznego biegu zdarzeń - nie powinien dysponować składając ofertę.

Odwołujący podniósł ponadto, że w doktrynie przyjmuje się, że dla ustalenia, czy czynność została podjęta *in fraudem legis*, wymaga się uwzględnienia nie tylko funkcja i określony motyw gospodarczy, ale również całokształt konsekwencji prawnych z niej wynikający dla podmiotów danego stosunku. Sąd rozpoznający sprawę powinien kierować

się rozsądną oceną, która w wielu wypadkach pozwala *prima facie* dostrzec próbę obejścia prawa przez strony czynności. W niniejszej sprawie, jak stwierdził odwołujący, oczywistym jest, że działanie IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie było wynikiem wyłącznie omyłki. Całokształt okoliczności sprawy wskazuje jednoznacznie, że wykonawca ten zmierzał do stworzenia sobie uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców i „uratowania swojej oferty”. Nieprawdopodobnym, w ocenie odwołującego, jest przyjęcie nawet hipotetycznie, że zarząd tak dużej firmy jak IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, mający doświadczenie w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, dzień po zmianie dwuosobowego składu, nie uwzględni tej okoliczności w składnej ofercie. Powołując się natomiast na tę okoliczność wykonawca powinien udowodnić, że jego działania nie zmierzały do uzyskania uprzywilejowanej pozycji. W myśl art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 kc ciężar dowodu obciąża stronę, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zwłaszcza że dokumenty, na które powoływała się IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - dokumenty prywatne - nie stanowią dowodu na okoliczność tego, co zostało w nich stwierdzone. Wobec braku tego dowodu, zamawiający, który na mocy art. 7 ustawy Pzp jest zobowiązany do zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, powinien wykonawcę wykluczyć z udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego wywołanego ww. odwołaniem przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiła IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W piśmie z dnia 14 czerwca 2012 r. IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniosła o oddalenie odwołania wskazując na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów. IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością stwierdziła, że w obliczu faktu, że w dniu 8 maja 2012 r. pan Maciej Florkowski uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników został odwołany ze stanowiska członka zarządu, brak jest podstaw do badania oferty, czy też żądania dokumentu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z uwagi na nie dołączenie do oferty lub nie uzupełnienie na wezwanie zamawiającego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla osoby, która w dniu składania ofert nie jest urzędującym członkiem zarządu spółki. IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zauważyła przy tym, że chwila podjęcia uchwały przez Zgromadzenie Wspólników ma charakter konstytutywny, wpis do KRS zaś ma jedynie znaczenie deklaratoryjne.

IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wskazała, że odwołujący stawiając tezy w odwołaniu oparł się na hipotezach i domysłach, w żaden sposób zaś twierdzeń swych nie udowodnił, a to na odwołującym spoczywa ciężar dowodowy.

IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością stwierdziła, że złożenie wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców w terminie późniejszym niż 7 dni nie spowodowało żadnych skutków, bowiem Sąd Rejestrowy dokonał zmian we wpisie do KRS uznając tym samym za prawidłowe wszelkie czynności poprzedzające złożenie wniosku o dokonanie zmian w rejestrze.

Za nieuprawnioną IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością uznała również argumentację odwołującego w zakresie art. 26 ust. 3 w zw. Z art. 7 ustawy Pzp. IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wskazała, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów jest czynnością obligatoryjną w każdej sytuacji, czy to braku dokumentu czy też innego jego błędu. Czynność zamawiającego z dnia 18 maja 2012 r. w obliczu załączonego do oferty, aktualnego i niekwestionowanego przez żadną ze stron wpisu do KRS z dnia 3 kwietnia 2012 r. IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością uznała za prawidłową zaznaczając przy tym, iż jest ona na tym etapie postępowania czynnością niezaskarżalną na skutek braku interesu w związku z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wskazała, że dołożyła należytej staranności udzielając wyjaśnień i przekazując stosowne dokumenty.

Za bezpodstawne IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością uznała również twierdzenia odwołującego dotyczące naruszenia art. 58 § 1 kc. Wykonawca podniósł, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swego twierdzenia, że uchwała nie została podjęta w dniu 8 maja 2012 r. Ww. twierdzenie, w obliczu okoliczności, iż sama oferta, z uwagi na odległość Warszawa – Kraków, została sporządzona w dniu 7 i 8 maja 2012 r., czego dowodem są daty przy poszczególnych dokumentach załączonych do oferty, oraz usankcjonowania podjętej uchwały wprowadzeniem przez sąd rejestrowy stosownych zmian w KRS jest, zdaniem IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nieuprawnione.

W dniu 15 czerwca 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż zgodnie z dokumentami złożonymi przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością wraz z ofertą oraz w uzupełnieniu, urzędującym członkiem zarządu ww. spółki jest Przemysław Kozanecki, dla którego informacja z KRK została dołączona do treści oferty. Nie znajduje zatem, w opinii zamawiającego, potwierdzenia zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał na dyspozycję art. 201 § 4 ksh podkreślając, iż uchwała wspólników ma charakter konstytutywny i wywiera skutki prawne od chwili jej podjęcia, nie zaś od daty wpisu do rejestru, który ma charakter deklaratoryjny.



Zamawiający stwierdził, że w świetle złożonych przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością dokumentów brak było podstaw do kwestionowania zmiany w zarządzie ww. spółki. Zamawiający nie miał też legitymacji prawnej do kwestionowania faktu podjęcia i poprawności przedłożonej przez wykonawcę uchwały. Podmiotem legitymowanym w tym zakresie jest, jak zauważył zamawiający, na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym sąd rejestrowy, który dokonując stosownego wpisu uwzględniającego zmiany w składzie zarządu IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie dopatrył się żadnych nieprawidłowości. Zamawiający wskazał także na okoliczność, iż złożenie wniosku o dokonanie zmian w rejestrze po upływie 7 dni pozostaje bez znaczenia dla powstania zmian w składzie zarządu z uwagi na deklaratoryjny charakter wpisu do KRS. Co więcej, jak stwierdził zamawiający, domniemanie prawdziwości danych wpisanych do KRS zostało obalone przez przedstawienie przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością dokumentów potwierdzających aktualny skład zarządu spółki.

Zamawiający nie zgodził się również z odwołującym co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że w niniejszej sprawie nie miało miejsca zastąpienie dokumentu urzędowego dokumentem prywatnym, gdyż wymóg dostarczenia dokumentu urzędowego w postaci informacji z KRK dla Macieja Florkowskiego stał się bezprzedmiotowy z uwagi na przedłożenie przez wykonawcę uchwały o odwołaniu ww. osoby ze stanowiska członka zarządu. Zamawiający wskazał przy tym, że w świetle pisma IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością brak było podstaw do żądania od wykonawcy wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

W ocenie zamawiającego, nie znajduje także uzasadnienia sformułowana przez odwołującego teza w zakresie zmierzania czynności IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do obejścia prawa. Zamawiający wskazał, że odwołujący ww. tezy nie poparł żadnym dowodem.

Zamawiający za niezrozumiałe uznał kwestionowanie przez odwołującego możliwości omyłkowego dołączenia przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością do oferty złożonej dniu 9 maja 2012 r. informacji o niekaralności dla Macieja Florkowskiego i niepodłączenia uchwały z dnia 8 maja 2012 r. Oczywistym jest dla zamawiającego, że oferta w tak skomplikowanym postępowaniu była kompletowana w dłuższym odstępie czasu.

Zamawiający podkreślił, że zarówno zamawiający, jak i odwołujący, nie mają legitymacji do dokonywania samodzielnych ustaleń dotyczących faktu podjęcia uchwały, jak też do dokonywania oceny jej prawidłowości.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S 65-106052.

Zgodnie z treścią pkt 6.2.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy zobowiązani byli złożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożyła w dniu 9 maja 2012 r. ofertę, do której dołączyła m.in. odpis z KRS z dnia 3 kwietnia 2012 r., zgodnie z którym funkcję członków zarządu sprawowali Przemysław Kozanecki oraz Maciej Florkowski, a także informacje z polskiego KRK dotyczące ww. osób z dnia 24 kwietnia 2012 r.

W dniu 18 maja 2012 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dla Macieja Florkowskiego wyjaśniając, iż w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w sytuacji, gdy osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 5-8 ustawy Pzp, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w piśmie z dnia 22 maja 2012 r. wyjaśniła, że Maciej Florkowski od dnia 8 maja 2012 r. nie jest członkiem zarządu spółki, tym samym nie ma obowiązku załączania do oferty zaświadczenia z KRK w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Wykonawca wyjaśnił, że zaświadczenie z dnia 24 kwietnia 2012 r. dotyczące Macieja Florkowskiego zostało dołączone przez pomyłkę. IASON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością dołączyła do ww. pisma Protokół z Nadzwyczajnego Zgromadzenia

Wspólników Spółki IASON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 8 maja 2012 r. wraz z Uchwałą nr 1 Nadzwyczajnego Wspólników Spółki IASON Sp. z o.o. z dnia 8 maja 2012 r. w sprawie odwołania pana Macieja Florkowskiego ze stanowiska członka zarządu Spółki oraz treścią wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców z dnia 22 maja 2012 r. Zgodnie ww. Uchwałą nr 1 Nadzwyczajnego Wspólników Spółki IASON Sp. z o.o. Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników IASON Sp. z o.o. „postanawia odwołać pana Macieja Florkowskiego ze stanowiska członka zarządu Spółki. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.”.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść oferty IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, pisma IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 22 maja 2012 r., Protokołu z Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki IASON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 8 maja 2012 r. wraz z Uchwałą nr 1 Nadzwyczajnego Wspólników Spółki IASON Sp. z o.o. z dnia 8 maja 2012 r. w sprawie odwołania pana Macieja Florkowskiego ze stanowiska członka zarządu Spółki, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania. Zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu w dostateczny sposób potwierdza wykazanie się przez odwołującego interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwością poniesienia w tym zakresie potencjalnej szkody, co z kolei wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Wymóg złożenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla urzędujących członków zarządu wynika z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu

zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, 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. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (§ 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). W § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia ustawodawca przewidział, że jeżeli w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób. Istotne jest przy tym, że wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Z przytoczonych powyżej regulacji jednoznacznie wynika, że wymóg złożenia przez wykonawcę informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczy wyłącznie urzędujących członków organu zarządzającego.

Izba stwierdziła na podstawie pisma IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 22 maja 2012 r., treści Protokołu z Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki IASON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 8 maja 2012 r., Uchwały nr 1 Nadzwyczajnego Wspólników Spółki IASON Sp. z o.o. z dnia 8 maja 2012 r. w sprawie odwołania pana Macieja Florkowskiego ze stanowiska członka zarządu Spółki, a także treści wniosku o zmianę danych IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w rejestrze przedsiębiorców z dnia 22 maja 2012 r., że wykonawca ten wykazał, że jedynym urzędującym członkiem zarządu IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w dniu składania ofert, tj. w dniu 9 maja 2012 r., był Przemysław Kozanecki, dla którego informacja o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego została w sposób prawidłowy

(i niekwestionowany przez odwołującego) złożona wraz z ofertą. Co za tym idzie, brak było podstaw do żądania złożenia przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością informacji z ww. rejestru dla Macieja Florkowskiego.

Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania ww. dokumentów złożonych przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 maja 2012 r. Izba zważyła, że zgodnie z art. 201 § 4 ksh członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Odwołanie członka zarządu następuje zatem z dniem podjęcia stosownej uchwały. Uchwała ma charakter konstytutywny, a jej skuteczność nie zależy od dokonania stosownego wpisu w rejestrze. „Wpis (lub jego brak) do rejestru danych członków zarządu nie tworzy nowego stanu prawnego. W odniesieniu do odwołania i powołania członków zarządu decydujące znaczenie ma uchwała o ich powołaniu (odwołaniu).” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2002r., sygn. akt I PKN 619/01). Zmiana członków zarządu następuje zatem w drodze wyboru, niezależnie od jego ujawnienia w rejestrze, brak jest bowiem regulacji uzależniającej skuteczność odwołania członka zarządu od ujawnienia tego faktu w rejestrze.

Bez znaczenia dla rozpoznania postawionych przez odwołującego zarzutów jest okoliczność, iż wniosek o wpis ww. zmiany w zarządzie IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do Krajowego Rejestru Sądowego został złożony po upływie terminu wskazanego w art. 22 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Dokonana czynność nie stała się przez to bezskuteczna. Prawdliwość podjętej uchwały nie podlega ocenie zamawiającego, ani też Krajowej Izby Odwoławczej – organem uprawnionym do takiej oceny jest wyłącznie sąd rejestrowy, który dokonał stosownego wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym, co wynika z odpisu KRS z dnia 1 czerwca 2012 r.

Potwierdzenia stawianych przez odwołującego zarzutów nie stanowi okoliczność, iż w treści wniosku do Krajowego Rejestru Karnego złożonego przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 24 kwietnia 2012 r. wskazano, że wykonawca ubiega się o wydanie zaświadczenia o osobie pana Macieja Florkowskiego celem użycia w „postępowaniu przetargowym /art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Prawo Zamówień Publicznych z 29.01.2004 z późn. zm.". Ze złożonych przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością dokumentów wynika, iż w dniu złożenia ww. wniosku pan Maciej Florkowski był urzędującym członkiem zarządu spółki.

Izba uznała ponadto, że działanie zamawiającego było w pełni zgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca wprowadzając przedmiotową regulację przewidział możliwość popełnienia przez wykonawców uchybień w składanych ofertach pod kątem wymaganych

dokumentów umożliwiając ich usunięcie. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku ich niezłożenia oraz w sytuacji, gdy złożone dokumenty zawierają błędy. W ustawie nie ograniczono ww. obowiązku do określonego rodzaju błędów – uzupełnieniu podlegają dokumenty nie złożone przez wykonawcę oraz takie, które zawierają błędy, bez względu na charakter tych błędów.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że wezwanie zamawiającego z dnia 18 maja 2012 r. było czynnością w pełni uprawnioną. Działaniem zgodnym z ustawą Pzp było również naprawienie przez IASON Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością uchybienia w złożonej ofercie w postaci załączenia do oferty informacji z KRK dla Macieja Florkowskiego i niezłożenia dokumentów związanych z odwołaniem tej osoby z funkcji członka zarządu IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez przekazanie stosownych dokumentów na skutek wezwania zamawiającego. Co za tym idzie, nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia w przedmiotowym postępowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, który stwierdził, iż nieprawdopodobne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym jest, że dołączenie informacji z KRK dla Macieja Florkowskiego i zaniechanie złożenia wraz z ofertą Uchwały z dnia 8 maja 2012 r. nastąpiło wyłącznie na skutek omyłki. W ocenie Izby, doświadczenie życiowe wskazuje, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia opracowuje ofertę, gromadzi niezbędne dokumenty co najmniej na kilka dni przed terminem składania ofert. Powyższe wskazuje, że w przypadku zmian w składzie zarządu spółki dokonanych w przeddzień terminu składania ofert możliwe było omyłkowe nieuwzględnienie takiej okoliczności w przygotowanej ofercie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że sama sekwencja zaistniałych zdarzeń, na którą powoływał się odwołujący, nie poparta dowodami, nie uzasadnia twierdzeń odwołującego, nie potwierdza, że podjęcie przedmiotowej uchwały miało na celu obejście prawa, nastąpiło jedynie w celu „ratowania” oferty. Tym samym, brak jest podstaw do twierdzenia, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki określone w art. 58 § 1 kc.

Wobec powyższego, Izba oceniając zgodność czynności i zaniechań zamawiającego z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp) uznała, że brak było podstaw do wykluczenia IASON Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu na posiedzenie Izby w łącznej kwocie 239 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....