

Sygn. akt: KIO 2448/11

WYROK
z dnia 22 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Agilent Technologies Sales & Services GmbH & Co. KG., Böblingen, Herrenberger 130** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warszawski, 00 – 927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28**

przy udziale wykonawcy **Bruker Polska Sp. z o.o., 60 – 179 Poznań, ul. Budziszewska 69** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża **Bruker Polska Sp. z o.o., 60 – 179 Poznań, ul. Budziszewska 69** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Agilent Technologies Sales & Services GmbH & Co. KG., Böblingen, Herrenberger 130** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Bruker Polska Sp. z o.o., 60 – 179 Poznań, ul. Budziszewska 69** na rzecz **Agilent Technologies Sales & Services GmbH & Co. KG., Böblingen, Herrenberger 130** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Uniwersytet Warszawski ul. Krakowskie Przedmieście 26/28 02-927 Warszawa, zwany dalej „Zamawiający” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa czterech spektrometrów NMR wraz z wyposażeniem dla Wydziału Chemii Uniwersytetu Warszawskiego” (znak postępowania: 120/22/2011). Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich: U/S 2011/S 170-279855 z 6 września 2011 r.

Zamawiający pismem z dnia 03.11.2011 roku poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez Bruker Polska Sp. z o.o., 60 – 179 Poznań, ul. Budziszewska 69. Natomiast drugi z wykonawców Agilent Technologies Sales & Services GmbH & Co. K Herrenberger 130 Böblingen Niemcy, zwany dalej “Odwołującym” został w oparciu o przepis art.24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp wykluczony z postępowania z powodu nie przedstawienia dla członków zarządu komplementariusza, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczącego niekaralności tego członka zarządu.

W treści odwołania wskazano trzy zarzuty:

- pierwszym jest zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy pzp, czyli zasady odnoszącej się do równego i uczciwego traktowania wszystkich wykonawców. Drugą grupą zarzutów są zarzuty naruszenia przepisu art. 24 ust 1 pkt 7 ustawy pzp. i trzeci zarzut naruszenia art. 24ust.2 pkt.4 ustawy pzp

Odwołujący wnosząc odwołanie wniósł, o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego z 3 listopada 2011 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. nakazanie Zamawiającemu przywrócenia Odwołującej do Postępowania;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania oraz oceny złożonych ofert;
4. nakazanie uznania Zamawiającemu, iż oferta złożona przez Odwołującą w toku Postępowania jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że w stosunku do wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie karalności osób wchodzących w skład organów zarządzających wykonawcy, Zamawiający wymagał m.in. dołączenia do oferty, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym przepisem art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Ustawy pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W stosunku do wykonawców posiadających swoje siedziby lub miejsca zamieszkania poza granicami RP Zamawiający wymagał złożenia zaświadczenia

właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4) - 8) ustawy pzp.

Wskazał, że Odwołujący jest spółką komandytową zawiązaną i funkcjonującą pod reżimem prawa handlowego obowiązującego na terenie Republiki Federalnej Niemiec. Komplementariuszem Odwołującego jest osoba prawna - spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Agilent Technologies Sales & Services Verwaltungs GmbH z siedzibą w Bóblingen.

Do złożonej przez siebie oferty Odwołujący dołączył zaświadczenia o niekaralności jednego z członków Zarządu Komplementariusza w osobie p. Uwe K. Pismem z 17 października 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dotyczącego drugiego z członków zarządu Komplementariusza. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z 24 października 2011 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu zaświadczenie o niekaralności p. Hansa - Jurgena B., wystawione 24 listopada 2010 r. Odwołująca wyjaśniła również, iż z przyczyn niezależnych od Odwołującej nie jest w stanie doręczyć Zamawiającemu aktualnego zaświadczenia o niekaralności drugiego z członków Zarządu Komplementariusza.

Wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający podał przyczynę wykluczenia iż Odwołujący „nie przedstawił wymaganej w art. 4 § 2 pkt 1 ppkt 1.1.4 SIWZ aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4) - 8) ustawy pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.”

Odnosząc się do wezwania go przez Zamawiającego, zarzucił temu stanowisku iż dokonana przez Zamawiającego czynność z 17 października 2011 r. w postaci wezwania Odwołującej do uzupełnienia rzekomo brakujących dokumentów była czynnością nie mającą uzasadnienia prawnego, gdyż domagał się przedłożenia zaświadczeń nie wymaganych przez przepisy prawa zamówień publicznych.

Stwierdził, że Zamawiający nie tylko naruszył przepisy ustawy na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, ale odstąpił od zasady niezbędności w zakresie żądań skierowanych pod adresem wykonawców i bez żadnej ku temu podstawy prawnej wezwał Odwołującą do doręczenia dokumentu, którego złożenie nie było wymagane postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani przepisami ustawy. Jego zdaniem w przypadku spółki komandytowej lub komandytowo - akcyjnej utworzonej i działającej pod rządami polskiego Kodeksu spółek handlowych Zamawiający nie ma żadnych podstaw, w świetle literalnej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, by domagać się od członków zarządu komplementariusza lub samego komplementariusza będącego osobą prawną dokumentów potwierdzających niekaralność członków Zarządu osoby prawnej lub zaświadczenia z KRK

dotyczącego komplementariusza jako podmiotu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych.

Dyspozycją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 Ustawy nie może być objęta osoba prawna, bowiem w polskim systemie prawnym nie jest możliwe skazanie osoby prawnej za przestępstwa np. popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych lub przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Jego zdaniem przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy jest jasny i precyzyjny. Jego hipoteza odnosi się do komplementariusza, będącego osobą fizyczną, którą prawomocnie skazano za przestępstwa wymienione w powołanym przepisie. Stosowanie wykładni rozszerzającej w powyższym zakresie nie znajduje żadnych podstaw, gdyż wykładnia językowa przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy daje wynik jasny i nie budzący żadnych wątpliwości wyniku wykładni, gdyż możliwe jest ustalenie znaczenia interpretowanej normy po zastosowaniu dyrektyw językowych.

Tym samym jego zdaniem wykluczenie Odwołującego z postępowania było pozbawione podstaw prawnych.

Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2011 roku w odpowiedzi na odwołanie poinformował, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Bruker Polska Sp. z o.o., 60 – 179 Poznań, ul. Budziszewska 69, który zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

W zgłoszonym przystąpieniu oraz w trakcie rozprawy, pełnomocnik Przystępującego podniósł iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była zasadna. Przedstawiając argumentacje swojego stanowiska wskazał, że przedstawione przez Odwołującego literalne rozumienie art. 24 ust. 1 pkt. 7 ustawy nie znajduje oparcia w świetle dominujących obecnie zasad wykładni przepisów prawa, zgodnie z którymi coraz większą rolę przypisuje się wykładni funkcjonalnej przepisu.

Jego zdaniem celem wprowadzenia do Ustawy art. 24 ust. 1 pkt. 4 - 8 było zapobieżenie przed powierzeniem wykonywania zamówienia publicznego osobom skazanym za określone przestępstwa, a środkiem zmierzającym do weryfikacji omawianego wymogu jest zgodnie z ustawą pzp. przedstawienie Zamawiającemu stosownego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego lub równoważnego dokumentu zagranicznego. Natomiast przyjęcie wniosków zaprezentowanych przez Odwołującego doprowadziłoby do nierównego traktowania oferentów w niniejszym postępowaniu. Przystępujący posiada status spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w imieniu której działają członkowie zarządu. Przystępujący został zobowiązany do przedstawienia zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego swoich członków zarządu i wymaganie to wypełnił. W przeciwieństwie do Przystępującego,

Odwołujący nie złożył stosownej dokumentacji dotyczącej członków swojego organu zarządzającego i dlatego został prawidłowo wykluczony przez Zamawiającego.

Argumentował, że odmienne rozumienie omawianych przepisów prowadziło do wniosku, że o zamówienie publiczne może ubiegać się pewna grupa przedsiębiorców, których osoby zarządzające nie są weryfikowane pod kątem ewentualnie popełnionych przestępstw, czego skutkiem może być potencjalnie udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi, którego zarządzającym i właścicielem jest np. przestępca.

Ponadto w przystąpieniu podniósł zarzut który jest nowym zarzutem w postępowaniu, a ponadto jest sprzeczny ze stanowiskiem Zamawiającego – strony po której nastąpiło przystąpienie. Przystępujący podniósł, że wykluczenie Odwołującego było uzasadnione nie tylko z przyczyny wskazanej w zawiadomieniu o wyborze oferty, ale także z powodu braku właściwego pełnomocnictwa do złożenia oferty. Wskazał, że Odwołujący, jest spółką komandytową reprezentowaną przez komplementariusza, tj. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH), w imieniu której działa zarząd. Z załączonego do oferty wypisu z rejestru handlowego komplementariusza, Agilent Technologies Sales & Services GmbH w Bóblingen (Niemcy) wynika, iż w przypadku, gdy powołany w charakterze członka zarządu spółki jest tylko jeden ustawowy przedstawiciel, wtedy reprezentuje on spółkę sam, a gdy jest zarząd jest wieloosobowy („mehrere Geschäftsführer ist bestellt“) to wtedy, spółka reprezentowana jest przez dwóch z nich lub jednego wraz z prokurentem.

Nadto dopiero na rozprawie, dodatkowo podniósł zarzut braku posiadania właściwego pełnomocnictwa dla pełnomocnika Odwołującego, do reprezentowania Odwołującego na rozprawie, gdyż oba pełnomocnictwa, zarówno do złożenia oferty jak i występowania przed KIO, są podpisane tylko przez jednego członka zarządu i z tego powodu wadliwe. Podniósł dodatkowo iż jego zdaniem, oferta Odwołującego została podpisana przez p. Thomasa Zellhofera, który nie posiadał ważnego umocowania do działania w imieniu Odwołującego. Wskazał, że do oferty załączono dokument z dnia 28 września 2011 r., który nie może być uważany za pełnomocnictwo do działania w imieniu Odwołującego gdyż dokument ten został podpisany przez jednego członka Zarządu komplementariusza Odwołującego. Podniósł, że z wypisu z rejestru handlowego wynika, że w skład Zarządu wchodzi dwaj członkowie Zarządu, co oznacza jego zdaniem obowiązek dwuosobowej reprezentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Również przystępujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza ma interes w tym aby odwołanie zostało oddalone.

Odnosząc się na wstępie do zarzutu formalnego, dotyczącego braku właściwego umocowania pełnomocnika do reprezentowania Odwołującego na rozprawie, który to winien być rozstrzygnięty przez Izbę, przed rozpatrzeniem zarzutów merytorycznych, Izba ustaliła iż zarzut dotyczący braku właściwego pełnomocnictwa do złożenia oferty jest zarzutem nie objętym odwołaniem.

Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, takiego zarzutu nie postawił. Ponadto na rozprawie, Zamawiający stwierdził, że dokonał analizy prawidłowości złożonego wraz z oferta pełnomocnictwa złożonego przez spółkę komandytową i uznał je za prawidłowe i dodał, że kwestia pełnomocnictwa nie miał wpływu na wykluczenie odwołującego z postępowania. Nadto stwierdził, że opierając się na posiadanej w tym zakresie opinii prawnej, zgodnie z pkt 4a i 4b wypisu z rejestru spółki Agilent Technologies Sales & Services GmbH pan Tomasz Z. mógł jednoosobowo reprezentować spółkę komandytową.

Wobec powyższego oraz treści art. 192 ust 6 ustawy pzp z którego wynika, że przedmiotem orzekania przez Izbę mogą być tylko zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba powyższy zarzut w zakresie braku właściwego pełnomocnictwa do złożenia oferty, postanowiła pozostawić bez rozstrzygnięcia.

Natomiast odnosząc się do posiadanego przez pełnomocnika Odwołującego pełnomocnictwa, do reprezentowania Odwołującego na rozprawie, Izba stwierdza jego prawidłowość. Dokonując analizy odpisu z Sądu Rejestrowego ze Stuttgartu znajdującego się w aktach sprawy od str. 123 do 127 (wersja niemiecka i tłumaczenie na język polski) wynika, że zgodnie z pkt 4 ppkt b) członkowie zarządu spółki z o.o. uprawnieni są do jednoosobowego działania w zakresie zawierania w imieniu spółki transakcji prawnych z samym sobą, we własnym imieniu lub jako przedstawiciel osoby trzeciej. Tym samym, zdaniem Izby, każdy członek zarządu był uprawniony do samodzielnej reprezentacji, w tym do złożenia oferty i udzielania pełnomocnictw. Nadto Zdaniem Izby, trudno uznać za zasadną argumentację Przystępującego iż w sytuacji kiedy Zarząd spółki z o.o. jest dwuosobowy, to oznacza to bezwzględnie zasadę dwuosobowej reprezentacji spółki.

W zakresie zarzutu podstawowego dotyczącego braku przedłożenia przez Odwołującego aktualnego zaświadczenia z niemieckiego KRK dotyczącego niekaralności członków zarządu spółki będącego jednym z komplementariuszy w spółce komandytowej, Izba wskazuje, że

spółka komandytowa jest odrębnym typem spółki prawa handlowego. Zaliczamy ją do kategorii spółek osobowych, do której należą również spółka jawna, partnerska oraz spółka komandytowo – akcyjna. Spółka komandytowa jest jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, której Kodeks spółek handlowych przyznał podmiotowość prawną. Wspólnikami w spółce komandytowej mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne jak i jednostki organizacyjne, nie posiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznała zdolność prawną. Spółką komandytowo-akcyjną jest spółka osobową 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.

Artykuł 24 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych nakazuje wykluczyć spółkę, której **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.

Izba dokonując rozstrzygnięcia zasadności podniesionego w tym zakresie zarzutu wskazuje, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą w tym przedmiocie, zaprezentowaną między innymi w wyrokach KIO/UZP 1514/09; KIO/UZP 733/10, KIO 854/11, przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp nie znajduje zastosowania do przypadku, gdy komplementariuszem spółki komandytowej będzie osoba prawna. Przestępstwa, o których mowa w tym przepisie, mogą być bowiem popełnione jedynie przez osoby fizyczne. Gdyby więc komplementariuszem spółki komandytowej wchodzącej w skład ubiegającego się wspólnie o zamówienie konsorcjum była osoba fizyczna, wówczas taki dokument należałoby przedłożyć. Osoba prawna będąca komplementariuszem spółki komandytowej ubiegającej się wspólnie o zamówienie publiczne co najwyżej podlega odpowiedzialności w trybie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661).

Wykładnia gramatyczna wskazanych przepisów pozwala na przyjęcie jednoznacznego stanowiska, że w przypadku komplementariusza spółki komandytowej, którym jest osoba prawna brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w odniesieniu do takiego podmiotu i przedkładanie w tym zakresie informacji z KRK nie jest faktycznie i prawnie wymagalne. Tym samym okoliczność, że Przystępujący przedłożył zaświadczenia niekaralności dla członków zarządu spółki z o.o. nie oznacza, iż taki obowiązek spoczywał na komplementariuszu będącym osobą prawną.

Takiego obowiązku nie da się wywieść ani w oparciu o regulacje ustawy Pzp, ani także z §4 ust. 1 pkt 1) lit. c) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

Literalne brzmienie przepisu stanowi, iż przesłanką wykluczenia spółki komandytowej jest karalność samego komplementariusza, a nie członka jego organu zarządzającego. Oznacza to, że zamawiający nie ma prawa wymagać zaświadczeń o niekaralności od członków zarządu osób prawnych wchodzących w skład spółek komandytowych.

Odnosząc się do rozpatrywanego zagadnienia, Izba nadmienia, że stanowisko prezentowane przez Przystępującego, iż treść art. 24 ust.1 pkt 7 należy interpretować wg wykładni celowościowej, której główną ideą w zamówieniach publicznych winno być zapobieganie udzielaniu zamówień publicznych finansowanych ze środków publicznych wykonawcy skazanemu za przestępstwo, podnosi, że w doktrynie pojawiają się stanowiska wskazujące iż opierając się na wykładni funkcjonalnej, a nie celowościowej tego przepisu, można wywieść wniosek, że Zamawiający ma prawo wymagać zaświadczeń o niekaralności od członków zarządu osoby prawnej będącej komplementariuszem spółki komandytowej. Ich zdaniem ustawodawca bezwzględnie chciał wyeliminować z przetargów tych wykonawców, w których organach zarządzających zasiadają osoby karane za określone przestępstwa. Za takim poglądem przemawia, zdaniem autorów nadto fakt, że bycie uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przede wszystkim uzyskanie tegoż zamówienia, należy rozpatrywać w kategorii przywileju możliwości korzystania ze środków publicznych. Tym samym wywodzą, iż niezbędnym warunkiem uczestniczenia w tym trybie zamówień jest przestrzeganie przez wykonawców przepisów prawa, a tym samym nie bycie karanym za przestępstwa o których mowa w omawianym przepisie. Nadto wskazywane jest, że odwołując się do teorii organów osób prawnych, wola przedstawicieli zarządu (organu) jest wolą osoby prawnej. Aby zatem spółka z o.o. mogła swą wolę wyrazić, wymagane jest działanie zarządu.

Jednakże zdaniem Izby, powyższy pogląd należy taktować jako *de lege ferenda* do ewentualnych przyszłych nowelizacji prawa zamówień publicznych.

Z obowiązującej obecnie redakcji przepisu art. 24 ust.1 pkt 7 oraz §4 ust. 1 pkt 1) lit. c) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wywodzenie wniosku o możliwości żądania od członków zarządu spółki będącej komplementariuszem zaświadczenia z rejestru karnego jest niezasadne. Dlatego też Izba uznaje powyższy zarzut odwołania za zasługujący na uwzględnienie i tym samym uwzględnia odwołanie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba wskazuje, że art. 7 ust. 1 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do przepisu szczegółowego wskazującego na czynności lub zaniechania czynności przez

Zamawiającego które winien wykonać zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu Izba nie stwierdza wystąpienia nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, które to przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw z takich samych okoliczności, ale z faktu niewłaściwego zinterpretowania przepisu art. 24 ust.1 pkt 7 ustawy pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, Izba wskazuje, że przepis ten statuuje konsekwencje wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ofertę wykonawcy wykluczonego z mocy prawa uznaje się za odrzuconą.

W związku z uwzględnieniem zarzutu podstawowego odwołania i w konsekwencji całego odwołania, odpadła przesłanka wykluczenia Odwołującego z przyczyny wskazanej w uzasadnieniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym możliwość jego zastosowania. Jednocześnie oferta Odwołującego będzie podlegała ponownej ocenie Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w zakresie odrzucenia oferty odwołującego.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1)a i 2)b i § 5 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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