

WYROK

z dnia 11 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**PPH Transsystem S.A. Wola Dalsza 367, 37-100 Łańcut oraz
Bartholet Maschinenbau AG, Lochriet, CH-8890 Flums, Szwajcaria**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. gen. Jerzego Ziętka S.A.
Aleja Różana 2, 41-501 Chorzów**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPH Transsystem S.A. Wola Dalsza 367, 37-100 Łańcut oraz Bartholet Maschinenbau AG, Lochriet, CH-8890 Flums, Szwajcaria i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPH Transsystem S.A. Wola Dalsza 367, 37-100 Łańcut oraz Bartholet Maschinenbau AG, Lochriet, CH-8890 Flums, Szwajcaria tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPH Transsystem S.A. Wola Dalsza 367, 37-100 Łańcut oraz Bartholet Maschinenbau AG, Lochriet, CH-8890 Flums, Szwajcaria na rzecz Wojewódzkiego Parku Kultury i Wypoczynku im. gen. Jerzego Ziętka S.A. Aleja Różana 2, 41-501 Chorzów kwotę 3 839 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. gen. Jerzego Ziętka S.A. w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę nowej kolei linowej w Wojewódzkim Parku Kultury i Wypoczynku im. gen. Jerzego Ziętka S.A.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 marca 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po analizie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPH Transsystem S.A. i Bartholet Maschinenbau AG z siedzibą w Szwajcarii do uzupełnienia wystawionych dla wszystkich członków zarządu (rady administracyjnej) Bartholet Maschinenbau AG zaświadczeń z zakresu art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem załączone zostały jedynie dokumenty dla dwóch spośród wymienionych w załączonym do wniosku wypisie z rejestru, jednak już nieaktualne, a dla pozostałych osób nie zostały załączone w ogóle.

Następnie zamawiający wykluczył tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – na wezwanie do uzupełnienia wykonawca załączył bowiem wyciąg ze szwajcarskiego rejestru karnego wystawiony tylko dla dwóch członków zarządu (rady administracyjnej) Bartholet Maschinenbau AG tj. Rolanda Bartholeta i Thomasa Spiegelberga, brak jest natomiast dokumentów dla pozostałych członków zarządu.

Wykonawca nie zgodził się z powyższą podstawą wykluczenia i 2 lipca 2012 r. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez niezasadne przyjęcie, iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 26 ust. 4, bowiem nie wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów,
3. art. 89 bowiem nie zachodzi żadna z przesłanek odrzucenia oferty,
4. art. 7 poprzez naruszenie zasady konkurencyjności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosku odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w chwili rozstrzygnięcia zamawiający wiedział, jaki jest skład organu zarządzającego i reprezentacja wykonawcy, bowiem uzyskał stosowne wyjaśnienia z Ambasady Szwajcarii. Zgodnie ze szwajcarskim prawem możliwe jest przekazanie zarządu przez radę administracyjną i w Bartholet Maschinenbau AG na mocy uchwały rady administracyjnej utworzony został zarząd składający się z dwóch członków: Rolanda Bartholeta i Thomasa Spiegelberga i to te dwie osoby pełniły wykonawczą funkcję zarządu w 5-osobowej radzie administracyjnej. Zatem członków zarządzających jest dwóch i dla nich złożono stosowne dokumenty dotyczące niekaralności. Ustawa Prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciem „urzędujących członków” organu zarządzającego, a nie stanowi tylko o członkach organu zarządzającego, zatem oznacza takiego, który sprawuje faktyczny zarząd.

Zamawiający nie może samowolnie ustalać reguł dotyczących reprezentacji. Zgodnie z ustawą Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4 lutego 2011 r., w sprawach związanych z istnieniem i funkcjonowaniem osoby prawnej, o prawie właściwym decydować ma miejsce siedziby tej osoby. W myśl art. 17 ust. 3 pkt 7 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe w zakresie reprezentacji osoba prawna podlega prawu państwa, w którym ma siedzibę. W związku z tym osoba prawna, którą jest Bartholet Maschinenbau AG w sposób zgodny z prawem obowiązującym w miejscu jej siedziby może przyjąć reguły reprezentacji.

Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania na skutek niespełniania warunków udziału w postępowaniu musi być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z jednoczesnym wskazaniem zakresu uzupełnienia. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wskazania członków zarządzających, mimo iż posługiwał się dwoma pojęciami zarządu i rady administracyjnej. Zatem skarżący nie był wzywany do wyjaśnienia sposobu reprezentacji, a został wezwany tylko do złożenia dokumentów dotyczących wszystkich członków zarządu/rady administracyjnej. Wezwanie było nieprawidłowe, nietrafne, albowiem dotyczyło osób, które nie sprawują funkcji zarządzających, czyli nie są urzędującymi członkami zgodnie z art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podczas rozprawy odwołujący przedstawił uchwałę rady administracyjnej z 9 kwietnia 2012 r. o przekazaniu, na podstawie art. 716 ustawy federalnej dotyczącej uzupełnienia szwajcarskiego kodeksu cywilnego, zarządzania firmą, reprezentowania na zewnątrz oraz uprawnienia do wszelkich czynności prawnych Rolandowi Bartholetowi i Thomasowi Spiegelbergowi, którzy stanowią zarząd firmy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał swoje stanowisko w sprawie wykluczenia odwołującego z przyczyny wskazanej w ogłoszeniu o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu i ocenach spełniania tych warunków.

Zgodnie z pismami Ambasadora Szwajcarii z 1 i 18 czerwca 2012 r., na podstawie art. 716 b Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, możliwe jest przekazanie zarządu rady administracyjnej, a na mocy uchwały rady administracyjnej został utworzony dwuosobowy zarząd Bartholet Maschinenbau AG. Ambasador wskazał wyraźnie, że zarząd spółki Bartholet Maschinenbau AG składa się z dwóch operacyjnych i dwóch doradczych członków rady administracyjnej. W ocenie zamawiającego o tym, czy dany członek organu zarządzającego jest członkiem urzędującym, nie decyduje faktyczne wykonywanie przez niego czynności zarządczych, a sam fakt powołania do organu zarządzającego. Zamawiający nie kwestionuje oceny statusu personalnego osoby prawnej z punktu widzenia prawa jej siedziby – właśnie dlatego zwrócił się z zapytaniem o wyjaśnienie do Ambasady Szwajcarii. Niemniej jednak wykładni prawa szwajcarskiego nie można dokonywać w oderwaniu od przepisów polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 8. Kierując się analizą wskazanych przepisów zamawiający doszedł do wniosku, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający przedstawił wyciąg z Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zawierający m.in. art. 716 i art. 716b wskazując, że z przepisów tych wynika, że rada administracyjna może co prawda powołać osoby zarządzające, jednak nie może przekazać im wszystkich swoich uprawnień. m.in. naczelnego kierownictwa spółki i udzielania potrzebnych wytycznych, prawa do powoływania i odwoływania osób związanych z kierowaniem i reprezentacją przedsiębiorstwa, naczelnego nadzoru nad osobami sprawującymi kierownictwo.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującym członkiem 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.

Brak wystąpienia tych okoliczności wykonawca jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu przedstawiając m.in. stosowne zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie niekaralności za ww. przestępstwa albo zastępującego go oświadczenia danej osoby.

Nie jest sporne, że w Szwajcarii takie zaświadczenia są wydawane, co potwierdza fakt ich przedstawienia dla trzech osób, jak również są wydawane w miejscu zamieszkania innych osób figurujących na liście członków rady administracyjnej. Lista członków rady administracyjnej znajduje się w przedstawionym zamawiającemu przez odwołującego odpisie z rejestru handlowego Bartholet Maschinenbau AG.

Nie jest też sporne, że co do zasady rada administracyjna odpowiada pojęciu „organu zarządzającego”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest sporne również, że uchwałą z 9 kwietnia 2012 r. rada administracyjna przekazała zarządzanie firmą i reprezentowanie jej na zewnątrz oraz uprawnienia do wszelkich czynności prawnych Rolandowi Bartholetowi i Thomasowi Spiegelbergowi. Jak wynika z informacji uzyskanych od odwołującego oraz w informacji z Ambasady Szwajcarskiej te dwie osoby pełnią wykonawczą funkcję zarządu w 5-osobowej radzie administracyjnej, zaś pozostali trzej członkowie posiadają funkcję doradczą i nie są zaangażowani w zarząd firmy Bartholet Maschinenbau AG.

Zdaniem Izby stanowisko zamawiającego co do konieczności żądania spornych zaświadczeń od wszystkich członków rady administracyjnej jest prawidłowe, a tym samym prawidłowe jest także wykluczenie odwołującego wobec ich nieprzedstawienia.

W opinii Izby na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych „urzędujący członek organu zarządzającego” nie oznacza jedynie tych członków, którzy faktycznie podejmują w organie zarządzającym decyzje i realnie wpływają na jego pracę, lecz wszystkich członków, którzy w danym okresie wchodzi w jego skład. Nie ma przy tym znaczenia funkcja, którą w tym organie sprawują i to, czy w ogóle w pracy organu zarządzającego się angażują. Zatem nie ma znaczenia, czy członek organu zarządzającego pełni funkcję zarządczą, doradczą, czy inną – ustawa Prawo zamówień publicznych nie wprowadza

bowiem takiego rozróżnienia i nie uzależnia od niego obowiązku złożenia zaświadczenia o niekaralności.

Nie stanowi przedmiotu sporu, że na gruncie prawa szwajcarskiego rada administracyjna jest „organem zarządzającym”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem jej członkowie powinni złożyć stosowne zaświadczenia dotyczące karalności.

W niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, że powołanie przez radę administracyjną spośród swoich członków dwuosobowego „zarządu” można traktować jako coś więcej niż rodzaj pełnomocnictwa do działania w imieniu rady w zakresie kierowania przedsiębiorstwem oraz że czynność ta powoduje pozbawienie rady administracyjnej statusu organu zarządzającego firmą Bartholet Maschinenbau AG, a tym samym – brak konieczności przedstawienia wymaganych zaświadczeń o niekaralności dla wszystkich jej członków. Pośrednio może o tym świadczyć fakt, że informacja o nowej formie zarządu nie została wpisana do rejestru handlowego, wręcz przeciwnie – figuruje w nim, że reprezentować spółkę może każda z tych osób przy zastrzeżeniu reprezentacji dwuosobowej („wspólny podpis we dwójkę”).

Co zaś do obowiązku wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie – w niniejszej sytuacji trudno zamawiającemu taki dodatkowy obowiązek narzucić. Wzywając odwołującego do uzupełnienia brakujących zaświadczeń o niekaralności i podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego, zamawiający kierował się jednoznaczną informacją o składzie rady administracyjnej zawartą w przedstawionym przez odwołującego rejestrze handlowym. Nie ma żadnego racjonalnego powodu, by zamawiający tą informacją miał się nie kierować. Co najmniej po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, z treści którego jasno wynikało, że zamawiający oczekuje zaświadczeń dla wszystkich członków rady, wykonawca mógł stwierdzić, jakie jest w tym zakresie przekonanie zamawiającego i ewentualnie w tym momencie przedstawić mu uchwałę rady i wyjaśnienia, z jakiego powodu przedstawił tylko trzy zaświadczenia (dotyczące dwóch członków „zarządu” i prokurenta, a nie całej rady administracyjnej) i dlaczego jego zdaniem nie jest konieczne uzupełnianie dokumentów dla wszystkich osób – członków rady administracyjnej. Tymczasem wykonawca na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów w ogóle tej kwestii nie poruszył, a wszystkie informacje przywołane w odwołaniu co do sposobu kierowania Bartholet Maschinenbau AG zamawiający zdobył z własnej inicjatywy w Ambasadzie Szwajcarii. Poza tym wyjaśnienia odwołującego podlegałyby ocenie zamawiającego tak samo jak i wyjaśnienia udzielone przez ambasadora, po otrzymaniu

których zamawiający stwierdził konieczność przedłożenia zaświadczeń przez wszystkich członków rady administracyjnej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

Podobne poglądy zostały wyrażone także w wyrokach Izby sygn. akt KIO 939/12 czy KIO/UZP 723/10.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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: