

Sygn. akt: KIO 2538/13

WYROK
z dnia 14 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **„MATIX” Sp. z o.o., M-Profil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Żyzna 11L 42-202 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice,**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „DAWID” Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 2, 82-400 Sztum** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2538/13 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy: **Kopex Machinery S.A., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2538/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „MATIX” Sp. z o.o., M-Profil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice, i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **„MATIX” Sp. z o.o., M-Profil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Żyzna 11L 42-202 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **„MATIX” Sp. z o.o., M-Profil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Żyzna 11L, 42-202 Częstochowa** stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę części i elementów zamiennych do przenośników RYBNIK 750, RYBNIK 850 i RYBNIK 80 (CPV: 42419800-4 Części przenośników) do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do 31.12.2013 r.” Zamówienie zostało podzielone na 12 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 124-213707 w dniu 28 czerwca 2013 r.

Decyzją z dnia 28 października 2013 r. zamawiający wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - konsorcjum „MATIX” sp. z o.o., M-Profil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą lidera w Częstochowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-9 Pzp.

Wykonawcy - konsorcjum „MATIX” sp. z o.o. i M-Profil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. wnieśli odwołanie, zarzucając zamawiającemu niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego z postępowania, a tym samym naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-9 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r, nr 907), zwanej dalej „Pzp”, poprzez błędną interpretację ww. przepisów, polegającą na uznaniu, iż odwołujący miał obowiązek przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego spółki i wspólników M-Profil sp. z o.o. (tj. komplementariusza jednego z członków konsorcjum), co doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż odwołujący nie był zobowiązany do przedłożenia przedmiotowych dokumentów.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu. Pismem z dnia 12 września 2013 r. odwołujący został wezwany do uzupełnienia oferty przez dostarczenie aktualnej informacji z KRK dla M-PROFIL sp. z o.o. oraz wspólników tej spółki w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-9 Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący podniósł, iż zamawiający nie jest uprawniony do żądania tego rodzaju dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności.

W przekonaniu odwołującego czynność zamawiającego narusza art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-9 Pzp, gdyż zamawiający wykluczył konsorcjum z postępowania pomimo, iż odwołujący przedstawił wraz z ofertą wszelkie prawem wymagane dokumenty, a w szczególności nie był zobowiązany do przedłożenia informacji z KRK

komplementariusza jednego z konsorcjantów, tj. M-Profil sp. z o.o. ani wspólników tej spółki. Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidujące przypadki wykluczenia wykonawcy z postępowania w przedmiocie udzielania zamówienia winny być interpretowane w sposób ścisły, a ich rozszerzająca interpretacja jest nieuzasadniona, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W niniejszym przypadku zamawiający uznał, iż na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-9 Pzp ma prawo domagać się od konsorcjanta, będącego spółką komandytową, zaświadczenia o niekaralności komplementariusza, będącego osobą prawną oraz wspólników tego komplementariusza.

Zdaniem odwołującego, z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Obowiązku dostarczenia informacji z KRK osoby prawnej, będącej komplementariuszem wykonawcy, nie można wywodzić z art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten wskazuje, iż z postępowania mogą zostać wykluczone wyłącznie spółki komandytowe, których komplementariusza prawomocnie skazano za jedno z przestępstw wymienionych w tym przepisie. Jeżeli komplementariuszem jest spółka z o.o. przepis ten nie ma w ogóle zastosowania, gdyż spółka, jako osoba prawna, przestępstwa popełnić nie może. Nie chodzi bowiem o przypadek odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, ale wyraźnie o popełnienie przestępstwa.

Jednocześnie obowiązek przedłożenia zaświadczeń o niekaralności członków zarządu komplementariusza (sp. z o.o.) nie wynika również wprost z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż przepis ten wyraźnie odnosi się do wykluczenia osób prawnych, których urzędującego członka organu zarządzającego skazano za jedno z wymienionych w przepisie przestępstw. W przypadku zatem, gdy wykonawcą jest spółka komandytowa, a spółka z o.o. wyłącznie komplementariuszem - nie ma również potrzeby sięgania do zaświadczenia z KRK członków jej zarządu. Powyższą argumentację potwierdza orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 11 maja 2011 r. KIO 854/11 KIO, wyrok z dnia 5 listopada 2009 r. KIO/UZP 1514/09).

Tym bardziej nie było podstaw prawnych do żądania informacji z KRK dla wspólników spółki z o.o. - komplementariusza wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że oferta została złożona, a zamówienie miało zostać wykonane (w ramach konsorcjum) przez spółkę komandytową, a co za tym idzie, to wyłącznie ta spółka mogłaby potencjalnie zostać wykluczona z postępowania, jako wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Ani M-Profil sp. z o.o., ani tym bardziej jej wspólnicy nie mogą być traktowani w przedmiotowym postępowaniu jako wykonawcy, których można wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary”. Przepis ten również nie może stanowić podstawy wykluczenia z postępowania spółki komandytowej, której komplementariusz został obciążony

odpowiedzialnością za czyn zabroniony pod groźbą kary na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Przypadek ten dotyczy bowiem wyłącznie uczestnika postępowania, którym w niniejszym przypadku jest spółka komandytowa, a nie jej komplementariusz. Tym samym nie ma prawnych podstaw do żądania przez zamawiającego zaświadczenia o niekaralności spółki kapitałowej, pełniącej rolę komplementariusza wykonawcy. Dokonywanie tego rodzaju interpretacji zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w kontekście przywołanego przepisu ustawowego, uznać należy za nieuzasadnione. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, m.in. w wyroku z dnia 17 maja 2010 r. KIO/UZP 733/10, KIO/UZP 734/10.

Mając na względzie, iż wykonawcą w ramach konsorcjum jest spółka M-Profil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., a nie komplementariusz tej spółki M-Profil sp. z o.o. stwierdzić należy, iż zamawiający nie miał prawa zażądać od odwołującego przedłożenia zaświadczenia o niekaralności M-Profil sp. z o.o., ani wspólników tej spółki.

Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „DAWID” Sp. z o.o. z siedzibą w Sztumie i Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Obaj przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł na posiedzeniu o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, a na rozprawie podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania z dnia 28 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania. Izba nie uwzględniła w tym zakresie również wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania, które zdaniem zamawiającego zostało wniesione po upływie ustawowego terminu. Zamawiający twierdził, że niniejsze odwołanie powinno zostać wniesione wobec czynności wezwania konsorcjum odwołującego do uzupełnienia dokumentów, która to czynność miała miejsce

w dniu 12 września 2013 r. Izba stwierdziła jednak, że z treści odwołania wynika jednoznacznie, że zostało ono wniesione wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, tj. wobec czynności z dnia 28 października 2013 r., która została dokonana przez zamawiającego w wyniku oceny dokumentów złożonych przez odwołującego w ofercie. Treść odwołania wskazuje, że odwołanie nie zostało wniesione wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, ponieważ odwołujący twierdził, że niezależnie od faktu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wszystkie wymagane dokumenty zostały prawidłowo złożone w ofercie i nie wymagały one w ogóle uzupełnienia. W tych okolicznościach, w ocenie Izby brak uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę nie skutkuje w sposób automatyczny wykluczeniem wykonawcy, powoduje jednak, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę jest oceniane w oparciu o dokumenty złożone pierwotnie w ofercie. Zauważyć należy, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest obwarowana rygorem skutkującym automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania w przypadku niezłożenia dokumentów, do złożenia których wykonawca został wezwany, niezależnie od tego, czy złożone w ofercie dokumenty są prawidłowe. Odwołanie zostało zatem wniesione w ustawowym terminie 10 dni wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, który wynika w szczególności z faktu, iż w przypadku przywrócenia odwołującego do postępowania złożona przez tego wykonawcę oferta miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej w przedmiotowym postępowaniu, a odwołujący złożył ofertę w częściach 1-12 zamówienia z wyłączeniem części nr 9.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zgłoszone przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „DAWID” Sp. z o.o. oraz Kopex Machinery S.A. spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 Pzp. W związku z tym, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział aukcję elektroniczną, należało uznać, że obaj przystępujący wykazali posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, co prowadziłoby do zwiększenia szansy tych wykonawców na uzyskanie poszczególnych części przedmiotowego zamówienia, w wyniku wyeliminowania (wykluczenie) odwołującego z postępowania.

W odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt

4-9 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie, że odwołujący nie przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla spółki i wspólników M-Profil sp. z o.o., która jest komplementariuszem jednego z członków konsorcjum odwołującego – tj. spółki M-PROFIL Sp. z o.o. sp.k.

W odniesieniu do wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ (rozdział I, pkt 6.2.5. i 6.2.6.) dotyczących złożenia w ofercie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-9 Pzp, odwołujący, działający w ramach konsorcjum, złożył w ofercie następujące dokumenty:

- oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4 do SIWZ) – str.17 oferty,
- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (Załącznik nr 5 do SIWZ) firmy Matix Sp. z o.o. – str. 18 oferty,
- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (Załącznik nr 5 do SIWZ) firmy M-PROFIL Sp. z o.o. sp. k. – str. 19 oferty,
- aktualną informację z KRK dla firmy Matix Sp. z o.o. – str. 35 oferty,
- aktualną informację z KRK dla firmy M-PROFIL Sp. z o.o. sp.k. – str. 52 oferty.

Pismem z dnia 12 września 2013 r. odwołujący został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, poprzez złożenie aktualnej informacji z KRK dla wspólników firmy M-PROFIL sp. z o.o. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp oraz aktualnej informacji z KRK dla firmy M-PROFIL sp. z o.o. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, na podstawie złożonego w ofercie dokumentu KRS wykonawcy M-PROFIL Sp. z o.o. sp.k. – członka konsorcjum odwołującego, w której osoba prawna – M-PROFIL Sp. z o.o. jest komplementariuszem.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 16 września 2013 r. złożonym do zamawiającego w dniu 17 października 2013 r., odwołujący nie złożył dokumentów określonych w wezwaniu, natomiast podniósł, iż zamawiający nie jest uprawniony do żądania tego rodzaju dokumentów. W ocenie odwołującego zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawcy (członka konsorcjum) będącego spółką komandytową zaświadczenia o niekaralności komplementariusza będącego osobą prawną (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp), jak również zaświadczeń o niekaralności członków zarządu komplementariusza na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, który odnosi się do wykluczenia osób prawnych, których urzędującego członka zarządu skazano za jedno z przestępstw wymienionych w tym przepisie. Przepis natomiast art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp dotyczy wyłącznie wykonawców (uczestników postępowania), a wykonawcą w tym postępowaniu jest spółka komandytowa, a nie komplementariusz tej spółki. Nie ma zatem podstaw do żądania zaświadczenia o niekaralności spółki kapitałowej (podmiotu zbiorowego), pełniącej rolę komplementariusza w ww. spółce komandytowej.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Przesłanki wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 Pzp stanowią podstawę wykluczenia z postępowania wykonawców, u których osoby odpowiedzialne za prowadzenie spraw podmiotu zostały prawomocnie skazane 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. Wykluczeniem skutkuje również popełnienie przestępstwa skarbowego oraz udziału w zorganizowanej grupie lub związku, mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W przypadku spółki jawnej ustawa nakazuje poddać badaniu wspólników, w przypadku spółki partnerskiej – partnerów lub członków zarządu, w przypadku spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej – komplementariuszy, w przypadku osób prawnych – członków zarządu, a w przypadku osób fizycznych – te osoby. Przestępstwa, o których tu mowa, są przedmiotem regulacji ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.), w szczególności rozdziału XXXVI – „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”, rozdziału XXVIII – „Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową”, rozdziału XXII – „Przestępstwa przeciwko środowisku” oraz rozdziału XXIX – „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego” (m.in. art. 228–230a – sprzedajność i przekupstwo oraz płatna protekcja). Przestępstwa skarbowe wskazuje ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 z późn. zm.). Przestępstwa te mogą być popełnione przez osoby fizyczne. Osoby prawne są poddane odrębnej odpowiedzialności, jako podmioty zbiorowe, uregulowanej w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.), która przewiduje w art. 9 ust. 1 pkt 4 możliwość nałożenia przez sąd na podmiot zbiorowy kary zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne na okres od roku do 5 lat. Podmiotami zbiorowymi w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych są osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków. Katalog czynów wymienionych w art. 16 ww. ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych ma charakter zamknięty, a obejmuje m.in. niektóre typy przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi, łapownictwa i płatnej protekcji, przeciwko ochronie informacji, przeciwko wiarygodności dokumentów, przeciwko mieniu, przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, przeciwko środowisku, przeciwko porządkowi

publicznemu, stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, przeciwko własności intelektualnej oraz o charakterze terrorystycznym, a także niektóre typy przestępstw skarbowych.

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, którym jest spółka komandytowa lub spółka komandytowo-akcyjna, jeśli komplementariusza takiej spółki prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo popełnione 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. W celu wykazania, że nie zachodzi wskazana okoliczność, zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. poz. 231), wykonawca jest zobowiązany złożyć w postępowaniu aktualną informację z KRK potwierdzającą wskazane w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 Pzp okoliczności.

W ocenie Izby brak jest podstaw do żądania przez zamawiającego wobec M-PROFIL Sp. z o.o., która to spółka jest komplementariuszem spółki komandytowej wchodzącej w skład konsorcjum odwołującego, informacji z KRK potwierdzającej okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przestępstwa, o których mowa w tym przepisie, mogą być bowiem popełnione przez osoby fizyczne, a wobec tego gdyby komplementariuszem spółki komandytowej (członka konsorcjum) była osoba fizyczna to taki dokument z KRK należałoby złożyć. Skoro jednak w analizowanym stanie faktycznym komplementariuszem jest osoba prawna (M-PROFIL Sp. z o.o.), to nie jest możliwe popełnienie przez taki podmiot przestępstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, a tym samym nie jest możliwe uzyskanie z KRK informacji w odniesieniu do takiego podmiotu we wskazanym zakresie. Osoba prawna, będąca komplementariuszem spółki komandytowej 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). W trybie przepisów tej ustawy nie jest możliwe wydanie wyroku skazującego za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Informacja co do karalności podmiotu zbiorowego, jakim niewątpliwie jest komplementariusz spółki ubiegającej się o zamówienie publiczne, tj. M-PROFIL Sp. z o.o., wymagana jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, wyłącznie od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu podmiotem ubiegającym się o zamówienie – wykonawcą

w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp - jest konsorcjum odwołującego, składające się z firmy Matix Sp. z o.o. oraz ze spółki M-PROFIL Sp. z o.o. Sp. k. Status wykonawcy posiadają obaj członkowie konsorcjum. Co do spółki komandytowej zaświadczenie z KRK odnośnie podmiotu zbiorowego zostało złożone przez odwołującego w ofercie. Spółka M- PROFIL Sp. z o.o., będąca natomiast komplementariuszem spółki ubiegającej się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest zobowiązana do przedstawiania informacji z KRK odnośnie niekaralności podmiotu zbiorowego, tj. informacji z zakresu art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, gdyż nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu.

Wykładnia językowa ww. przepisów wskazuje, 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 Pzp w odniesieniu do takiego podmiotu i przedkładanie w tym zakresie informacji z KRK nie jest faktycznie i prawnie możliwe. Wobec określonych zapisów ustawowych niedozwolona jest także w tym zakresie wykładnia rozszerzająca co do dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jest to stanowisko potwierdzone jednoznacznie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp nie znajduje zatem zastosowania w przypadku, gdy komplementariuszem spółki komandytowej jest osoba prawna, tak jak w niniejszej sprawie.

Brak jest także uzasadnienia dla uznania, że dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 7 lub 8 Pzp może zostać rozszerzona na osoby fizyczne będące członkami organu zarządzającego komplementariusza będącego osobą prawną. Ustawa Pzp nie stanowi podstawy prawnej w tym zakresie. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości wykluczenia spółki komandytowej z uwagi na ewentualne skazanie członka zarządu jej komplementariusza (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), a rozporządzenie w sprawie dokumentów nie wskazuje na obowiązek dostarczenia aktualnej informacji z KRK odnośnie karalności takiej osoby fizycznej. Żądanie zatem takiej informacji należy uznać za wykraczające poza zakres dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy wyłącznie wykonawców będących osobą prawną, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwa wymienione w tym przepisie, co nie obejmuje przedmiotowego przypadku.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp w toku postępowania, którego skutkiem było niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, co może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Izba uwzględniła zatem odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp,

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: