

WYROK
z dnia 17 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **W.P.O.A. S.A., (...) W.**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Twardogóra, ul. Ratuszowa 14, 56-416 Twardogóra**

przy udziale wykonawcy: **B.N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.W. „K.” B.N., (...) M.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie:

2. K.tami postępowania obciąża wykonawcę: W.P.O.A. S.A., (...) W., i:

2.1. zalicza w poczet K.tów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: W.P.O.A. S.A., (...) W. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we W.iu.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Twardogóra – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych z terenu Gminy Twardogóra” (nr referencyjny: GNO.271.2.2016), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu, o wartości większej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 12.11.2016 r., nr 2016/S 219-399196.

Odwołujący – W.P.O.A. S.A. z siedzibą we W.iiu – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 179 ustawy Pzp odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Wykonawcy B.N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.W. „K.” B.N. z siedzibą w M.u, zwanego dalej „Wykonawca B.N.” lub „Wykonawca”, we wszystkich częściach, na które złożył on ofertę oraz wyboru oferty tego Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w częściach 1, 2, 4, 5, 6, 7 postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego (Kc) – *zarzuty w brzmieniu przedstawionym w odwołaniu*:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 14 w zw. z pkt 13 oraz ust. 7 i 8 ustawy Pzp, w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 109¹ § 1 Kc, ze względu na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy B.N. we wszystkich częściach postępowania, mimo że wobec osoby będącej prokurentem zachodzą przesłanki wykluczenia ze względu na popełnienie przestępstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, a okres zatarcia czynu nie upłynął, nie przedstawiając jednocześnie dowodów, o których mowa w art. 24 (*popr. Izby*) ust. 8;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ze względu na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy B.N., mimo że Wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje i zataił fakt konieczności wykluczenia z postępowania pomijając fakt karalności prokurenta w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą;
3. art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ. Zamawiający wybrał ofertę, która nie jest najkorzystniejszą i powinna być traktowana jak odrzucona.

Odwołujący wskazał, że jego interes *prawny* został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ Wykonawca B.N. powinien zostać wykluczony

z postępowania, a oferta złożona przez tego Wykonawcę powinna być traktowana jak odrzucona. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów, Odwołujący nie może uzyskać zamówienia we wszystkich częściach, w których zostało ono przyznane Wykonawcy B.N.. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie części zamówienia i w częściach, w których wybrano ofertę Wykonawcy B.N., oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Wykluczenie Wykonawcy B.N. skutkowałoby przyznaniem zamówienia w tych częściach Odwołującemu. Szkoda, którą poniesie Odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 grudnia 2016 r.;
- wykluczenia Wykonawcy B.N. we wszystkich częściach ze względu na zaistnienie podstaw wykluczenia, tj. karalność prokurenta i podanie nieprawdziwych informacji o braku podstaw do wykluczenia;
- dokonania powtórnej oceny ofert w częściach 1, 2, 4, 5, 6, 7 z pominięciem ofert Wykonawcy B.N.;
- wyboru we wszystkich częściach postępowania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Jedynie z ostrożności procesowej wskazał, że Zamawiający winien co najmniej wyjaśnić, czy wyrok sądu, którym skazano prokurenta - D.N. jest prawomocny, czego nie uczynił naruszając art. 26 ust. 4.

Dalej Odwołujący wskazał, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 21 grudnia 2016 r., tj. w dniu przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania został dochowany, gdyż z uwzględnieniem art. 14 ust. 2 ustawy Pzp upływa on w dniu 2 stycznia 2017 r.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zamawiający - Gmina Twardogóra - przekazał Odwołującemu w dniu 21 grudnia 2016 r. informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy B.N. w części 1, 2, 4, 5, 6, 7 postępowania. Z treści pisma wynika, że Zamawiający zaniechał wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, co w opinii Odwołującego stanowi naruszenie określonych na wstępie przepisów ze względu na podane poniżej okoliczności.

W Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej we wpisie dotyczącym P.W. K. B.N., dostępnym w powszechnym rejestrze pod adresem – <https://prod.ceidg.gov.pl/ceidg/ceidg.public.ul/SearchDetails.aspx?Id=b03e470e-5891-4338-803f-665999ededfb> uwidoczono jako pełnomocnika przedsiębiorcy pana D.N.. Zgodnie z

art. 14 ustawy Pzp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Ustawa Pzp w przepisach ustalających przesłanki wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 14) posługuje się pojęciem prokurenta nie definiując go, gdyż to art. 109¹ § 1 Kc definiuje to pojęcie. Prokura zgodnie z tym przepisem jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowemu wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Przedsiębiorca B.N. podlega obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, co wynika z art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1829). W rejestrze tym uwidoczniła takiego pełnomocnika, a pełnomocnik ten jest więc zgodnie z art. 109¹ § 1 Kc prokurentem.

Wykładnia powyższa oparta na językowej interpretacji przepisu odpowiada wykładni autentycznej przedstawionej w uzasadnieniu do nowelizacji Kodeksu cywilnego z 14 lutego 2003 r. wskazującym, że *Projekt rezygnuje z formuły, zgodnie z którą prokury może udzielić tylko spółka handlowa, przyjmując - w art. 109¹ § 1 - że prokurentów mogą powoływać przedsiębiorcy podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców. [...] Przede wszystkim zrywa [...] z nieuzasadnionym uprzywilejowaniem spółek handlowych, dozwalając, aby także inni przedsiębiorcy mogli korzystać z nader poręcznego instrumentu, jakim jest prokura.* Ta sama nowelizacja wprowadziła do Kc artykuł 109⁷ § 4, zgodnie z którym śmierć przedsiębiorcy nie powoduje wygaśnięcia prokury. Śmierć przedsiębiorcy może dotyczyć wyłącznie osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, zatem zakładając racjonalność ustawodawcy należy przesądzić, że przedsiębiorcy - osoby fizyczne wpisane do CEIDG mają prawo udzielać prokury.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14, każdy wykonawca, niezależnie od formy prawnej, w której prowadzi działalność, podlega wykluczeniu jeśli jego prokurenta skazano za przestępstwo o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 prawomocnym orzeczeniem sądu. Przywołany przepis nie różnicuje i nie może różnicować pozycji wykonawców ze względu na formę prowadzenia działalności gospodarczej. O ile więc z istoty rzeczy członkostwo w organach, a także status wspólników odnosi się tylko do wykonawców, których ze względu na przyjętą formę prowadzenia działalności może dotyczyć, to przepis odnoszący się do prokurenta skierowano do każdego wykonawcy. Jest to zgodne z zasadą zakazu dyskryminacji ze względu na formę prawną prowadzonej działalności gospodarczej i zasadę równego traktowania, które muszą przesądzać, że niekaralność osoby prokurenta jest wymogiem wobec wszelkich wykonawców.

Także wykładnia pro-wspólnotowa nakazuje by pojęcie prokurenta było odczytywane w świetle przepisów UE. Rozporządzenie wykonawcze Komisji Europejskiej ustalające treść JEDZ stanowi, że badaniu podlega czy w stosunku do samego wykonawcy bądź jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub

nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, wydany został prawomocny wyrok. Nie ulega wątpliwości, że taką osobą uprawnioną do reprezentacji jest wykazany w CEIDG pełnomocnik - D.N..

Pan D.N. - prokurent w P.W. „K.” B.N. został w dniu 29 czerwca 2015 r. skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Krotoszynie za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 270 § 1, art. 297 § 1 oraz art. 305 § 1 Kodeksu karnego. Są to przestępstwa, których popełnienie stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu, stanowi podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp oraz odsyłającym do niego przepisem pkt 14 tego artykułu (dowód - kopia odpisu wyroku sądu). Zamawiający winien co najmniej wyjaśnić czy wyrok SR jest prawomocny, do czego zobowiązuje go art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Od wydania wyroku nie upłynęło 5 lat, a więc zgodnie z art. 24 ust. 7 ustawy Pzp wykluczenie z postępowania jest konieczne. Odwołujący nadmieniał, że wykonawca wiedząc lub co najmniej powinien wiedzieć o fakcie skazania (nie sposób przyjąć, że podmiot gospodarczy nie powinien wiedzieć o karalności jego prokurenta), mimo to nie skorzystał z dyspozycji art. 24 ust. 8, tj. nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na zapobieżenie takim przestępstwom w przyszłości, a także na naprawienie szkody lub zadośćuczynienie. Przesłanki te (środki zapobiegające przestępstwu i któraś z form naprawienia szkody) winny być spełnione łącznie, a nie wykazano zaistnienia choćby jednej z nich.

Karalność prokurenta nie jest jedyną podstawą wykluczenia, której zamawiający zaniechał wobec Wykonawcy B.N.. Kolejną jest podanie nieprawdziwych informacji o braku karalności w formularzu JEDZ. W części III lit. A wykonawca wskazał, że „w stosunku do jakiegokolwiek osoby posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia decyzyjne” nie został wydany wyrok z powodów wskazanych w dyrektywie i przywołanych w części III JEDZ. Pan D.N. - wykazany w CEIDG jako pełnomocnik przedsiębiorcy ma uprawnienia wspomniane w JEDZ. Fakt skazania jest niewątpliwy. A mimo to wprost zaznaczono w JEDZ, że skazanie takie nie miało miejsca. Nie ulega też wątpliwości, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne powinien wiedzieć, że przesłanki niekaralności wprost zacytowane w JEDZ, polski ustawodawca wdrożył do przepisów prawa polskiego zgodnie z art. 288 TFUE co do ich celu opisując w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp jakie konkretne przepisy prawa krajowego oddają treść norm z art. 57 dyrektywy 2014/24UE. Wykonawca B.N. nie uwzględnił karalności p. D.N. w swym oświadczeniu poświadczając tym samym nieprawdę. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42), pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu

logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Informacja w JEDZ jest w tym kontekście oczywiście nieprawdziwa. Przyczyny jej podania to wina umyślna lub rażące niedbalstwo. Ustawodawca nie zawęży winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku rażącego niedbalstwa wykonawcy.

Dla wykładni tego przepisu ważne jest orzeczenie jakie wydał Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (F.H.N. z siedzibą w W., F. G. L. SA z siedzibą w L., F. S. N. z siedzibą w D. przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym *postępowaniu* na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s.1; z późn. zm.) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b) tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że *w przypadku, gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... (por. pkt 75 i 119 wyroku).*

Celem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów. Przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 Kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie

w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby deklarowany w nich stan rzeczy odpowiadał rzeczywistości. Tego w sposób oczywisty zaniechał wykonawca P.W. K. B.N.. Winien więc podlegać wykluczeniu z postępowania gdyż co najmniej wskutek rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego co do niekaralności prokurenta.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł jak w treści odwołania oraz we wstępie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy, wniósł o: -oddalenie odwołania w całości, - obciążenie odwołującego K.tami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wskazał, że w całości przyłącza się do argumentacji zawartej w piśmie pani B.N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.W. „K.” B.N. z dnia 4.01.2017 r., które stanowi przystąpienie do postępowania odwoławczego. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że zarzuty podniesione przez Odwołującego są chybione również z następujących powodów:

1. Odwołujący w sposób nieuprawniony próbuje zakwalifikować pełnomocnictwo ujawnione w CEIDG a udzielone panu D.N. jako prokurę, wdając się w tym celu w skomplikowane rozważania dotyczące dopuszczalności udzielenia prokury przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, podczas gdy dla rozstrzygnięcia kwestii czy w rozpatrywanym przypadku mamy do czynienia z prokurą wystarczy odnieść się do treści wpisu w CEIDG, z którego wynika zakres umocowania pana N.. Zakres ten jest ograniczony do „podpisywania umów przetargowych”. Zatem w niniejszej sprawie nie jest istotne czy osoba fizyczna może *in abstracto* udzielić prokury, ale czy jej w konkretnym przypadku udzieliła osobie karanej. Biorąc pod uwagę fakt, że zakres prokury wynika z przepisu prawa i obejmuje umocowanie do czynności sądowych i

pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, uznać należy, że pełnomocnictwo ograniczone do podpisywania umów przetargowych bezwzględnie prokurą nie jest. Zatem, przedsiębiorca w sposób prawidłowy złożył oświadczenia dotyczące podstaw wykluczenia tak w zakresie podstaw krajowych jak i w zakresie określonym w JEDZ.

2. Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wypełnienia formularza JEDZ, przez nie ujawnienie karalności reprezentanta w części III sekcja A, to uznać należy, że przestępstwa objęte wyrokiem skazującym, na który powołuje się Odwołujący nie wchodzą w zakres wskazany w tej części JEDZ przez odwołanie do art. 57 art. 1 Dyrektywy 2014/24/UE.

Podobnie w pozostałych sekcjach, w tym w sekcji D, która dotyczy krajowych podstaw wykluczenia formularz został wypełniony w sposób prawidłowy, na co wskazano powyżej w pkt 1.

Zatem, całość zarzutów Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym sprawy.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł jak na wstępie.

Wykonawca B.N. – prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.W. "K." B.N. z siedzibą w M.u, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc w zgłoszeniu przystąpienia o oddalenie odwołania w całości, przedstawiła następujące stanowisko.

Przystępujący posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, albowiem jego oferta jako wykonawcy została przez Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2016 r. wybrana jako oferta najkorzystniejsza w częściach 1, 2, 4, 5, 6, 7.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 grudnia 2016 r., wykluczenia Przystępującego jako wykonawcy we wszystkich częściach postępowania, dokonania powtórnej oceny ofert w częściach 1, 2, 4, 5, 6, 7 z pominięciem ofert Przystępującego jako wykonawcy i wyboru we wszystkich częściach postępowania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Tym samym Przystępujący niewątpliwie posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

W ocenie Przystępującego zarzuty podniesione przez Odwołującego są chybione, a wniesione odwołanie jako bezzasadne winno zostać oddalone w całości.

Przystępujący nie podzielił stanowiska Odwołującego jakoby D.N. - pełnomocnik Przystępującego ujawniony w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej był prokurentem zgodnie z art. 109¹ § 1 Kc.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.*

Zgodnie zaś z art. 109¹ § 1 Kc: *Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.*

Faktem jest, że w piśmiennictwie nie jest jednoznaczne, czy pod pojęciem "rejestru przedsiębiorców" w rozumieniu art. 109¹ Kc nie mieści się także Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Choć wielu autorów (zob. m.in. M. Hejbudzki, *Instytucja prokury*, s. 78; Kidyba, *Prawo handlowe*, 2015, s. 159; K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: Kidyba, *Komentarz KC*, t.1, 2012, s. 661, Nb 7; M. Wyrwiński, *Udzielenie prokury*, s. 28) broni poglądu, że również CEIDG jest rejestrem przedsiębiorców i osoby fizyczne do niego wpisane mogą udzielić prokury, przeważa jednak pogląd odmienny (tak: Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz, art. 1-449¹¹, red. prof. dr hab. Maciej Gutowski, rok wydania: 2016, wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 1).

Reprezentanci wyżej wymienionego przeważającego poglądu (m.in. D. Wajda, *Prokura*, s. 38-39; A. Koronkiewicz, *Czy osoba fizyczna*, s. 143; M. Pazdan, w: Pietrzykowski, *Komentarz KC*, t. i, 2015, s. 444; J. Szwaja, I. Mika, w: *Komentarz KSH*, t. V, 2015, art. 109², Nb 6; K. Osajda, w: *Komentarz KC*, t. 1, 2015, art. 109¹, Nt 15, Legalis), stoją na stanowisku, że udzielenie prokury przez osobę fizyczną wpisaną do CEIDG jest wykluczone, m.in. z uwagi na zakaz wykładni synonimicznej (skoro ustawodawca używa pojęcia "rejestr przedsiębiorców" w Kodeksie cywilnym oraz ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 687, z późn. zm.), zwanej dalej: „KRSU”, to powinny mieć one ten sam zakres pojęciowy).

Jak słusznie wskazuje dr hab. Konrad Osajda w *Komentarzu do Kodeksu cywilnego* (rok wydania: 2017, wydawnictwo: C.H.Beck, wydanie: 14): *Rejestr przedsiębiorców prowadzony w systemie informatycznym to jeden z rejestrów działających na podstawie KRSU. Artykuł 36 KRSU przewiduje katalog podmiotów, które podlegają wpisowi do rejestru. Zaznaczyć trzeba, że w założeniu rejestr przedsiębiorców miał być zupełny, tzn. miały zostać zarejestrowane wszystkie podmioty prowadzące działalność gospodarczą bez względu na ich formę prawną, co zakładało pierwotne brzmienie art. 36 KRSU. Do końca 2003 r. (początkowo 2001 r.) miały funkcjonować równoległe rejestr przedsiębiorców oraz ewidencja działalności gospodarczej, po czym podmioty z ewidencji miały zostać wpisane do rejestru. Od początku takie rozwiązanie budziło wątpliwości teoretyków, a zwłaszcza praktyków.*

W rezultacie w ustawie z 14.11.2003 r. o zmianie ustawy - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 217, poz. 2125) ustawodawca zdecydował, że ewidencja działalności gospodarczej dla osób fizycznych prowadzących samodzielną działalność pozostanie. W konsekwencji jednak automatycznie pozbawiono osoby fizyczne - samodzielnych przedsiębiorców - możliwości uzyskania wpisu do sądowego rejestru przedsiębiorców. Na marginesie warto zaznaczyć, że niedawno weszła w życie nowa regulacja ewidencji działalności gospodarczej (art. 23-39 SwobGospU). Przepisy te miały wyjątkowo długie *vacatio legis*. Początkowo powołane przepisy miały wejść w życie 1.10.2008 r., później ustawą z 10.7.2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 141, poz. 888) przesunięto ten termin na 31.3.2009 r. Po raz kolejny ustawą z 19.12.2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 18, poz. 97) ustalono ich termin wejścia w życie na 1.7.2011 r., który to termin okazał się ostateczny. Streszczona historia prac legislacyjnych nad prokurą i rejestrem powoduje pewne wątpliwości w doktrynie, czy pod pojęciem "rejestr przedsiębiorców" z art. 109¹ KC nie można rozumieć także Centralnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej. Wydaje się, że przemawia przeciwko temu zakaz wykładni synonimicznej, tzn. nadawania różnym normatywnym sformułowaniom tego samego znaczenia. Skoro ustawodawca raz posługuje się terminem "rejestr przedsiębiorców", a kiedy indziej „ewidencja działalności gospodarczej”, to kategorii tych nie należy utożsamiać. Tak również m.in. S. Rudnicki, [w:] Komentarz KC, ks. 1, 2011, art. 109⁸, J. Szwaja, I. Mika, [w:] Komentarz KSH, t. V, 2008, art. 109², Nb 6; M. Pazdan, [w:] Pietrzykowski, Komentarz 2011, t. I, art. 109¹, Nb 15; A. Koronkiewicz, Czy osoba fizyczna, s. 143. Podobnie D. Wajda, która podkreśla, że ewidencja działalności gospodarczej nie jest rejestrem o równej wartości i znaczeniu co KRS (zob. D. Wajda, Prokura, s. 39). (...) Podsumowując przedstawione kryteria regulujące, kto może udzielić prokury, są to przedsiębiorcy wpisani do rejestru przedsiębiorców, których katalog zawiera art. 36 KRSU. Największa pozbawiona tego uprawnienia grupa to osoby fizyczne samodzielnie prowadzące działalność gospodarczą.

Co więcej, zgodnie ze słusznym stanowiskiem prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego (Kodeks cywilny. T. I. Komentarz, art. 1-449¹⁰, rok wydania: 2015, wydawnictwo: C.H.Beck, wydanie: 8): Wspomniany w art. 109¹ § 1 rejestr przedsiębiorców oznacza Krajowy Rejestr Sądowy. Przepis art. 36 KrRejSU ustanawia zamknięty krąg podmiotów podlegających wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Od 1.1.2004 r. nie należą do tego kręgu osoby fizyczne będące przedsiębiorcami. Wspomniany wyżej stan prawny praktycznie uniemożliwia korzystanie przez przedsiębiorców będących osobami fizycznymi z możliwości posługiwania się instytucją prokury. Wprowadzie przepisy art. 25 ust. 1 pkt 11 SwDzGospU stwarzają możliwość ujawnienia w Centralnej Ewidencji i Informacji

o Działalności Gospodarczej pełnomocnika upoważnionego do prowadzenia spraw przedsiębiorcy, o ile przedsiębiorca udzielił ogólnego pełnomocnictwa, jest jednak wysoce wątpliwe - przy obecnym brzmieniu art. 109¹ § 1 - czy może to być (choć taką możliwość należałoby stworzyć) prokurent. (...) Do KC nie przejęto z KH (art. 66-67) specyficznej instytucji pełnomocnictwa handlowego. (...) W KSH zamieszczono wyraźne przepisy dotyczące udzielenia prokury. Przepis art. 41 § 1 KSH, dotyczący spółki jawnej, odpowiednio stosowany także do innych osobowych spółek handlowych, na "ustanowienie" (udzielenie) prokury wymaga zgody wszystkich współników mających prawo prowadzenia spraw spółki. W myśl art. 208 § 6 oraz art. 371 § 4 KSH, "powołanie" prokurenta w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością i w spółce akcyjnej wymaga zgody wszystkich członków zarządu.

Co istotne również między pojęciami pełnomocnictwa i prokury zachodzi stosunek nadrzędności, w tym sensie, że każda prokura jest pełnomocnictwem, ale nie każde pełnomocnictwo jest prokurą, ponieważ prawo polskie przewiduje również inne postacie pełnomocnictwa (J. Szwaja, w: Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, Komentarz KSH, t. 5, 2004, s. 466, Nb 12; tak też J. Strzebinczyk, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz KC, 2013, Nb 1 i 2 do art. 109¹; M. Pazdan, Przedstawicielstwo, w: System PrPryw, t. 2, 2008, s. 534 i 535, Nb 222-225).

Jak słusznie wskazuje dr Roman Uliasz (Komentarz do art. 109⁽¹⁾ Kodeksu cywilnego, stan prawny 2010.09.06, LEX): *Prokury nie mogą udzielić osoby fizyczne, nawet jeżeli posiadają status przedsiębiorcy. Wbrew pierwotnemu założeniu ustawodawcy, osoby te nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców, ale do ewidencji działalności gospodarczej, przez co nie spełniają jednego z warunków co do możliwości udzielenia prokury. Nie jest także dopuszczalne udzielenie prokury przez jednoosobowych przedsiębiorców działających wspólnie w formie spółki cywilnej. Pewne wątpliwości odnośnie do dopuszczalności udzielenia prokury przez przedsiębiorców będących osobami fizycznymi może jednak wzbudzać art. 109⁷ § 4 k.c. Przepis ten stanowi, że śmierć przedsiębiorcy ani utrata przez niego zdolności do czynności prawnych nie powoduje wygaśnięcia prokury. Bezsporne jest, że takie zdarzenia prawne, jak śmierć czy utrata zdolności do czynności prawnych mogą dotyczyć tylko i wyłącznie przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną. Ustawodawca, stanowiąc, że zdarzenia te nie powodują wygaśnięcia prokury, zdaje się wychodzić z założenia, że przedsiębiorca będący osobą fizyczną może być reprezentowany przez prokurenta. Takie też stanowisko reprezentują niektórzy autorzy (A. Kidyba, Nowe rozwiązania..., s. 95 i n.; M. Wyrwiński, Udzielenie prokury..., s. 22 i n.; U. Promińska (w:) Kodeks cywilny..., s. 995 i n.). Wydaje się jednak, że de lege lata trudno mówić o dopuszczalności udzielenia prokury przez przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, choć należy zauważyć, że brak jest argumentów celowościowych, przemawiających przeciwko takiej dopuszczalności. Jak najbardziej zasadne byłoby, aby osoby fizyczne, o ile*

prowadzą działalność gospodarczą, mogły być reprezentowane przez prokurenta, jednak do tego konieczna byłaby odpowiednia ingerencja ustawodawcy, który jednoznacznie wskazałby, że przedsiębiorca będący osobą fizyczną może udzielić prokury, a nie tylko „przedsiębiorca podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców” (por. w tej kwestii szerokie rozważania j. Grykiela, Powstanie prokury..., s. 150 i n.).

Również orzecznictwo sądowe wyklucza stanowisko prezentowane w niniejszej sprawie przez Odwołującego. Mianowicie Wojewódzki Sąd Administracyjny z siedzibą w Lublinie w wyroku z dnia 17 maja 2011 r., sygn. akt: III SA/Lu 101/11 (opubl.: Legalis) stwierdził: *Nie można utożsamiać pojęcia ewidencji działalności gospodarczej z rejestrem przedsiębiorców prowadzonym w oparciu o ustawę z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 ze zm.). To, że osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą są przedsiębiorcami w rozumieniu zarówno ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228), jak i przepisów Kodeksu cywilnego, nie oznacza, iż w sytuacji, kiedy osoby te podlegają obowiązkowi wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, organ prowadzący tę ewidencję ma obowiązek ujawnić w niej, zamieszczając stosowny wpis, udzielenie prokury. Obowiązku wpisu prokury do ewidencji działalności gospodarczej nie można domniemywać w drodze interpretacji przepisów Kc.*

Mając na uwadze powyższe uzasadnionym jest wniosek, że D.N. - pełnomocnik Przystępującego ujawniony w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej nie jest prokurentem zgodnie z art. 109¹ § 1 Kc. Tym samym wszystkie zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu z dnia 31 grudnia 2016 r. nie zasługują na uwzględnienie. Nie było także w związku z powyższym po stronie Zamawiającego potrzeby wyjaśniania, czy wyrok dotyczący pana D.N. jest prawomocny.

Na marginesie tylko dodatkowo należy wskazać, że pan D.N. w żaden sposób nie brał udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w obecności odwołującego i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, Izba uznała, że Wykonawca B.N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.W. „K.” B.N. z siedzibą w M.u, wobec skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po

stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zwanym dalej też „Wykonawca B.N.” lub „Wykonawca”.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznała odwołanie na rozprawie (ust. 4 i 5 tego artykułu).

Odwołujący spełnia przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, złożył ofertę na zaskarżone części zamówienia uzyskując drugą lokatę w rankingu ofert (dwie oferty złożone w postępowaniu), tym samym wyraził zainteresowanie uzyskaniem zamówienia, zatem wykazanie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, skutkuje możliwością poniesienia szkody, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po rozpoznaniu odwołania w granicach przedstawionych w nim zarzutów zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem sporu jest wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy B.N. w częściach zamówienia 1, 2, 4, 5, 6, 7, w sytuacji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej tylko w częściach 3 i 8 zamówienia.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i Kc przez: (1) zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy B.N. z postępowania z powodu prawomocnego skazania pełnomocnika tego Wykonawcy za przestępstwo, o którym stanowi art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, jako prokurenta w rozumieniu art. 109¹ Kc, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 14 w zw. z pkt 13 oraz ust. 7 i 8 ustawy Pzp, w związku z art. 14 ustawy Pzp i art. 109¹ Kc; (2) zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z powodu przedstawienia nieprawdziwych informacji i zatajenia faktu karalności prokurenta w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą; (3) zarzut naruszenia art. 91 (*bez konkretyzacji przepisu*) w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez wybór oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ, która nie jest ofertą najkorzystniejszą i powinna być traktowana jak odrzucona

– nie zostały potwierdzone jako zasadne.

Ad 1. *Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 14 w zw. z pkt 13 oraz ust. 7 i 8, w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 109¹ § 1 Kc, ze względu na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy B.N. we wszystkich częściach postępowania, mimo że wobec osoby będącej prokurentem zachodzą przesłanki wykluczenia ze względu na popełnienie przestępstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, a okres zatarcia czynu nie upłynął, nie przedstawiając jednocześnie dowodów, o których mowa w art. 24 (popr. Izby) ust. 8.*

Wskazane przepisy prawne stanowią:

1. Art. 24:

- 1) ust. 1 Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: pkt 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; pkt 14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13; pkt 13) wymienia przestępstwa, za których skazanie prawomocnym wyrokiem wykonawcy będącego osobą fizyczną następuje wykluczenie z postępowania;
 - 2) ust. 7 wskazuje okresy, przed których upływem od dnia zdarzenia występuje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania;
 - 3) ust. 8 wskazuje – odnośnie do niektórych przestępstw – na możliwość przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnienie naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.
2. Art. 14 ust. 1 Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy (Pzp) nie stanowią inaczej.
3. Art. 109¹ § 1 Kodeksu cywilnego – stosowany w zw. z art. 14 ustawy Pzp – stanowi, że prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

W stanie faktycznym sprawy Wykonawca B.N., której oferta została wybrana w 6. częściach zamówienia jako najkorzystniejsza, jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną wpisanym do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej R.P. (CEIDG), z ustanowionym pełnomocnikiem przedsiębiorcy – w osobie D.N., z zakresem pełnomocnictwa: „podpisywanie umów przetargowych”. Czynności objęte pełnomocnictwem w zakresie CEIDG, to: „-zmiana wpisu, -wpis informacji o zawieszeniu wykonywania działalności gospodarczej, -wpis informacji o wznowieniu

wykonywania działalności gospodarczej, -wniosek o wykreślenie wpisu w CEIDG, -prowadzenie spraw za pośrednictwem punktu kontaktowego.”

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829, z późn. zm.), przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do CEIDG albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepis ust. 2 stanowi, że wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi.

W art. 25 ust. 1 tej ustawy wskazano, że wpisowi do CEIDG podlegają dane pełnomocnika upoważnionego do prowadzenia spraw przedsiębiorcy, wraz ze wskazaniem zakresu spraw, które obejmuje dane pełnomocnictwo, o ile przedsiębiorca udzielił pełnomocnictwa i zgłosił informację o jego udzieleniu we wniosku o wpis do CEIDG.

Z powyższego wynika, że przedsiębiorca będący osobą fizyczną podejmujący działalność gospodarczą podlega obligatoryjnemu wpisowi do CEIDG. Natomiast dane pełnomocnika mogą być wpisane do CEIDG, o ile przedsiębiorca udzielający pełnomocnictwa zgłosił informację o jego udzieleniu we wniosku o wpis do CEIDG. Zatem, przedsiębiorca udzielając pełnomocnictwa może nie zgłosić danych pełnomocnika i informacji o udzielonym pełnomocnictwie we wniosku o wpis do ewidencji i wówczas dane takiego pełnomocnika mimo pełnomocnictwa, nie będą wpisane do ewidencji. Stąd wpis danych pełnomocnika w ewidencji ma charakter informacyjny, natomiast podstawę umocowania pełnomocnika stanowi pełnomocnictwo udzielone przez przedsiębiorcę.

Informacja o pełnomocniku przedsiębiorcy – Dariuszu Nowickim upoważnionym „do podpisywania umów przetargowych” oraz do czynności rejestrowych przedsiębiorcy w ewidencji, zamieszczona w CEIDG, nie stanowi potwierdzenia, ani podstawy do wywiedzenia wniosku, że pełnomocnik jest prokurentem przedsiębiorcy w rozumieniu art. 109¹ § 1 Kc.

Prokura, o której stanowi przepis art. 109¹ Kc, jest szczególnym rodzajem wyspecjalizowanego pełnomocnictwa przeznaczonego dla ściśle określonego rodzaju stosunków prawnych. O wyodrębnieniu prokury z przepisów o pełnomocnictwie zadecydowały jej szczególne cechy: ograniczony zakres zastosowania do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa oraz możliwość jej ustanowienia tylko przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców (Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, Część ogólna, Stanisław Dmowski, Stanisław Rudnicki, wydanie 9, str. 473).

Przepis art. 3 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 687, z późn. zm.), zwanym dalej „Rejestrem” (zgodnie art. 1 ust. 1 tej

ustawy) stanowi: Rejestr obejmuje podmioty, na które przepisy ustaw nakładają obowiązek uzyskania wpisu do tego Rejestru.

Wykaz podmiotów objętych Rejestrem przedsiębiorców został zamieszczony w art. 36 ustawy o KRS, stanowiącym, że przepisy o Rejestrze przedsiębiorców stosuje się do następujących podmiotów: 2) spółek jawnych; 2a) europejskich zgrupowań interesów gospodarczych; 3) spółek partnerskich; 4) spółek komandytowych; 5) spółek komandytowo-akcyjnych; 6) spółek z ograniczoną odpowiedzialnością; 7) spółek akcyjnych; 7a) spółek europejskich; 8) spółdzielni; 8a) spółdzielni europejskich; 9) przedsiębiorstw państwowych; 10) instytutów badawczych; 11) przedsiębiorców określonych w przepisach o zasadach prowadzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne, zwane dalej „przedsiębiorstwami zagranicznymi”; 12) towarzystw ubezpieczeń wzajemnych; 12a) towarzystw reasekuracji wzajemnej; 13) innych osób prawnych, jeżeli wykonują działalność gospodarczą i podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 1 ust. 2 pkt 2; 14) oddziałów przedsiębiorców zagranicznych działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; 15) głównych oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń; 16) głównych oddziałów zagranicznych zakładów reasekuracji; 17) instytucji gospodarki budżetowej.

W zamkniętym katalogu podmiotów, do których stosuje się przepisy o Rejestrze przedsiębiorców, nie wymieniono przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, podlegających z mocy art. 14 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wpisowi do ewidencji działalności gospodarczej (CEIDG).

Nie ma podstaw w przywołanych wyżej przepisach ustaw – o działalności gospodarczej i KRS, by uznać na podstawie spornych poglądów w doktrynie, że pełnomocnik osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, upoważniony do wskazanych w informacji spraw – podpisywania umów przetargowych i czynności rejestrowych w zakresie CEIDG – jest prokurentem w rozumieniu art. 109¹ Kc.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jako wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w związku ze skazaniem za przestępstwo wymienione w pkt 13 ust. 1 art. 24 ustawy, dotyczy wykonawcy będącego osobą fizyczną skazanego za przestępstwo. Z kolei przepis art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp dotyczy wykluczenia wykonawcy, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13. Jak wyżej wykazano brak jest przesłanek do zakwalifikowania pełnomocnika D.N. jako prokurenta wykonawcy, o którym stanowi pkt 14. Poza ustaleniem, że pełnomocnik nie jest prokurentem w rozumieniu przepisu art. 109¹ Kc, to dodatkowo zestawienie przepisów pkt 13 i 14 jednoznacznie

wskazuje, że przesłanki wykluczenia wymienione w pkt 13 dotyczą wykonawcy będącego osobą fizyczną skazanego za przestępstwo, o którym mowa w tym punkcie, natomiast z pkt 14 wynikają przesłanki wykluczenia wykonawcy skazanego za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13, funkcjonującego w formie prawnej, w której występują: urzędujący członek organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnik spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurent.

Przedstawione w uzasadnieniu odwołania stanowisko, że: *Wykładnia powyższa oparta na językowej interpretacji przepisu odpowiada wykładni autentycznej przedstawionej w uzasadnieniu do nowelizacji Kodeksu cywilnego z 14 lutego 2003 r. wskazującym, że - Projekt rezygnuje z formuły, zgodnie z którą prokury może udzielić tylko spółka handlowa, przyjmując - w art. 109¹ § 1 - że prokurentów mogą powoływać przedsiębiorcy podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, zgodnie jest ze stanowiskiem Izby – prokurentów mogą powoływać przedsiębiorcy podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, natomiast nie mogą przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi podlegający obowiązkowi wpisu do ewidencji działalności gospodarczej.*

Ad 2. *Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy B.N., mimo że wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje i zataił fakt konieczności wykluczenia z postępowania pomijając fakt karalności prokurenta w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą.*

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W dokumencie złożonym z ofertą - JEDZ Część III: Podstawy wykluczenia. A: *Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo. Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo na podstawie przepisów krajowych stanowiących wdrożenie podstaw określonych w art. 57 ust. 1 wspomnianej dyrektywy:*

Na pytanie: *Czy w stosunku do samego wykonawcy bądź jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, wydany został prawomocny wyrok z jednego z wyżej wymienionych*

powodów, orzeczeniem sprzed najwyżej pięciu lat lub w którym okres wykluczenia określony bezpośrednio w wyroku nadal obowiązuje?, Wykonawca B.N. odpowiedział „Nie”, zaznaczając odpowiedź następująco: „ Tak Nie”.

Odwołujący powołał się w odwołaniu na art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - *Moc wiążąca rozporządzeń, dyrektyw, decyzji, zaleceń i opinii* – wskazujący moc wiążącą Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Artykuł 57 - Podstawy wykluczenia, ust. 1 podany we wskazanej wyżej części III A dokumentu JEDZ, o treści: *1. Instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z następujących czynów: opisanych w punktach oznaczonych literami: a) - f).*

Dalsza część ust. 1 brzmi: *Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.*

Zarzut – *przedstawienia nieprawdziwych informacji i zatajenia faktu konieczności wykluczenia z postępowania pomijając fakt karalności prokurenta w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą* – dotyczy wpisania w dokumencie JEDZ odpowiedzi przeczącej (Nie), przez co Wykonawca B.N. zaprzeczyła skazaniu – *jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, wydany został prawomocny wyrok z jednego z wyżej wymienionych powodów, orzeczeniem sprzed najwyżej pięciu lat lub w którym okres wykluczenia określony bezpośrednio w wyroku nadal obowiązuje.*

Odwołujący utrzymywał, że pełnomocnik D.N. jest tą osobą – jak wskazał w odwołaniu zarzut (2) prokurentem, w uzasadnieniu odwołania (str. 5 drugi akapit od góry) pełnomocnikiem przedsiębiorcy – która posiada uprawnienia do reprezentowania wykonawcy w rozumieniu opisu zamieszczonego w polu 3 Część III A dokumentu JEDZ.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, gdyż obowiązek wskazania prawomocnego skazania przez odpowiedź twierdzącą dotyczy osoby skazanej prawomocnym wyrokiem będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy lub posiadającej w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

Z postępowania dowodowego przeprowadzonego w toku rozprawy wynika, że pełnomocnik Wykonawcy nie jest członkiem organów przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, nie posiada też uprawnień do reprezentowania w takich organach.

Pełnomocnictwo ze wskazanym w ewidencji działalności gospodarczej zakresem, nie stanowi uprawnień do reprezentowania w organach administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy.

Na podstawie powyższego Izba uznała, że odpowiedzi „Nie” w trzecim polu Części III A dokumentu JEDZ (str. 6), nie można zakwalifikować jako *przedstawienie nieprawdziwych informacji i zatajenie faktu konieczności wykluczenia z postępowania przez pominięcie faktu karalności prokurenta*.

Ad 3. *Naruszenie art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ. Zamawiający wybrał ofertę, która nie jest najkorzystniejszą i powinna być traktowana jak odrzucona.*

Przepis art. 2 ustawy Pzp stanowi: Ilekroć w ustawie jest mowa o: 5) najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę: a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub K.tu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub K.t, gdy cena lub K.t jest stała albo b) z najniższą ceną lub K.tem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub K.t.

Przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z kolei art. 24 ust. 4 ustawy wskazuje następująco: Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia zarzutu, nie wykazał niezgodnego wyboru oferty z kryteriami oceny ofert. Skoro wykonawca nie podlega wykluczeniu, brak jest podstaw do uznania jego oferty za odrzuconą.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O K.tach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów K.tów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba zaliczyła do K.tów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....