

Sygn. akt: KIO 2916/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 3 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 3 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Megateam Promotion spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Deszczowa 21 i Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, ul. Macedońska 7 lok. 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Solpark Kleszczów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kleszczowie, ul. Sportowa 8**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Megateam Promotion spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Deszczowa 21 i Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, ul. Macedońska 7 lok. 9** tytułem 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:** .....

## Sygn. akt KIO 2916/13

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie kompleksowej usługi ratownictwa wodnego na pływalni krytej oraz basenach zewnętrznych wraz z usługą nauki pływania w „Solpark Kleszczów” sp. z o.o., przy ul. Sportowej 8 w Kleszczowie, zostało wszczęte przez zamawiającego Spłpark Kleszczów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kleszczowie, ul. Sportowa 8 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 27 listopada 2013r. za numerem 2013-488290.

W dniu 16 grudnia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej i m. in. o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Megateam Promotion spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Deszczowa 21 i Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, ul. Macedońska 7 lok. 9- dalej odwołujący na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na nieprzedłożenie zaświadczeń z KRK dotyczących obu członków konsorcjum opatrzonych podstawą prawną w odniesieniu do której dokument został wystawiony tj. art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, mimo wezwania skierowanego do wykonawcy w dniu 9 grudnia 2013r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

W dniu 19 grudnia 2013r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez obu członków konsorcjum za Megateam Promotion spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS załączonym do odwołania i upoważnionych do łącznej reprezentacji, za Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą we Wrocławiu przez prezesa i skarbnika ujawnionych w KRS załączonym do odwołania i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu przesyłką kurierską w dniu 18 grudnia 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu bezpodstawne odrzucenie jego oferty, stanowiące naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy WODNIAK S.C. z siedzibą w Stoku, 97-400 Bełchatów;
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia procedury badania oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu podniósł, że w toku postępowania zamawiający pismem z dnia 9.12.2013 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia złożonej dokumentacji m.in. poprzez przedłożenie zaświadczeń z KRK dotyczących Partnera konsorcjum - DELPHINUS SPORT PROMOTION oraz Lidera konsorcjum MEGATEAM PROMOTION Sp. z o.o., opatrzonych podstawą prawną w odniesieniu do której dokument został wystawiony, tj, art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, jak również zaświadczeń z KRK dotyczących członków Zarządu Lidera i Partnera Konsorcjum opatrzonych podstawą prawną w odniesieniu do której dokumenty te zostały wydane, wskazując, iż w zaświadczeniach, które zostały przedłożone zamawiającemu, wskazano jako podstawę ich wystawienia sformułowanie - „postępowanie przetargowe”.

Odwołujący jako dowód powołał pismo zamawiającego z dnia 9 grudnia 2013 r.

W odpowiedzi na pismo zamawiającego, pełnomocnik odwołującego wystosował pismo, w którym wypowiedział się w zakresie braku konieczności wskazywania w zaświadczeniach z KRK podstawy prawnej ich wydania, z uwagi na kompleksowy charakter takiego zaświadczenia, wskazując, iż obejmuje ono w swym zakresie dane o podmiotach, które dopuściły się przestępstw lub przestępstw skarbowych, a zatem również czynów zabronionych, o których mowa w przepisach, na które powołuje się zamawiający.

Pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, z uwagi na nie przedłożenie zaświadczeń z KRK dotyczących Partnera konsorcjum - DELPHINUS SPORT PROMOTION oraz Lidera konsorcjum MEGATEAM PROMOTION Sp. z o.o., opatrzonych podstawą prawną w odniesieniu do której dokument został wystawiony, tj. art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Odwołujący jako dowód powołał pismo zamawiającego z dnia 16 grudnia 2013 r.

Odnosząc się do zarzutów zamawiającego, odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie brak jest podstaw do uznania, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem przedkładając zaświadczenie z KRK, dotyczące Partnera oraz Lidera konsorcjum skutecznie wykazał, iż wobec tychże podmiotów sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Bez znaczenia pozostaje fakt, iż na zaświadczeniu z KRK widnieje zwrot „postępowanie przetargowe”, albowiem zgodnie z ustawą o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U.2012.654 - j.t), dane objęte zaświadczeniem dotyczą m.in. danych o podmiotach zbiorowych, wobec których prawomocnie orzeczono karę pieniężną, przepadek, zakaz lub podanie wyroku do publicznej wiadomości, na podstawie ustawy 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.), a przywołana przez zamawiającego podstawa prawna tj. art.

24 ust. 1 pkt 9 ustawy dotyczy okoliczności, która bez wątpienia mieści się w przedmiotowym zakresie wspomnianego zaświadczenia,

Odwołujący stwierdził, iż brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych jak i logicznych, aby kwestionować ważność przedłożonych przez odwołującego zaświadczeń.

W dniu 20 grudnia 2013r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 3 stycznia 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu i wykona czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym w trybie art. 186 ust. 2 ustawy i o zniesienie wzajemnie kosztów postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 6 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że ponownie przeanalizował sposób rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Konstatacji, zdaniem zamawiającego, wymaga fakt, że inni oferenci powyższe warunki spełnili na dzień otwarcia ofert i przedstawili zaświadczenie wydane z KRK z treści których to zaświadczeń wynika, że został spełniony warunek niekaralności o którym mowa w treści ustawy - to jest art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp.

Na skutek uzyskanych opinii, konsultacji i pozyskanej wiedzy zamawiający stwierdził, że należy uznać odwołanie wniesione przez odwołującego z uwagi na fakt, że nikt z pozostałych uczestników postępowania przetargowego nie przyłączył się do zamawiającego a w interesie publicznym należy ocenić ofertę wykonawcy jako ofertę, która zawiera najniższą cenę usługi - z pośród wszystkich ofert złożonych w toku postępowania.

Tym samym zamawiający uznając odwołanie w konsekwencji dokona:

1. Unieważnienia czynność wyboru oferty wykonawcy - współników spółki cywilnej „WODNIAK” z siedzibą w Słoku, 97-400 Bełchatów;
2. Dokona ponownej oceny oferty odwołującego;
3. Dokona rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.

Istota sporu, zawisłego przez KIO według zamawiającego, sprowadza się de facto do zagadnienia prawnego, czy potencjalni wykonawcy w procedurze zamówienia publicznego winni legitymizować się zaświadczeniem wydanym z Krajowego Rejestru Sądowego przez wskazanie enumeratywnie artykułów z ustawy prawo zamówień publicznych jeśli wymaga tego SIWZ zamawiającego (np. art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy pzp) czy wystarczy informacja z Krajowego Rejestru Karnego wskazująca, że podmiot nie figuruje w rejestrze w związku z

ubieganiem o zamówienie w procedurze przetargowej - w przetargu organizowanym w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. W celu rozstrzygnięcia spornej między stronami kwestii, kluczowe, w ocenie zamawiającego, znaczenie mają przepisy ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Z 2008 r., Nr 50, poz. 292) oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, w tym przede wszystkim Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 roku w sprawie udzielania informacji o osobach i podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 198, poz. 1930 ze zm.). Zgodnie z art. 19 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, informacji o osobie na podstawie danych zgromadzonych w rejestrze udziela się na wniosek osoby. Elementami obligatoryjnymi wniosku są: nazwisko, w tym przybrane, imiona, nazwisko rodowe, data i miejsce urodzenia, imiona rodziców, nazwisko rodowe matki, miejsce zamieszkania, obywatelstwo, nr PESEL, podpis wykonawcy. Wniosek podmiotu zbiorowego powinien zawierać oznaczenie tego podmiotu i jego adres. Zgodnie z dyspozycją § 7 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie udzielania informacji o osobach i podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym, udzielenie odpowiedzi na zapytanie lub wniosek dotyczące odpowiednio osoby lub podmiotu zbiorowego polega na sporządzeniu informacji o osobie lub podmiocie zbiorowym z Rejestru lub Kartoteki Podmiotów Zbiorowych Rejestru, zgodnie z zakresem danych objętych zapytaniem lub wnioskiem. Jeżeli dane osobowe osoby lub dane o podmiocie zbiorowym są zgromadzone w Rejestrze, to zgodnie z dyspozycją § 11 ust. 1 (osoby) i ust. 3 (podmiot zbiorowy) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie udzielania informacji o osobach i podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym, informacji udziela się na formularzu wymienionym w § 10 pkt 2 Rozporządzenia (osoby), a w przypadku podmiotu zbiorowego - na formularzu określonym w § 10 pkt 4 Rozporządzenia. Do informacji tej załącza się nadesłane zapytanie lub wniosek. Wydana wówczas informacja zawiera m.in. omówienie orzeczonych kar, sygnaturę akt sprawy, datę wydania i uprawomocnienia się orzeczenia, kwalifikację prawną czynu zabronionego, wskazanie czy zawieszono wykonanie kary. Jeżeli zaś dane osobowe osoby lub dane o podmiocie zbiorowym nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi pytającemu lub wnioskodawcy z adnotacją "NIE FIGURUJE". Z powyższego wynika, zatem, że jeżeli dane osobowe osoby lub podmiotu zbiorowego, których dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze w jakimkolwiek zakresie i informacja została wydana z adnotacją na zapytaniu "Nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego", osoba taka lub podmiot zbiorowy w ogóle nie figuruje w Rejestrze z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo. Dlatego też, stwierdzić należy, że tak sporządzona informacja potwierdza brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w związku z

art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, pomimo, że nie zawiera enumeratywnie podstawy prawnej, która wymaga zamawiający w treści siwz. Zamawiający zważył, że inni potencjalni Wykonawcy wskazywali podstawę prawną we wniosku i uzyskiwali stosowne zaświadczenie wydawane przez KRS w oparciu o przepisy ustawy, w tym oczywiście w świetle art.24 ust. 1 pkt 9. Zauważyć należy, że znane są przypadki występowania o zaświadczenie KRK tylko w zakresie danego rodzaju przestępstw - np. przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. W tej sytuacji wykonawca legitymizował się oświadczeniem, że nie popełnił żadnego przestępstwa, w tym względem przestępstw które mogą popełnić podmioty zbiorowe i mimo braku wskazania podstawy prawnej - a jedynie wskazanie ogólnie - w celu przedstawienia w procedurze przetargowej - nie podstawa prawna zapytania - ale treść oświadczenia winna być brana pod uwagę przez zamawiającego i ta nieścisłość winna być w trybie oceny oferty interpretowana na korzyść oferenta.

Zamawiający podzielił pogląd, że Lider Konsorcjum MEGAETAM PROMOTION Sp. z o.o. złożyło zaświadczenie o niekaralności z adnotacją "Nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego". W świetle brzmienia przytoczonych przepisów, tego rodzaju adnotacja wskazuje na brak jakichkolwiek wystąpień podmiotu, którego zapytanie dotyczyło w Krajowym Rejestrze Karnym, w związku z jakimikolwiek przestępstwami. Wynika to poniekąd także z treści samej pieczęci, która nawiązuje do braku wystąpienia podmiotu w Rejestrze ("nie figurowania"), nie zaś braku takich wystąpień w odniesieniu do zakresu zapytania. W kwestii znaczenia pieczęci o treści "Nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego" na zapytaniu o udzielenie informacji w kontekście niewskazania w zapytaniu przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy w związku z uzyskaniem informacji jeszcze zanim przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy zaczął obowiązywać, Krajowa Izba Odwoławcza zaprezentowała analogiczne stanowisko w wyroku z dnia 5 maja 2010 r. w spr. 642/10.

Mając na uwadze powyżej wskazane zarzuty odwołującego, zamawiający uwzględnił zarzuty mimo, że w ocenie zamawiającego uzasadnienie przedstawione przez odwołującego budzi wątpliwości.

Tym samym zamawiający uznając odwołanie ponownie oświadczył, że wykona żądania odwołania.

Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez pełnomocnika zamawiającego, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2014r. udzielonego przez Prezesa zarządu zamawiającego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zamawiającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odpowiedzi.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że brak jest podstaw określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego, gdyż zgodnie ze wskazaną podstawą prawną wszelkie koszty pomiędzy stronami znoszą się wzajemnie.

**Przewodniczący .....**