

Sygn. akt: KIO/UZP 257/09

**WYROK**

**z dnia 13 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio

**Członkowie:** Ewa Jankowska  
Izabela Kuciak

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: BMT Cordah Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Sp. z o.o., Biuro Usług Informatycznych i Geodezyjnych "GeoDeZy" S.C. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum 80-328 Gdańsk, ul. Kościarska 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5** protestu z dnia 17 lutego 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz ponowną ocenę wniosku odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: BMT Cordah Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Sp. z o.o., Biuro Usług Informatycznych i Geodezyjnych "GeoDeZy" S.C. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum 80-328 Gdańsk, ul. Kościerska 7,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4701 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemset jeden złotych zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5** na rzecz **Konsorcjum: BMT Cordah Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Sp. z o.o., Biuro Usług Informatycznych i Geodezyjnych "GeoDeZy" S.C. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum 80-328 Gdańsk, ul. Kościerska 7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: BMT Cordah Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Sp. z o.o., Biuro Usług Informatycznych i Geodezyjnych "GeoDeZy" S.C. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum 80-328 Gdańsk, ul. Kościerska 7.**

## Uzasadnienie

### POSTĘPOWNIE

**W dniu 07.11.2008 r.** zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa, wszczął w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Budowa, wdrożenie i serwis zintegrowanego systemu informatycznego do obsługi zasobu geodezyjnego i kartograficznego m. st. Warszawy”. Przedmiotowe postępowanie prowadzono w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

**W dniu 20.01.2009 r.** zamawiający wezwał odwołującego się, Konsorcjum: BMT Cordah Sp. z o.o. (Pełnomocnik), Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "OPGK" Sp. z o.o. w Gdańsku oraz Biuro Usług Informatycznych i Geodezyjnych "GeoDeZy" s.c. w Krakowie, zwanego dalej „Konsorcjum”, m.in. do uzupełnienia – zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III ppkt 2.1. ogłoszenia o dialogu, nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ww. warunek dotyczył okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, a osobą, której dotyczyły te okoliczności był p. David Owen H. (pisownia nazwiska stosowana przez zamawiającego w treści przedmiotowego pisma), członek zarządu BMT Cordah Sp. z o.o.

Zamawiający w uzasadnieniu wezwania podniósł, iż załączony do wniosku odpis z Krajowego Rejestru Sądowego wskazuje, iż członkiem zarządu ww. spółki jest p. David Owen H., natomiast z wnioskiem przedstawiona została informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca p. Owena Davida H.

Zamawiający stwierdził, iż w związku z faktem, iż nie wie, który z ww. dokumentów zawiera błąd, wzywa o uzupełnienie dokumentu, który potwierdzi spełnianie warunku, o którym mowa w pkt III ppkt 2.1. ogłoszenia.

**Pismem z dnia 28.01.2009 r.** Konsorcjum wyjaśniło, iż powoływany warunek udziału w postępowaniu spełniony był na dzień, w którym złożony był wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca podniósł, iż niezgodność pomiędzy odpisem KRS a

zaświadczeniem z KRK wynika z innej kolejności dwóch imion (David i Owen) członka zarządu spółki BMT Cordah, p. H. (pisownia prawidłowa), chodzi natomiast o tę samą osobę.

W załączeniu do ww. pisma przedstawiono informację z KRK dla p. H. z kolejnością imion taką jak w Krajowym Rejestrze Sądowym – informację wystawioną i tym samym potwierdzającą stan Kartoteki Karnej na dzień 22.01.2009 r.

**W dniu 13.02.2009 r.** zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wykluczył Konsorcjum z postępowania w związku z brakiem przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu czynności zamawiający podał, iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.01.2009 r. do uzupełnienia odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla członka Zarządu BMT Cordah Sp. z o.o., p. Davida Owena H., przedłożył zaświadczenie z KRK dla tej osoby z dnia 22.01.2009 r., a więc potwierdzające, iż nie figurował w Kartotece Karnej w tym dniu. Tym samym wykluczony wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków (12.12.2008 r.) – czego zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy wymagał.

## PROTEST

**W dniu 17.02.2009 r.** Konsorcjum: BMT Cordah Sp. z o.o. (Pełnomocnik), Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "OPGK" Sp. z o.o. w Gdańsku oraz Biuro Usług Informatycznych i Geodezyjnych "GeoDeZy" s.c. w Krakowie wniosło protest na ww. czynność zamawiającego, domagając się uchylecia decyzji oraz powtórzenia czynności przetargowych w postaci kwalifikacji Konsorcjum.

Protestujący zarzucił zamawiającemu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wykluczenia, sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego zebranego w sprawie oraz rażące naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zastosowanie normy prawnej, która nie powinna być zastosowana, jak również rażące naruszenie art. 7 ustawy.

W uzasadnieniu protestu Konsorcjum podniosło, iż decyzja zamawiającego rażąco łamie zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w

art. 7 ustawy, a postępowanie prowadzące do takiego rozstrzygnięcia nie jest ani bezstronne ani obiektywne.

Według protestującego w dacie wymagalności zostały złożone prawdziwe formalnie i materialnie dokumenty udowadniające, że członek zarządu spółki BMT Cordah, Pan David Owen Harrop był osobą nie figurującą w KRK. Zamawiający na podstawie analizy dokumentów zwrócił uwagę i wezwał Konsorcjum do usunięcia braków w złożonej dokumentacji jedynie na tej podstawie, że imiona Pana H. w KRS napisane zostały w kolejności "David Owen", a w zaświadczeniu z KRK w odwrotnej kolejności "Owen David". Ponieważ był to błąd pozorny, bowiem chodziło o tą samą osobę, to Konsorcjum przedłożyło zaświadczenie z KRK z datą 22 stycznia 2009 r. z identycznymi danymi osobopoznawczymi, jak w pierwotnie złożonym zaświadczeniu z KRK z datą 3 lipca 2008 r. i z kolejnością imion Pana H. identyczną jak podana w KRS, to jest "David Owen", przy czym precyzyjnie w swoim piśmie Konsorcjum opisało na czym polegała pozorność błędu. Intencją złożenia ponownego zaświadczenia z KRK nie było ponowne wykazywanie niekaralności Pana H., a tylko udowodnienie, że już pierwsze zaświadczenie z KRK było właściwe, bo zawierało identyczne dane osobopoznawcze, a tylko w innym szyku podane zostały imiona Pana H.

Z analizy uzasadnienia pisma Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum z przetargu nie wynika aby wyjaśnienie Konsorcjum podlegało jakiegokolwiek analizie, co oznacza, że w przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie była istotna zasada uczciwej konkurencji i równości w traktowaniu wykonawców, a skrajny formalizm nie znajdujący jakiegokolwiek uzasadnienia, ani w ustawie, ani w praktyce postępowania arbitrażowego i sądowego opartego na przepisach Pzp.

Taki skrajny formalizm oznaczać bowiem będzie, że każdy dokument, który podawać będzie dane osoby posiadającej (bo nie zawsze posługującej się) dwa imiona, niezależnie od innych cech podawanych w dokumencie jak: imiona rodziców, data urodzenia i miejsce urodzenia, nazwisko panieńskie matki, obywatelstwo i miejsce zamieszkania, będzie uznany za wadliwy jedynie dlatego, że imiona osoby, dla której zaświadczenie zostało wydane przez organ właściwy do wydania, napisane w odwrotnej kolejności. Czyli jeżeli np. osoba o imionach "Jerzy, Karol Kowalski" otrzyma zaświadczenie z KRK o identycznych danych właściwych dla Jerzego Karola Kowalskiego, ale w zaświadczeniu jego imiona zostaną podane w odwrotnej kolejności "Karol, Jerzy", to zamawiający pomimo wyjaśnienia takiej pozornej wadliwości twierdzić będzie, że są to inne osoby. Do tego bowiem sprowadza się decyzja zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum z przetargu pokazująca filozofię prowadzonego postępowania.

Zdaniem protestującego takie działanie, sprzeczne z istotą postępowania w sprawie zamówienia publicznego wyrażoną w art. 7 Pzp, nie może korzystać z ochrony prawnej.

## ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

**W dniu 25.02.2009 r.** zamawiający protest Konsorcjum oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu odnośnie zarzutów naruszenia art. 24 ust 1 pkt 4 oraz art. 7 ustawy zamawiający podniósł, iż w dniu 12 grudnia 2008 r. Konsorcjum złożyło wniosek, który nie zawierał aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, uzyskaną nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed terminem składania wniosków, dla figurującego w Krajowym Rejestrze Sądowym członka zarządu firmy BMT Cordah Sp. z o.o. Pana Davida Owena H. Wniosek zawierał natomiast informację z KRK dotyczącą Pana Owena Dawida H.

W związku faktem, iż zamawiający nie posiadał wiedzy, który z dokumentów zawiera błąd, wezwał w dniu 20.01.2009 r. protestującego do uzupełnienia wadliwego dokumentu, który potwierdzać będzie spełnianie przez Protestującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III ppkt 2.1. ogłoszenia, nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy.

Protestujący natomiast w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wzywające do uzupełnienia wniosku, uzupełnił w wyznaczonym terminie informację z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana Davida Owena H. wystawioną w dniu 22.01.2009 r., potwierdzającą jedynie fakt, że nie figurował on w Kartotece Karnej KRK w dniu 22.01.2009 r., czyli nie wykazał, że spełniał warunki udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków, tj. 12.12.2008 r.

Reasumując, zdaniem zamawiającego, zarzut podniesiony przez protestującego, co do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4, a także art. 7 ustawy poprzez popełnienie błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wykluczenia oraz sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego zebranego w sprawie, jest oczywiście bezzasadny.

Zamawiający po wszczęciu przedmiotowego postępowania w dniu 07.11.2008 r. był zobowiązany stosować się do postanowień art. 26 ust. 3 znowelizowanej ustawy, obowiązującej od dnia 24.10.2008 r., dopuszczających jedynie uznanie takich uzupełnionych dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie później niż

na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków. Jak wykazano w treści niniejszego rozstrzygnięcia, dokument uzupełniony przez Protestującego tego nie wykazał.

## ODWOŁANIE

**W dniu 02.03.2009 r.** Konsorcjum wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

Odwołujący powtórzył zarzuty i żądania sformułowane w proteście, dodając wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania powtórzono również argumentację zawartą w proteście. Jednakże dodatkowo odwołujący podniósł, iż w jego ocenie, zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu nie rozstrzygnął, czy osoba, co do której Konsorcjum złożyło dwa zaświadczenia z Krajowego Rejestru Sądowego jedno z dnia 3 lipca 2008 r. (złożone przed datą terminu składania wniosków to jest przed 12 grudnia 2008 r.), a drugie mianowicie dnia 22 stycznia 2009 r. (złożone w celu wykazania tożsamości osoby), dotyczące Dawida Owena H., dotyczą tej samej osoby, czy też dwóch różnych osób. Bowiem tylko takie ustalenie, że Konsorcjum przedłożyło zaświadczenia z KRK dotyczące dwóch różnych osób uprawniało Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum z przetargu. Jeżeli zaś dowody złożone przez Konsorcjum dowodzą tożsamości osoby Dawida Owena H. i Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 Pzp okoliczność tą wykazało, to obowiązkiem zamawiającego było uwzględnienie protestu.

Innymi słowy Konsorcjum w toku postępowania winno udowodnić tożsamość osoby Dawida Owena H. w sensie materialnym (ta sama osoba), co przesądza o prawidłowości złożenia datowanego na dzień 3 lipca 2008 r. zaświadczenia z KRK i to uczyniło w następstwie powtórnie złożonego zaświadczenia datowanego na 22 stycznia 2009 r. Jeżeli po stronie Zamawiającego po złożeniu powtórnego zaświadczenia byłyby jeszcze jakieś wątpliwości, to winny być one usuwane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z 24 kwietnia 2007 r sygn. akt UZP/ZOIO-460107, (opublikowane Lex Polonica nr 1998677), art. 24 ust. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do wezwania w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczeń i dokumentów dotyczących potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Postępowanie takie jest obligatoryjne w sytuacji, gdy złożone dokumenty budzą uzasadnione wątpliwości. Podobnie orzekła wyrokiem z dnia 17 stycznia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO/UZP/58/07), która w pkt 2 stwierdziła, że w przypadku, gdy mimo uzupełnienia

dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie ma pewności co do ich właściwego udokumentowania przez Wykonawcę, Zamawiający może jeszcze - korzystając z art. 26 ust. 4 ustawy - zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w celu jednoznacznego rozstrzygnięcia problemu.

Jak wynika z przebiegu postępowania przetargowego i rozpoznania protestu Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości i wykluczając potwierdził (co prawda nie wprost bo od tego się uchylił), że osoba Pana Dawida Owena H., która widnieje na dwóch zaświadczeniach z KRK jest w istocie w przekonaniu Zamawiającego dwoma różnymi osobami. Taka decyzja jest uprawniona pod warunkiem zachowania procedury przetargowej, w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust 1 ustawy oraz przeprowadzenia logicznego wyводу, który taką a nie inną decyzję Zamawiającego uzasadnia. Skoro Zamawiający całkowicie uchylił się od uzasadnienia swojej decyzji, to tym samym naruszył rażąco art. 7 ustawy i jego decyzja o wykluczeniu Konsorcjum z przetargu winna być uchylona, a postępowanie przetargowe powtórzone.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, odwołujący przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył zaświadczenie, iż p. Owen David H., syn Roya oraz Jennifer *de domo* C., urodzony w dniu 17.09.1956 r. w Hitchin, obywatel UK, zamieszkały pod adresem [REDAKTOWANE], Wielka Brytania na dzień 03.07.2008 r. nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Sądowego.

W świetle całości okoliczności sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie zachodzą żadne wątpliwości, że p. David Owen H. wymieniony w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego jako członek zarządu BMT Cordah Sp. z o.o. jest osobą, dla której wystawiono w dniu 03.07.2008 r. zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego. Przesądżają o powyższym te same dane zawarte w zaświadczeniach z KRK wystawionych w dniach 03.07.2008 r oraz



22.01.2009 r., zasługujące na wiarę deklaracje odwołującego zawarte w proteście i odwołaniu, a także kontekst i okoliczności sprawy – wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składał zaświadczenie z KRK dotyczące własnego członka zarządu.

Tym samym, w dacie składania wniosku odwołujący przedkładając adekwatne zaświadczenie z KRK z dn. 03.07.2008 r. potwierdził, iż p. David Owen H. nie figurował w Kartotece Karnej KRK w tym terminie.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż zamawiający nie wykazał, z czego miałyby wynikać uzależnienie identyfikacji osoby od kolejności imion, którymi się posługuje, tj. nie wykazał istnienia domniemanego obowiązku podawania imion osoby posiadającej dwa imiona w określonej kolejności.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp – zamawiający wykluczył wykonawcę, który właściwie potwierdził, iż członek zarządu spółki z o.o. wchodzącej w skład konsorcjum nie był karany za przestępstwa wskazane w tym przepisie, a więc wykluczył wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie. Tym samym uznać również należy, iż zamawiający niewłaściwie interpretując i stosując przepisy ustawy dopuścił się naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Nie uwzględniono kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, z powodu braku przedłożenia właściwego rachunku do akt sprawy, uwzględniono natomiast koszty przedłożonych biletów kolejowych - zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....