

Sygn. akt: KIO 619/10

POSTANOWIENIE
z dnia 29 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w dniu 29 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 12 kwietnia 2010 r. wniesionego przez **Asclepios S.A., ul. Rymera 12, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jeczewskiego 8, 20-954 Lublin**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Asclepios S.A., ul. Rymera 12, 41-800 Zabrze** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony przez Odwołującego wpis.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do postanowienia z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 619/10

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołań mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leków cytostatyków i innych leków - 24 pozycji asortymentowych, znak sprawy: EDZ.242-9/10 – ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 29.01.2010 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich za nr 2010/S 20-028104 i w tym samym dniu upublicznione na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 12.04.2010 r. (pismem z dnia 08.04.2010 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 180 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, Wykonawca: Asclepios S.A., ul. Rymera 12, 41-800 Zabrze zwany dalej: „Asclepios S.A.” albo „Odwołującym”, wniósł odwołanie pocztą kurierska od wykluczenia z udziału w postępowaniu (informacja o wykluczeniu przesłana faxem w dniu 01.04.2010 r.). Odwołanie zostało wniesione ostatniego 10 dnia z uwagi na okoliczność, że 10 dzień uległ przesunięciu wobec przypadania w niedzielę (11.04.2010 r.). W aktualnym stanie prawnym dzień nadania na pocztę, a tym bardziej kurierem (w poprzednim stanie prawnym nadanie kurierem także nie stanowiło nadania na pocztę) nie jest dniem wniesienia odwołania, wiążąca jest data wpływu do Prezesa KIO.

Odwołujący wskazał, że wskutek czynności Zamawiającego w postaci jego bezprawnego wykluczenia z przedmiotowego postępowania interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego Pzp. Odwołujący bowiem w zakresie pakietu nr 7 złożył najkorzystniejszą pod względem cenowym ofertę. Gdyby więc

Zamawiający bezpodstawnie nie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. nr 226, poz. 1817) i w zw. z tym wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z niniejszego postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Odwołanie podpisane zostało przez Prokurenta samoistnego – uprawnionych do reprezentacji według załączonego aktualnego odpisu z KRS.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł w szczególności następujące okoliczności: Wskazał, że w dniu 29.03.2010 r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przetargowych w postaci złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24. ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Zdaniem Zamawiającego informacja z KRK, jaką Odwołujący złożył wraz ze swoją ofertą (informacja dotycząca Prezesa Zarządu Tomasza Józwika oraz Członka Zarządu Wiesława Boćka), nie uwzględnia nowelizacji Pzp dotyczącej zmiany art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i nie obejmuje przestępstw przeciwko środowisku. Zamawiający wyraził pogląd: „(..) *Dokument* (przyp. informacja z KRK) *powinien być wydany po dniu 22.12.2009 r. a nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert tj. na dzień 22 marca 2010. (...)*”. Na powyższe pismo Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 31.03.2010 r., w którym zwrócił uwagę na brak podstaw prawnych i faktycznych żądania Zamawiającego w przedmiocie braku aktualnej informacji z KRK dotyczącej członków zarządu Odwołującego. Ponadto Odwołujący odniósł się do twierdzenia Zamawiającego, jakoby załączona do oferty informacja z KRK nie obejmowała przestępstw przeciwko środowisku, wskazując na treść § 11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym. Zgodnie z powołanym w zdaniu poprzednim przepisem, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w Krajowym Rejestrze Karnym, zapytanie lub wnioski zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”, co jest równoznaczne z brakiem wpisu do tego rejestru faktu skazania danej osoby także za przestępstwa przeciwko środowisku. Załączone do oferty informacje z KRK dotyczące członków zarządu Odwołującego taką

właśnie adnotacje "NIE FIGURUJE" zawierają. W odpowiedzi Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania, o której powiadomił Odwołującego pismem przesłanym Odwołującemu faksem w dniu 1.04.2010 r. (24 ust. 2 pkt 3 Pzp). Podniósł, że niezgodnie ze stanem faktycznym podano podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania, tj. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, który nakazuje dokonać wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Tymczasem, jak wskazał, nie złożył żadnych nieprawdziwych informacji, zwłaszcza w zakresie stanu faktycznego ujętego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jednocześnie właściwe w niniejszej sprawie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wyraźnie wskazuje w § 2 ust. 1 pkt 5, że Zamawiający może żądać: *„aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”*. Podobnie Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: „SIWZ” w punkcie III. D ppkt e) żąda, aby przestawić informację z KRK wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Mając na uwadze powyższe stwierdził, iż Zamawiający naruszył zapisy zarówno Pzp, jak i powołanego wyżej rozporządzenia oraz SIWZ skracając okres czasowy ważności informacji z KRK jaka może stanowić załącznik do oferty.

W świetle powyższego stwierdził, iż informacje z Krajowego Rejestru Karnego przedłożone przez Odwołującego wraz z jego ofertą spełniały więc wszystkie wymogi formalne określone zarówno zapisami powołanego wyżej rozporządzenia, jak i SIWZ. Dokumenty te potwierdzają także, iż osoby jak i podmioty, których dotyczą, nie figurują w Kartotece Krajowego Rejestru Karnego. Przy czym oświadczenie to nie dotyczy określonego, zamkniętego katalogu czynów zabronionych ale wszystkich czynów. Z dokumentów tych wynika więc w sposób bezsporny, iż osoby i podmioty których dotyczą nie były karane za żadne z przestępstw o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 w tym przestępstw przeciwko środowisku. Także fakt iż zostały one wydane przed nowelizacją ustawy mająca miejsce w grudniu 2009 r., nie ma w niniejszym stanie faktycznym żadnego znaczenia.

W dniu 9.04.2010 r. Odwołujący przesłał faksem Zamawiającemu kopię odwołania, na potwierdzenie tej okoliczności załączył do odwołania potwierdzenie otrzymania tej kopii

przez Zamawiającego, w postaci faksu potwierdzającego otrzymanie 4 stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na którym widnieje faksymile podpisu pani Ewy Lizinkiewicz st. specjalisty ds. zam. publ., tej samej osoby, która podpisała informacje o wykluczeniu.

Pismem z 23.04.2010 r., doręczonym do Krajowej Izby Odwoławczej faxem 23.04.2010 r. (potwierdzonym pisemnie 29.04.2010 r.), Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Odpowiedź na odwołanie podpisał dr Wiesław Przyszlak – Z-ca ds. Lecznictwa Dyrektora SP Szpitala Klinicznego Nr 4 w Lublinie, upoważniony do reprezentacji zgodnie z pełnomocnictwem załączonym do kopii dokumentacji przetargowej przesłanej przez Zamawiającego w dniu 28.04.2010 r., a podpisanym przez Dyrektora SP Szpitala Klinicznego Nr 4 w Lublinie Dr n. med. Mariana Przylepy ujawnionego w KRS i uprawnionego do reprezentowania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym trzydniowym terminie, tj. do 15.04.2010 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania faxem w dniu 12.04.2010 r. (informacja – pismo z dnia 27.04.2010 r.). Powyższe wynika także z kopii dokumentacji przetargowej przesłanej przez Zamawiającego w dniu 28.04.2010 r.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości, wykona i powtórzy czynności zakwestionowane w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz uczynił zadość jego żądaniu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz uczynił zadość w całości żądaniu Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....