

Sygn. akt: KIO 211/13

## POSTANOWIENIE

z dnia 11 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **11 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 stycznia 2013 r.** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Przewozu Towarów PKS Gdańsk-Oliwa S.A. ul. Kołobrzeska 28, 80-394 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Pocztę Polską S.A. ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa jednostka prowadząca postępowanie w imieniu Poczty Polskiej S.A.: Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie ul. Ratuszowa 7/9, 03-450 Warszawa**,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwa Przewozu Towarów PKS Gdańsk-Oliwa S.A. ul. Kołobrzeska 28, 80-394 Gdańsk**, kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, prowadzonym przy zastosowaniu przepisów dotyczących przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług transportowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy lub/i osób”, o wartości przekraczającej kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z 23.11.2012 r. Nr 2011/S 226-372176, w dniu 31 stycznia 2013 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Przewozu Towarów PKS Gdańsk-Oliwa S.A. z siedzibą w Gdańsku, w kopii przekazane zamawiającemu za pośrednictwem faksu w dniu 30 stycznia 2013 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 22 stycznia 2013 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty na część VI postępowania o zawarcie umowy ramowej.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Poczcie Polskiej S.A. w Warszawie jednostka prowadząca postępowanie w imieniu Poczty Polskiej S.A.: Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy polegające na uznaniu, że odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył wymaganych informacji z Krajowego Rejestru Karnego i tym samym podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, mimo tego iż odwołujący przedstawił informację z Krajowego Rejestru Karnego dla urzędujących członków zarządu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy i § 9 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym z dnia 2 maja 2012 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 518), polegające na uznaniu, że przedłożona przez odwołującego informacja z Krajowego Rejestru Karnego nie obejmuje zakresu wskazanego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, w sytuacji gdy

przedstawione przez odwołującego informacje z KRK obejmowały pełną informację o karalności i stwierdzały, że osoby reprezentujące odwołującego w ogóle nie figurują w Kartotece Karnej, a więc nie były prawomocnie skazane również i za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp;

- 3) art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy polegające na uznaniu, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę wykluczonego od udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy nie zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz unieważnienia dokonanego wyboru ofert w części VI przedmiotu zamówienia i powtórzenie czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert w części VI przedmiotu zamówienia,
2. w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy z wybranymi oferentami na część VI przedmiotu zamówienia i wystąpienia przesłanek z art. 146 ust. 1 ustawy - unieważnienie zawartych umów, a w przypadku ich zawarcia w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy,
3. ponadto, o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w szczególności wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł, opłat skarbowych oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonując na skutek błędnej oceny tych informacji, uznał, że nie zawierają one danych w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, i że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu (Sekcja III, pkt 111.2.1) 3.7), a także specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) (pkt 7.12), w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących braku podstaw do wykluczenia, oferenci byli zobowiązani do złożenia 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 ofert.

Pismem z dnia 27.12.2012 r. odwołujący złożył zamawiającemu ofertę na część VI przedmiotu umowy ramowej, składając ją na formularzu oferty załączonym do SIWZ. Jako załącznik do oferty zostały złożone informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla osób uprawnionych do reprezentacji odwołującego, wystawione przez Krajowy Rejestr Karny w dniu 28.09.2012 r. Informacje zostały zamieszczone na urzędowych formularzach zapytań do KRK, na których wskazano imiona i nazwiska oraz pozostałe dane osobowe osób uprawnionych do reprezentacji odwołującego, a także dane, które mają być przedmiotem informacji z KRK. W przypadku każdej osoby Krajowy Rejestr Karny - udzielając odpowiedzi na zapytanie - zamieścił urzędową pieczęć „Nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego”.

Pismem z dnia 7.01.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia „aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, urzędujących członków Zarządu, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, wymaganej postanowieniami pkt 7.12 SIWZ”. W odpowiedzi, pismem z dnia 9.01.2013 r. odwołujący wyjaśnił, że złożona przez niego informacja z Krajowego Rejestru Karnego jest prawidłowa i wystawiona w wymaganych przez zamawiającego ramach czasowych. Odwołujący wskazał w szczególności, iż zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym z dnia 2 maja 2012 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 518) zamieszczenie przez Krajowy Rejestr Karny pieczęci „Nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego” jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że osoba, której informacja dotyczy, w ogóle nie figuruje w rejestrze osób karanych, a zatem nie była prawomocnie skazana również za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 22.01.2013 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu na zawarcie umów ramowych na świadczenie usług transportu drogowego rzeczy i/lub osób (nr 76/N/2012). W ramach części VI przedmiotu zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców, z których trzy zostały przez zamawiającego rozpatrzone i wybrane, zaś oferta odwołującego - odrzucona. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego wskazano, iż nie przedłożył on aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla urzędujących członków zarządu, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Ustawy. Odrzucenie przez zamawiającego złożonej oferty uznał odwołujący za niezgodne z przepisami ustawy. Oferta odwołującego spełnia

wymagania określone ustawą Prawo zamówień publicznych, a także wszystkie warunki udziału w postępowaniu zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ. Jedynym powodem odrzucenia oferty przez zamawiającego są informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla urzędujących członków zarządu, które zdaniem zamawiającego nie obejmują „zakresu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp”. Powyższa ocena jest błędna i narusza wskazane na wstępie odwołania przepisy art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Ustawy i § 9 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym z dnia 2 maja 2012 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 518). Zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 1 powołanego rozporządzenia jeśli dane osoby, której dotyczy zapytanie nie są zgromadzone w Krajowym Rejestrze Karnym, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi występującemu z zapytaniem z adnotacją „Nie figuruje”. Z przepisu tego wynika, że zamieszczenie na formularzu adnotacji „Nie figuruje” jest równoznaczne z potwierdzeniem, iż dana osoba nie była w ogóle karana, a więc nie była skazana również za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Ustawy.

Dnia 31 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przesyłając im kopię odwołania. W ustawowym terminie 3 dni, określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Dnia 8 lutego 2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w złożonym odwołaniu.

Uznając wyjaśnienia odwołującego za wiarygodne i logiczne, a także posiłkując się wyrokiem KIO sygn. akt KIO 642/10 z dnia 5 maja 2010 r. zamawiający stwierdził ponownie, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w złożonym odwołaniu.

Odpowiedź na odwołanie podpisała osoba pełniąca funkcję Dyrektora Regionu Infrastruktury, tj. jednostki prowadzącej postępowanie w imieniu Poczty Polskiej S.A.: Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie ul. Ratuszowa 7/9, 03-450 Warszawa.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez

odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. Nr 41, poz. 238).

Na podstawie przepisów § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom (...) postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....