

Sygn. akt: KIO 472/23

POSTANOWIENIE
z dnia 06 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniach 03 marca i 06 marca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 r. przez Odwołującego **UAB Parkdema (ul. Jogailos 4, LT-01116 Wilno (Litwa))** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miasto Grudziądz** w imieniu i na rzecz której działa **Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu (ul. Ludwika Waryńskiego 34A, 86-300 Grudziądz)**

przy udziale Wykonawcy **Indigo Polska S.A. (ul. Jana z Kolna 11, 80-864 Gdańsk)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1) odrzuca odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **UAB Parkdema (ul. Jogailos 4, LT-01116 Wilno (Litwa))** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **UAB Parkdema (ul. Jogailos 4, LT-01116 Wilno (Litwa))** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Gminę Miasto Grudziądz** w imieniu i na rzecz której działa **Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu (ul. Ludwika Waryńskiego 34A, 86-300 Grudziądz)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **UAB Parkdema (ul. Jogailos 4, LT-01116 Wilno (Litwa))** na rzecz Zamawiającego **Gminę Miasto Grudziądz** w imieniu i na rzecz której działa **Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu (ul. Ludwika Waryńskiego 34A, 86-300**

Grudziądz) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Miasto Grudziądz przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było: „prowadzenie obsługi płatnych niestrzeżonych parkingów dla pojazdów samochodowych na terenie miasta Grudziądza w ustalonej przez Radę Miejską w Grudziądzu Strefie Płatnego Parkowania z podziałem na strefę A i strefę B oraz na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dotyczących przebudowy parkingu przy ul. Sienkiewicza w Grudziądzu.”

Informacja o zawarciu umowy została opublikowana jako informacja o zawarciu umowy o zamówienie publiczne w Dz. U. UE z 14 lutego 2023 r. pod nr 2023/S 032-092393. Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

Odwołujący UAB Parkdema wniósł odwołanie wobec zawarcia umowy koncesji z dnia 9 lutego 2023 r. bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zaniechaniu przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Odwołujący oświadczył, że zaskarża czynności Zamawiającego podjęte w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na zawarciu umowy koncesji w dniu 9 lutego 2023 r. ze spółką Indigo Polska S.A. bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zaniechania przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji na podstawie Ustawy koncesyjnej, pomimo obowiązku opublikowania takiego ogłoszenia i przeprowadzenia postępowania ze względu na koncesyjny charakter zamówienia, co wiąże się z wystąpieniem przesłanki do obowiązkowego unieważnienia zawartej Umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 1 w zw. z art. 17 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 12 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 6) w zw. z art. 3 ust. 1, 2 pkt. 2 oraz 3 i 4 Ustawy koncesyjnej w zw. zw, z art. 1 ust. 1 i 2 w z art. 31 ust. 1 w zw. z art. 33 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 pkt 1 lit. b) Dyrektywy 2014/23/UE poprzez zawarcie umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz bez przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji na podstawie Ustawy koncesyjnej, podczas gdy biorąc pod uwagę koncesyjny charakter Umowy jej zawarcie powinno zostać poprzedzone publikacją ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz przeprowadzeniem postępowania o zawarcie umowy koncesji, ponieważ naruszając ten obowiązek

Zamawiający doprowadził do wystąpienia przesłanki stanowiącej obligatoryjną podstawę do unieważnienia Umowy.

- art. 12 ust. 1 i 2 w zw. z art. 3 w zw. z art. 2 pkt 6) Ustawy koncesyjnej w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 pkt 1 Dyrektywy 2014/23/UE poprzez udzielenie koncesji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania koncesjonariuszy ze względu na zawarcie Umowy w ramach Postępowania, które nie odpowiadało zasadom udzielania koncesji, podczas gdy zawarcie Umowy powinno poprzedzać przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania na gruncie Ustawy koncesyjnej, uwzględniającej szczególną specyfikę udzielania koncesji w zakresie przedmiotu koncesji, sposobu wynagradzania koncesjonariusza oraz rozłożenia ryzyk ekonomicznych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie Umowy zawartej w dniu 9 lutego 2023 r. ze spółką Indigo Polska S.A., dotyczącej zorganizowania i prowadzenia obsługi płatnych niestrzeżonych parkingów dla pojazdów samochodowych na terenie miasta Grudziądz w ustalonej przez Radę Miejską w Grudziądzu Strefie Płatnego Parkowania z podziałem na strefę A i strefę B oraz na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dotyczących przebudowy parkingu przy ul. Sienkiewicza w Grudziądzu, w zw. z art. 49 ust. 1 pkt 1 Ustawy koncesyjnej; a w przypadku niestwierdzenia przesłanek stanowiących podstawę do unieważnienia Umowy, stwierdzenie zawarcia Umowy z naruszeniem przepisów Ustawy koncesyjnej, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że w związku z faktem, że przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na zawarciu ze Spółką Umowy, która ma charakter umowy koncesji, zgodnie z art. 55 pkt 6 Ustawy koncesyjnej odwołanie powinno zostać wniesione w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy koncesji w przypadku gdy Zamawiający nie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o koncesji oraz nie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji albo gdy opublikowane ogłoszenie o zawarciu umowy koncesji nie zawierało uzasadnienia.

Jak wskazał Odwołujący, umowa została zawarta 9 lutego 2023 r. i tego samego dnia poinformowano o tej czynności w mediach społecznościowych. Jednocześnie 14 lutego 2023 r. Zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji, ale opublikował w Dzienniku Urzędowym UE nr 2023/S 032092393 ogłoszenie o zawarciu umowy o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami Ustawy koncesyjnej terminie.

Zgodnie z artykułem 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Istotą zarzutów podniesionych w odwołaniu jest zawarcie przez Zamawiającego umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, bez przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji na podstawie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 140) oraz udzielenie koncesji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania koncesjonariuszy ze względu na zawarcie umowy w ramach postępowania, które nie odpowiadało zasadom udzielania koncesji.

Zdaniem Odwołującego postępowanie powinno być przeprowadzone w formule postępowania o udzielenie koncesji zgodnie z Ustawą koncesyjną, a nie w formule klasycznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oznacza to, że zarzuty odwołania sprowadzają się do zakwestionowania przyjętego przez Zamawiającego trybu prowadzenia postępowania, którego wynikiem było zawarcie przez Zamawiającego umowy.

Zakwestionowanie przyjętego przez Zamawiającego reżimu prowadzenia postępowania (prowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a nie postępowania prowadzonego zgodnie z ustawą o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi), może nastąpić wyłącznie w drodze zaskarżenia ogłoszenia o danym zamówieniu, w którym wskazany jest tryb, w jakim prowadzone ma być postępowanie.

Próba podważenia trybu, w jakim Zamawiający prowadził postępowanie, wymagała zatem złożenia odwołania już na samym początku procedury wszczętej przez Zamawiającego, a więc złożenia odwołania dotyczącego treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentacji przetargowej, z podniesieniem zarzutów wadliwej podstawy prawnej i trybu prowadzonego postępowania. Jednakże odwołania takiego Odwołujący nie wniósł, a wszelkie skutki związane z tym zaniechaniem obciążają wyłącznie Odwołującego.

Nie był kwestionowany przez strony fakt, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 września 2022 roku. Od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu rozpoczął bieg termin do wniesienia odwołania co do zastosowanego przez Zamawiającego trybu prowadzenia postępowania, a więc wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W terminie 10 dni od daty 16 września 2022 roku

Odwołujący nie wniósł odwołania, nie zakwestionował trybu postępowania, jak również kwalifikacji umowy. Odwołanie wniesione 20 lutego 2023 roku jest zatem odwołaniem wniesionym po upływie terminu określonego w art. 515 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tego też względu podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący w treści pisma procesowego powołał się na okoliczność, że: „wykonawcy, którzy chcą się ubiegać o udzielenie zamówienia publicznego albo zawarcie umowy koncesji mogą polegać na informacjach publikowanych przez zamawiających. Powyższe jest o tyle kluczowe, że wykonawca, który jest zainteresowany wyłącznie udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego śledzi publikację ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE (TED) dotyczących zamówień publicznych (formularz 2). Z kolei wykonawca, taki jak Odwołujący, zainteresowany postępowaniami o zawarcie umowy koncesji śledzi postępowania, które są publikowane w Dzienniku Urzędowym UE jako ogłoszenia o koncesji (formularz 24)”.

Odwołujący pomija fakt, że każde z powyżej wskazanych ogłoszeń pojawia się w publikatorze publicznym. Ogłoszenia są publicznie dostępne. Zamawiający dopełnił obowiązku związanego z ogłoszeniem o zamówieniu.

O tym, jak łatwo dotrzeć do ogłoszenia przekonał się sam Odwołujący, odnajdując ogłoszenie o zawarciu umowy w niniejszym postępowaniu (na numer i publikację ogłoszenia powołał się w treści odwołania).

Nie jest zatem tak, że wykonawca (nawet taki, który prowadzi działalność w zakresie zawierania umów koncesyjnych) nie miał możliwości dowiedzenia się, czy zapoznania się z treścią ogłoszenia publicznie dostępnego.

Od chwili zatem ogłoszenia o zamówieniu dostępnego w ogólnie dostępnym Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Odwołujący miał możliwość wniesienia odwołania co do kwalifikacji postępowania, trybu, kwalifikacji i charakteru przyszłej umowy.

Istotne znaczenie ma również fakt, że Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania przywołał art. 55 pkt 6 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zgodnie z tym artykułem, odwołanie wnosi się w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy koncesji w przypadku nieopublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji albo gdy opublikowane ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia.

Artykuł ten odnosi się do sytuacji, gdy Zamawiający zaniechał publikacji informacji o zawarciu umowy, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

Odwołujący wcale nie zmierza do wykazania, że informacja o zawarciu umowy nie została opublikowana, ale do tego, że umowa została zawarta w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym bardziej, że umowa została zawarta zgodnie z przepisami ustawy, na podstawie której wszczęto postępowanie.

Natomiast jeżeli Odwołujący uznaje, że była to umowa zawarta w niewłaściwym trybie postępowania, to mogła podlegać zaskarżeniu w chwili zakwalifikowania przez Zamawiającego trybu i przez to charakteru umowy, a więc w chwili wszczęcia tego postępowania.

Jeśli zaś Odwołujący upatruje podstawy wniesienia odwołania w art. 55 pkt 1 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni, jeżeli została przekazana w inny sposób), to nawet w takim przypadku odwołanie uznać należy za wniesione po terminie, gdyż – jak wskazano wyżej – bieg terminu zaskarżenia rozpoczął bieg w chwili wszczęcia postępowania przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 oraz § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....