

POSTANOWIENIE
z dnia 25 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu 25 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2013 r. przez **M..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Kancelaria Radcy Prawnego M..... K....., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** wobec zaniechań podjętych przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **M..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Kancelaria Radcy Prawnego M..... K....., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **M..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Kancelaria Radcy Prawnego M..... K....., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** 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

do postanowienia z dnia 25 kwietnia 2013 r. o sygn. akt KIO 887/13

Izba ustaliła w oparciu o dokumentację przekazaną przez wnoszącego odwołanie, iż w dniu 15 kwietnia 2013 r. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa przekazało wnoszącemu odwołanie kopię zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu ofertowym, którego przedmiotem jest usługa pn.: „Świadczenie pełnej obsługi prawnej w zakresie doradztwa co do skutków prawnych wniesienia udziałów MPO do Spółki Holdingowej - przygotowanie szczegółowego raportu prawno-podatkowego wraz z rekomendacjami dla zarządu spółki, ze szczególnym uwzględnieniem praw pracowniczych do udziałów Spółki na gruncie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji; bieżące doradztwo dla zarządu podczas implementacji ww. transakcji” przekazaną Kancelarii Prawnej S..... & G..... Spółka komandytowa, ul. Klonowa 4, 00-591 Warszawa.

Jak wynika z dokumentacji przekazanej przez wnoszącego odwołanie oraz przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa ww. postępowanie przetargowe nie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – dalej zwana „ustawa Pzp”, lecz przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) – dalej zwana „ustawa Kodeks cywilny”.

Ponadto Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o. wskazało w powyższym zaproszeniu, iż wartość umowy bez podatku oszacowana została na kwotę 200.000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy złotych).

Wnoszący odwołanie – M..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego M..... K....., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa przedmiotem zaskarżenia uczynił zaniechania i czynności Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o. Wskazał w treści odwołania, iż wnosi odwołanie wobec wszczęcia postępowania w trybie nieznanym ustawie Pzp, zaniechania zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z przepisami Pzp (zarówno w przewidzianym publikatorze, jak również odpowiedniej treści) oraz wobec zaniechania sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub innego podobnego dokumentu, którego treść czyniłaby zadość wymogom ustawodawcy.

Tak zidentyfikowanym czynnościom oraz zaniechaniom ww. spółki wnoszący odwołanie zarzucił naruszenie art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wszczęcie

postępowania przez podmiot obowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego, a nie w oparciu o przepisy ustawy; art. 8 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezamieszczenie w treści zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu wszystkich elementów SIWZ wymaganych ww. przepisami.

Wnoszący odwołanie wskazał, iż informację o zaskarżonych czynnościach i zaniechaniach powziął w dniu 15.04.2013 r.

Kopia odwołania została przekazana Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o. w dniu 18.04.2013 r. (wpływ bezpośredni).

Odwołanie zostało podpisane przez Ma..... M..... K..... – radcę prawnego (nr WA 8705).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone przez Miejskie Przedsiębiorstw Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o. opiera się na regulacjach ustawy Kodeks cywilny. Powyższa okoliczność nie jest sporna pomiędzy stronami i została przyznana przez wnoszącego odwołanie w treści odwołania.

Przedmiotem tego postępowania jest usługa pn.: „Świadczenie pełnej obsługi prawnej w zakresie doradztwa co do skutków prawnych wniesienia udziałów MPO do Spółki Holdingowej - przygotowanie szczegółowego raportu prawno-podatkowego wraz z rekomendacjami dla zarządu spółki, ze szczególnym uwzględnieniem praw pracowniczych do udziałów Spółki na gruncie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji; bieżące doradztwo dla zarządu podczas implementacji ww. transakcji”.

Wartość szacunkową Miejskie Przedsiębiorstw Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o. ww. usługi ustaliło w wysokości 200.000,00 złotych netto.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu ofertowym oraz pisemnych wyjaśnień Miejskiego

Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie należy wskazać, że Izba z urzędu zobligowana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania.

Na etapie posiedzenia niejawnego bez udziału stron Izba stwierdziła, iż w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ w sprawie nie mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazać bowiem należy, iż w zakresie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej leży rozstrzygnięcie w drodze wyroków sporów między zamawiającymi a wykonawcami w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wszczynanych wskutek wniesienia odwołania. O powyższym stanowi przepis art. 172 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem środki ochrony prawnej, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługują określonym podmiotom gdy spełnione są określone w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp warunki podmiotowe i przedmiotowe, tj. czynności lub zaniechania winny być podjęte przez zamawiającego, w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp, i jednocześnie ich podjęcie winno nastąpić w postępowaniu o udzielenie zamówienia - w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp.

Stąd też ustawodawca w art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp uregulował przesłankę nakazującą odrzucenie odwołania jeżeli w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Wskazać zatem należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza jest organem uprawnionym jedynie do rozstrzygnięcia sporów określonych w przepisach ustawy Pzp, a więc jedynie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również tylko i wyłącznie od czynności, bądź zaniechań podmiotów zamawiających. Jeżeli więc dana procedura zmierzająca do zawarcia umowy nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, Izba nie jest władna do udzielenia ochrony prawnej uczestnikom takiej procedury, jak również podmiotom zainteresowanym udziałem w takiej procedurze (*vide* postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2011 r. sygn. akt KIO 1009/11).

W ocenie Izby bez znaczenia w niniejszej sprawie pozostaje okoliczność, wskazana w treści odwołania, iż Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z o.o. jest podmiotem posiadającym status podmiotu prawa publicznego, w rozumieniu art. 3

ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż aby mogło dojść do rozpoznania środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, poza elementem podmiotowy winny zostać enumeratywnie spełnione inne przesłanki. Sam fakt, iż podmiot ten jest zobligowany do stosowania ustawy Pzp nie jest wystarczającą przesłanką do przyznania wnoszącemu odwołanie ochrony prawnej jaką dają środki ochrony prawnej uregulowane w ustawie Pzp.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż okoliczności wskazane przez wnoszącego odwołanie mogą stanowić podstawę do wszczęcia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli, o której mowa w art. 161 ust. 1 ustawy Pzp lub stanowić podstawę odpowiedzialności na podstawie przepisów o finansach publicznych.

Ustawa Pzp przewiduje również w art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. c (Dział VII Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy) sankcję finansową w postaci kary finansowej nakładanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przypadku udzielenia przez zamawiającego zamówienia bez stosowania ustawy. Za odstąpienie od stosowania ustawy, w rozumieniu powyższego przepisu, uznać w takim wypadku należy całkowite pominięcie jej uregulowań w procesie udzielenia zamówienia.

Dla osób odpowiedzialnych z ramienia jednostek sektora finansów publicznych, o których jest mowa w ustawie o finansach publicznych, dodatkowe sankcje związane z brakiem stosowania przepisów ustawy Pzp przewiduje ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. , poz. 168) w art. 17 ust. 1 – 6. Tym samym brak stosowania ustawy Pzp lub jej poszczególnych przepisów stanowić będzie jednocześnie naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Należy zatem wskazać, iż ustalony przez Izbę stan faktyczny wpisuje się wprost w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Tym samym Izba stwierdziła, iż w przedmiotowej sprawie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy).

Biorąc pod uwagę treść art. 189 ust. 3 ustawy Pzp Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....