

POSTANOWIENIE
z dnia 10 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Anna Packo
Beata Pakulska - Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Kalisz,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- B. wykonawcy **M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne „BŁYSK” M. M. w Łomży** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- C. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- D. wykonawcy **FIRMA USŁUGOWA „KOSZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- E. wykonawcy **Firma Usługowa EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Raszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- F. wykonawcy **Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu** kwoty 6 750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Kalisz [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na *odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza* (znak postępowania: WGOŚ.271.06.0007.2020).

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2020 r. pod numerem 550559292-N-2020.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

W dniu 4 stycznia 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu [dalej: „PWik”] zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w sytuacji gdy:

a) Zamawiający nie wykazał zaistnienia jednej z trzech przesłanek udzielenia zamówienia w tym trybie, tj. przesłanki określonej w lit. b) zgodnie z którą ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a), gdyż w uzasadnieniu nieprawdziwe dane odnoszące się do procentowego udziału tej działalności w działalności spółki,

b) a ponadto z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że procent przychodu z zadań powierzonych PWik przez Zamawiającego nie osiąga wymaganych 90%;

2. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U, L94 z 28.3.2014, s. 65, dalej: „Dyrektywa”) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. [tj. z dnia 1 lutego 2019 r., Dz. U. z 2019 r. poz. 369 z późn. zm., dalej: „uokik”] poprzez wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy PWiK, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;

z ostrożności, w przypadku uznania, że zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana, dalej: „TFUE”) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości, a także równej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu. Z kolei wykonawcy M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne „BŁYSK” M. M. w Łomży, Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, FIRMA USŁUGOWA „KOSZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, Firma Usługowa EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Raszkowie oraz Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawców, którzy stali się tym samym uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba, na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 marca 2021 r., po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępujących, oddaliła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawcy M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne „BŁYSK” M. M. w Łomży, Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej, FIRMA USŁUGOWA „KOSZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim oraz Firma Usługowa EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Raszkowie do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego.

Zamawiający wniesioną opozycję uzasadniał w szczególności tym, że ww. wykonawcy nie wykazali interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwoływającego, ponieważ nie są podmiotami uprawnionymi do realizacji zamówienia z uwagi na brak posiadanego wpisu do rejestru działalności regulowanej oraz nie są podmiotami, które brały udział w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanym przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba uznała za dopuszczalne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawców, którzy w sposób wystarczający wykazali interes w zgłoszeniu przystąpienia doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Izba rozpoznając wniesioną opozycję miała na względzie szerokie rozumienie interesu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, a podniesione przez Zamawiającego ww. okoliczności – zdaniem Izby – nie pozbawiały wykonawców przymiotu realności interesu. W szczególności wskazać należy, iż okoliczność, że dany wykonawca nie ubiegał się wcześniej o zamówienie publiczne prowadzone przez Zamawiającego nie oznacza, że nie jest i nie może być zainteresowany obecnym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Z kolei pozyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej nie stanowi bariery dla wykonawców, a sam wpis do rejestru niezbędny jest na etapie realizacji zamówienia.

W dniu 26 i 29 kwietnia 2021 r. Odwoływający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w dniu 4 stycznia 2021 r. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwoływającego.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1 ustawy nPzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy nPzp,

odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy nPzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy nPzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 7 500,00 zł.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....