

Sygn. akt KIO 2575/22

POSTANOWIENIE
z dnia 10 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, w dniu 10 października 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2022 roku przez odwołującego wykonawcę ECO-PLAN spółka akcyjna z siedzibą w Słupsku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku, który działa w imieniu i na rzecz Miasta Słupsk

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ECO-PLAN spółka akcyjna z siedzibą w Słupsku kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2021, poz. 1129 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 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą *Bieżące utrzymanie porządku i czystości wraz z pielęgnacją trawników na terenach miasta Słupska*

Ogłoszenie o zamówieniu została opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 września 2022 roku pod numerem 2022/S 182-515457.

W dniu 30 września 2022 roku na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2022, poz. 1710 dalej „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o ww. zamówieniu i postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ, w związku z dokonaniem przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez połączenie w jednym zadaniu, w każdym z zadań nr 1 i nr 2

-usługi konkurencyjnej, w której istnieje konkurencja tj. *usługi utrzymania chodników, alejek, opasek ulicznych znajdujących się w pasach drogowych dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych miasta Słupska wraz z pielęgnacją zieleni przydrożnej na tym terenie*, zwanej dalej, „*usługą na CHODNIKI i ZIELEŃ*” oraz

-usługi niekonkurencyjnej, w której występuje faktyczny monopol jednego wykonawcy w realiach rynkowych i gospodarczych właściwych dla przedmiotu niniejszego zamówienia tj. *usługi utrzymania jezdni, parkingów, mostów oraz wiaduktów znajdujących się w pasach drogowych dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych miasta Słupska*, zwanej dalej, „*usługą na JEZDNIE*”, dla której monopol faktyczny posiada Przedsiębiorstwo Gospodarki komunalnej Spółka z o.o., której jedynym udziałowcem jest Miasto Słupsk, zwana w odwołaniu „*spółka miejska PGK*” lub „*PGK*”,

bez umożliwienia składania ofert częściowych odrębnie na usługę na CHODNIKI i ZIELEŃ oraz na usługę na JEZDNIE, co w realiach przedmiotowego postępowania prowadzi do: - uprzywilejowania jednego wykonawcy tj. spółki miejskiej PGK, - istotnego ograniczenia, a nawet faktycznego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu, praktycznie uniemożliwiając udział innych podmiotów, w tym Odwołującego, na zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz - naruszenia zasady przejrzystości, proporcjonalności i efektywności.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu zarzucając naruszeni:

1) art. 16 pkt 1-3 ustawy poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień dot. opisu przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 1 i w Zadaniu nr 2, w oderwaniu od sytuacji panującej na rynku właściwym dla niniejszych usług, w związku z połączeniem w jednym zadaniu usługi konkurencyjnej (usługi na CHODNIKI i ZIELEŃ) z usługą niekonkurencyjną (usługą na JEZDNIE), co stanowi przejaw przeciwdziałania ukształtowanej od lat konkurencji i prowadzi do uprzywilejowania jednego wykonawcy tj. PGK oraz do monopolizacji przedmiotowych usług ze szkodą dla interesu publicznego;

2) art. 17 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady efektywności przy formułowaniu postanowień dot. opisu przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 1 i w Zadaniu nr 2, która nakazuje udzielanie zamówienia w sposób: - celowy, zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych, - z zachowaniem optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, a tym samym, w sposób, który nakazuje racjonalne i efektywne ekonomicznie wydatkowania środków publicznych;

3) art. 99 ust. 2 ustawy poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 1 i w Zadaniu nr 2, sformułowany w sposób: - nieproporcjonalny i nieadekwatny do celu oraz interesu Zamawiającego, który powinien być rozumiany jako element interesu publicznego, - nadmierny w stosunku do zdolności wykonawców świadczących dotychczasowe umowy na sprzątnięcie miasta Słupska, konkurujących na rynku właściwym dla niniejszego zamówienia,

4) art. 99 ust. 4 ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 1 i w Zadaniu nr 2, określony w sposób, który: - utrudnia a nawet uniemożliwia uczciwą konkurencję prowadząc w efekcie do monopolizacji usług sprzątnięcia miasta Słupska w pasach drogowych, - prowadzi do uprzywilejowania jednego wykonawcy tj. spółki miejskiej PGK, która posiada faktyczny monopol na świadczenie jednej z usług włączonych do przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 1 oraz w Zadaniu nr 2 tj. usługi na JEZDNIE, co powoduje, że znalazł się on w sytuacji, w której to podmioty zainteresowane udziałem w takim przetargu musiałyby zabiegać o nawiązanie z nim współpracy, czy to w formule wspólnego ubiegania się o zamówienie, czy to w formule podwykonawstwa, ponieważ samodzielnie nie mogą złożyć oferty, - prowadzi do wyeliminowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, w tym Odwołującego i innych którzy dotychczas

wykonywali usługi sprzątnięcia miasta Słupska (tj. usługi na CHODNIKI i ZIELEŃ) i ubiegali się o udzielenie zamówień na ww. usługi, uniemożliwiając im złożenie samodzielnie oferty, - utrudnia a nawet uniemożliwia udział innych wykonawców zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia, z racji warunków i wymagań określonych w dokumentach zamówienia, które uniemożliwiają zrekompensowanie poniesionych kosztów, - prowadzi do zawężenia konkurencji, która ma charakter „sztuczny” w rozumieniu motywu 74 preambuły dyrektywy klasycznej, - prowadzi do zawarcia umów niekorzystnych pod względem finansowym dla mieszkańców miasta Słupska, co jest regułą w przypadku umów z monopolistą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) wyłączenia z opisu przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 1 oraz w Zadaniu nr 2 usługi niekonkurencyjnej tj. usługi na JEZDNIE, objętej faktycznym monopolem jednego wykonawcy, do odrębnej części niniejszego zamówienia (Zadania) lub do odrębnego przetargu oraz

2) zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SWZ w związku z żądaniem zawartym w pkt 1), w tym w szczególności, odpowiednią do tego żądania zmianę opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz postanowień umowy w sprawie niniejszego zamówienia.

Zamawiający, zgodnie z informacją z pisma z dnia 4 października 2022 roku Zamawiający zamieścił kopię odwołania na stronie internetowej wraz z wezwaniem do przystąpienia.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do dnia wydania postanowienia w sprawie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia, w tym po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 7 czerwca 2022 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu złożył oświadczenie:

Działając w imieniu Zamawiającego, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 września 2022 r. wniesione przez Spółkę ECO-PLAN S.A. z siedzibą w Słupsku, oświadczam, iż uznaję w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (tj. z dnia 22 lipca 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w całości, mając na uwadze, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca wnoszący o:

- *umorzenie postępowania odwoławczego w całości na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron;*
- *orzeczenie o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania;*
- *zdjęcie terminu rozprawy z wokandy z dnia 12 października 2022 r.*

Dokument ten został podpisany przez Pana J. B. Dyrektora Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na dzień wydawania postanowienia, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Uz. Z 2021 poz. 1129 ze zm.; dalej ustawa).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Uz. Z 2019 poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.*

Przewodniczący: