

Sygn. akt: KIO 1361/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Anna Chudzik**

**Członkowie:** **Agnieszka Trojanowska**

**Renata Tubisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 18 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2017 r. przez wykonawcę **A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Terenu „B.” A. B.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rzgów**,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 6.750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Koninie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W dniu 3 lipca 2017 r. wykonawca A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Terenu „B.” A. B. wniósł odwołanie wobec udzielenia przez Gminę Rzgów w trybie z wolnej ręki zamówienia publicznego na *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Rzgów w II półroczu 2017 r.* Odwołujący sformułował następujące zarzuty:

- 1) błędnego przyjęcia, że zostały spełnione przesłanki możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, polegającego na:
  - a) uznaniu, że Zamawiający sprawuje nad Spółdzielnią Socjalną prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej,
  - b) uznaniu, że ponad 90% działalności kontrolowanej Spółdzielni Socjalnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę,
  - c) uznaniu, że w Spółdzielni Socjalnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego,
- 2) niewyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, polegającego na fragmentarycznym zacytowaniu potencjalnie stosowanego przepisu ustawy Pzp (art. 67 ust. 1 pkt 12), co stanowi naruszenie art. 67 ust. 11 pkt 5 ustawy Pzp,
- 3) niejednoznacznego określania wartości zamówienia, polegającego nieustaleniu przez Zamawiającego z należytą starannością w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia kwot będących wartością zamówienia oraz podawanie jej w różnych wysokościach, co stanowi naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) udzielenia zamówienia podmiotowi podlegającemu wykluczeniu z postępowania, polegającej na wystąpieniu możliwości wpływu osoby wchodzącej w strukturę Spółdzielni Socjalnej na przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 19 ustawy Pzp i art. 30 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych,
- 5) udzielenia Zamówienia podmiotowi niespełniającemu wymagań udziału w postępowaniu, polegającej przede wszystkim na nieposiadaniu przez Spółdzielnię Socjalną

- wymaganych do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia uprawnień, w szczególności w zakresie odbioru, transportu i zbierania odpadów, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,
- 6) zaniechania wezwania Spółdzielni Socjalnej do wyjaśnień pomimo istnienia wielu wątpliwości co do możliwości udzielenia podmiotowi Zamówienia, polegającej przede wszystkim na oparciu się przy udzieleniu Zamówienia na niepełnej dokumentacji, z której brak było możliwości analizy zasadności zastosowania zamówienia z wolnej ręki, co powinno wywołać wątpliwości po stronie Zamawiającego i skutkować wezwaniem do złożenia wyjaśnień, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
  - 7) zaniechania wykluczenia Spółdzielni Socjalnej z postępowania pomimo podania przez podmiot nieprawdziwych informacji w dokumentacji postępowania, przejawiającej się w podaniu przez Spółdzielnię Socjalną w oświadczeniu o spełnianiu warunków oraz niepodleganiu wykluczeniu informacji nie odpowiadających rzeczywistości, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,
  - 8) błędnego przekonania, iż istnieje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki pomimo istnienia konkurencji na rynku, polegającego w szczególności na niezasadnym preferowaniu jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu, pozaprawne działania na szkodę innych przedsiębiorców i utrudnianie dostępu do rynku, jak również określenie warunków umowy z wykonawcą (wzór umowy) w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12, art. 139 ust. 1 i nast. ustawy Pzp, art. 15 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 17 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 1b ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, art. 49, art. 56, art. 102, art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, art. 66 ust. 2 ustawy Pzp,
  - 9) nadużycia pozycji dominującej, polegającego na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniu Zamawiającego sprzecznym z zasadami uczciwej konkurencji, które przeciwdziała kształtowaniu się na rynku właściwym warunków koniecznych do powstania bądź rozwoju konkurencji, co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 4 pkt. 1 lit. a i z art. 9 ust. 2 pkt. 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów,
  - 10) wyboru wykonawcy i przeprowadzenia z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych,

polegającej w szczególności na preferencji Spółdzielni Socjalnej jako wykonawcy jeszcze przed wszczęciem postępowania w sprawie udzielenie Zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. art. 67 ust. 1 pkt 12, art. 139 ust. 1 i nast. ustawy Pzp,

- 11) ewentualnie – udzielenia zamówienia pomimo wystąpienia niemożliwych do usunięcia wad postępowania, uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającej na wyborze Spółdzielni Socjalnej jako wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki w przypadku wystąpienia licznych wad postępowania, wpływających na brak możliwości zawarcia ważnej umowy, szczególnie wymienionych w niniejszym odwołaniu, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
- 12) ewentualnie – błędnego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, polegającego na uznaniu, że spełnione zostały przesłanki możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, podczas gdy potencjalnie właściwym trybem powinien być tryb zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp

W dniu 14 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze – zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp – należało umorzyć.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 z późn. zm.), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 6.750,00 zł stanowiącej 90 % uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....