

POSTANOWIENIE
z dnia 24 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**
Katarzyna Prowadzisz
Magdalena Rams

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2022 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2022 r. przez wykonawcę **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Grajewo, ul. Komunalna 6, 19-200 Grajewo**

przy udziale wykonawcy **BiomTrans Spółka z o.o., Dolistowo Stare 144, 19-125 Jaświły** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** kwoty **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)**, stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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

Gmina Grajewo, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki na „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych”.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 marca 2022 r.

W dniu 11 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, którą jest wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp. w zw. z pkt. 4 ppkt 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych, co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego (wykazania w samej treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia przesłanki sprawowania nad daną osobą prawną przez zamawiającego wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, a ograniczyło się jedynie do ogólnego wskazania, że Zamawiający sprawuje, wspólnie z innymi udziałowcami kontrolę, która odpowiada kontroli w zakresie nie wykraczającym poza brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp;
2. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z pkt. 4 ppkt. 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych, co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego (wykazania w samej treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia wymaganej dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie wskazanej przez Zamawiającego przesłanki, zgodnie z którą ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, co powinno, w odniesieniu do zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie być

- udokumentowane za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zawierało wyczerpujących informacji w w/w zakresie);
3. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp, co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla wszczęcia tego postępowania i w rezultacie do zawarcia umowy nie zaistniały w związku z tym, że Zamawiający, wspólnie z innymi wykonawcami nie sprawuje nad podmiotem, z którym chce zawrzeć umowę kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami;
 4. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla prowadzenia tego postępowania i zawarcia w jego rezultacie umowy nie zaistniały w związku z tym, że w przypadku podmiotu, który ma realizować zamówienie (BiomTrans Sp. z oo. nie jest spełniony wymóg, zgodnie z którym ponad 90% działalności tego podmiotu dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających

Nadto Odwołujący podniósł, że powyższe naruszenia stanowią wadę, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zamawiający w piśmie z dnia 15 marca 2022 r. (wpływ pisma do Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej dacie) wskazał, że informacja o wniesieniu odwołania została przekazana wykonawcy biorącemu udział w negocjacjach warunków zamówienia z dnia 14 marca 2022 r.

W dniu 16 marca 2022 r. (pismo z tej samej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniesione przez wykonawcę BiomTrans Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Dolistowo Stare.

W dniu 22 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym oświadczył, iż uwzględnia zarzuty dotyczące braku należytego uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki i decyzją z dnia 22 marca 2022 r unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z treścią przepisu art. 216 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dodał, że ogłoszenie o wyniku postępowania zamieszczono w dniu 22 marca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2022/BZP 00027747/P.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu z udziałem stron, że uwzględnił zarzuty w zakresie wskazanym w złożonym piśmie procesowym. Nadto dodał, że uwzględnienie zarzutów pierwszego i drugiego powoduje, że rozpoznaniu nie powinny podlegać zarzuty trzeci i czwarty z uwagi na to, że związane są z zarzutami opisanymi w pierwszym i drugim zarzucie, są one bowiem konsekwencją dotyczącą właściwego opisu przyczyn podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące braku należytego uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki i decyzją z dnia 22 marca 2022 r unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z treścią przepisu art. 216 ust. 1 ustawy Pzp a wykonawca, który zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym nie stawiał się na rozprawie (o terminie powiadomiony prawidłowo), gdyż tylko wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp - może wnieść sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a tym samym zaistnienia niezbędnych przesłanek, o których mowa w art. 568 pkt 2 i 3 ustawy Pzp postępowanie podlega umorzeniu. Skoro bowiem Zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące braku należytego uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki i przed otwarciem posiedzenia i rozprawy unieważnił postępowanie, spór stał się bezprzedmiotowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., 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 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437)

Przewodniczący:

.....

.....