

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 Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. 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 **W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy **FIRMA USŁUGOWA „KOSZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- D. wykonawcy **PARTNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- E. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- F. wykonawcy **FIRMA USŁUGOWA EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Raszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- G. wykonawcy **JARPER Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

H. wykonawcy **M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne „BŁYSK” M. M. w Łomży** 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 Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wszczęcie Postępowania w trybie z wolnej ręki w sytuacji nie rozstrzygnięcia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostały złożone oferty i którego zakres częściowo pokrywa się z zakresem zamówienia przewidzianym do realizacji w ramach Postępowania. Zachowanie Zamawiającego stanowi więc naruszenie przez niego pozycji dominującej w Postępowaniu poprzez nadużycie przysługującego mu prawa do kierowania Postępowaniem i arbitralne, sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, podjęcie decyzji o wszczęciu Postępowania w sytuacji równoległego prowadzenia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w sposób niezgodny z przewidzianymi Pzp warunkami udzielenia takiego zamówienia, tj. w sytuacji niespełnienia przez ten podmiot wymogu ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego jako zadań powierzonych *względnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej)*

3. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia jednej z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b), dotyczącej 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej, jaka dotyczyć powinna zadań powierzonych PWIK przez Zamawiającego;

4. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 j.t. ze zm.), dalej jako „uokik” w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania prowadzonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

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, 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, Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej, W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu, PARTNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz ATF Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Chojnicy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawców (z wyjątkiem wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp.k.), 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, Firma Usługowa EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Raszkowie, W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B. w Warszawie, PARTNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Zamawiający wniesioną opozycję uzasadniał w szczególności tym, że ww. wykonawcy nie wykazali interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, 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. Stosownie do treści art. 525 ust. 2 ustawy nPzp, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

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.

Jednocześnie w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy ATF

Sp. z o.o. Sp. k. było nieskuteczne, bowiem wykonawca nie wykazał - stosownie do treści art. 525 ust. 2 ustawy nPzp, że przekazał Odwołującemu kopię zgłoszenia przystąpienia.

25 marca 2021 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo w postaci elektronicznej, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut zawarty w punkcie 1 *petitum* odwołania. W konsekwencji powyższego, unieważni postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” (znak postępowania: WGOŚ.271.06.0007.2020) w terminie 7 dni od złożenia pisma. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji Zamawiającego.

W dniu 26 marca 2021 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania.

Pismem z 29 marca 2021 r. ww. wykonawca oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji Wykonawcy.

W dniu 20 kwietnia 2021 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy nPzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy nPzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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 dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....