

sygn. akt: KIO 1223/19

POSTANOWIENIE
z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 16 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR” w Połchowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – AMW REWITA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

AMW Rewita sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części pn.: Sukcesywne dostawy owoców i warzyw dla Oddziałów AMW REWITA Sp. z o.o. w ilościach i asortymencie określonym w 10 częściach wskazanych w załącznikach do ogłoszenia oraz w SIWZ”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 stycznia 2019 r., pod nr 2019/S 007-011153.

18 czerwca br. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej w częściach 1 i 4 zamówienia, co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) w dniu 28 czerwca br. przez wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR” w Połchowie (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp i art. 7 ust. 1 i 2 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie z 11 lipca 2019 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp argumentując, że nie ma obowiązku stosowania przepisów Pzp z uwagi na fakt, że nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 Pzp. W szczególności wskazał, że nie spełnia przesłanek z art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ nie został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Na potwierdzenie

tej okoliczności Zamawiający wskazał na akt założycielski spółki, który złożył na posiedzeniu oraz treść Działu 3 KRS, z których wynikać miał typowo komercyjny przedmiot działalności Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części o wartości przekraczającej równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, przy zastosowaniu tzw. procedury odwróconej z art. 24aa Pzp (zob. Rozdział II ust. 1-4 SIWZ).

W toku Postępowania Zamawiający podejmował szereg czynności informując wykonawców, że ich podstawą są odpowiednie przepisy Pzp. Przykładowo, Zamawiający dokonywał zmian postanowień SIWZ w powołaniu na przepis art. 38 ust. 4 Pzp (dowód: zmiana SIWZ z 18 lutego 2019 r.), wzywał wykonawcę, którego oferta została wybrana w częściach 1 i 4 do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp (dowód: wezwanie jw. z 10 kwietnia 2019 r.), czy informował o odrzuceniu ofert, unieważnieniu odpowiednich części Postępowania, bądź wyborze ofert najkorzystniejszych w innych częściach Postępowania (dowody: zawiadomienia z 11 maja i 18 czerwca 2019 r. dotyczące, odpowiednio, części 7-9 oraz 1 i 4 zamówienia). Podejmowane przez Zamawiającego czynności znajdowały odzwierciedlenie w protokole Postępowania sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dowód: protokół jw.).

Co więcej, zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego – jak wspomniano – w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Sekcja VI ust. 4.3 ogłoszenia), jak i w Rozdziale XVII ust. 1 SIWZ, Zamawiający pouczył wykonawców o przysługujących im środkach ochrony prawnej, przez wskazanie na przepisy Działu VI Pzp.

Zamawiający dopiero w reakcji na złożone odwołanie stwierdził, że nie jest zobligowany do stosowania przepisów Pzp, w powołaniu na przytoczone powyżej argumenty.

W kwestii statusu Zamawiającego Izba ustaliła, że jest on przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki kapitałowej – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, wpisanej do KRS pod nr 0000394569. W Dziale 3 Rubryce 1 –

„Przedmiot działalności” rejestru określono przedmiot przeważającej działalności Zamawiającego w następujący sposób: „obiekty noclegowe turystyczne i miejsca krótkotrwałego zakwaterowania”. Przedmiotem pozostałej działalności są: (1) handel hurtowy i detaliczny, z wyłączeniem handlu (w tym detalicznego) pojazdami samochodowymi, (2) działalność usługowa związana z wyżywieniem, (3) działalność związana z obsługą rynku nieruchomości, (4) wynajem i dzierżawa, (5) działalność organizatorów turystyki, pośredników i agentów turystycznych oraz pozostała działalność usługowa w zakresie rezerwacji i działalności z nią związane, (6) edukacja, (7) opieka zdrowotna oraz (8) działalność sportowa, rozrywkowa i rekreacyjna. Przedmiot działalności Zamawiającego wskazany w KRS pokrywa się zasadniczo z treścią § 7 aktu założycielskiego spółki, złożonego przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Izba zważyła – odwołanie podlegało odrzuceniu na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ w sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bądź zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie wspomnianej ustawy. Przywołany przepis referuje do pojęcia „zamawiającego”, które zdefiniowane zostało w art. 2 pkt 12 Pzp jako osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania Pzp.

Zamknięty katalog zamawiających sformułowany został w art. 3 ust. 1 Pzp, przy czym – zważywszy na status Zamawiającego (spółka prawa handlowego, nieprowadząca żadnego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 Pzp) oraz przedmiot zamówienia, który nie wpisuje się w treść przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c Pzp – do rozważenia w tej sprawie pozostało, czy Zamawiający spełnia przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiającym jest podmiot, który spełnia następujące warunki:

1. ma status innej, niż określona w pkt 1 (jednostki sektora finansów publicznych), osoby prawnej;
2. został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego;
3. podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2 (jednostki sektora finansów publicznych lub inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające

osobowości prawnej), pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: (a) finansują go w ponad 50% lub (b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub (c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub (d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

– o ile taki podmiot nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jego celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Konstrukcja tego przepisu wskazuje, że przesłanki z pkt 1-3 muszą być spełnione kumulatywnie, z zastrzeżeniem, że do spełniania warunku z pkt 3 wystarczające jest wystąpienie jednej z wymienionych w nim okoliczności.

Analizując przywołany przepis skład orzekający uznał, że Zamawiający nie spełnia wymogu z pkt 2, tj. nie został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Cechą wyróżniającą podmioty prawa publicznego (takim mianem określa się bowiem zamawiających, o których mowa w komentowanym przepisie) spośród innych zamawiających jest specyficzny cel ich funkcjonowania. Wobec omówienia tej przesłanki w doktrynie i orzecznictwie, zarówno krajowym, jak i europejskim, Izba jedynie ogólnie zaznacza, że wspomnianym celem jest realizacja zadań mających charakter publiczny, ergo związanych z instytucjonalną działalnością państwa. Chodzi tu, przykładowo, o działalność przedsiębiorstw użyteczności publicznej, o której mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz.U. z 2017 r., poz. 2152 j.t.), czy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie określonym przepisem art. 7 ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz.U. z 2019 r., poz. 506 j.t. (tak trafnie J. Pieróg: *Komentarz do art. 3 Pzp [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 15, Legalis/el. 2019).

Zestawiając te wskazania ze wspomnianym wcześniej przedmiotem działalności Zamawiającego, wynikającym zarówno z KRS, jak i z aktu założycielskiego, nasuwa się wniosek, że Zamawiający żadnych zadań publicznych nie realizuje. Zasadniczym przedmiotem jego działalności jest bowiem wynajem miejsc noclegowych i świadczenie usług towarzyszących (wyżywienie, rekreacja). Co więcej, w przypadku Zamawiającego nie jest również spełniona subsydiarna przesłanka uznania go za podmiot prawa publicznego, wynikająca z art. 3 ust. 1 pkt 3 *in fine* Pzp, stanowiąca wskazówkę interpretacyjną dotyczącą omówionego elementu definicji. W ocenie składu orzekającego Zamawiający działa bowiem w zwykłych warunkach rynkowych, jego celem jest

wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności. Zamawiający – jak wynika ze strony internetowej (www.rewita.pl) – posiada komercyjną ofertę wypoczynku, zatem prowadzi typową działalność usługową w sektorze turystycznym i rekreacyjnym rynku, w którym funkcjonuje wiele różnych podmiotów. Z kolei odpowiednie postanowienia aktu założycielskiego, traktujące o zyskach i stratach, nie pozwalają na przyjęcie, że sposób funkcjonowania Zamawiającego różni się od sposobu typowego dla każdego przedsiębiorcy.

Reasumując, wobec nie spełnienia przez Zamawiającego przesłanki utworzenia w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, nie może być on uznany za podmiot prawa publicznego, tj. jednostkę zobowiązaną do stosowania przepisów Pzp. W konsekwencji tego ustalenia ewentualne spełnianie pozostałych przesłanek z art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp nie mogłoby wpłynąć na dokonaną przez skład orzekający ocenę omówionego zagadnienia. Dotyczy to m.in. eksponowanej przez Odwołującego okoliczności, że całość udziałów Zamawiającego posiada Skarb Państwa reprezentowany przez Agencję Mienia Wojskowego, będącą agencją wykonawczą, o której mowa w art. 9 pkt 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2019 r., poz. 869 j.t. (argument z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o Agencji Mienia Wojskowego, Dz.U. z 2018 r., poz. 2308 j.t. ze zm.).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przywołane przepisy wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, stanowiącą dopełnienie szczegółowych uregulowań zawartych przede wszystkim w przepisach powołanego aktu wykonawczego, dotyczących zasad orzekania o kosztach postępowania odwoławczego. Skład orzekający, w szczególnych okolicznościach przedmiotowej sprawy, uznał, że odpowiedzialnością za wynik postępowania odwoławczego, choć jest on niekorzystny dla Odwołującego (nie doszło bowiem do merytorycznego rozpoznania odwołania, a zatem roszczenia Odwołującego wynikające z postawionych w odwołaniu żądań nie zostały zaspokojone), należało obciążyć Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stwierdzona przez Izbę podstawa odrzucenia odwołania nie była następstwem wadliwego działania Odwołującego, który, przykładowo, wniósł odwołanie po upływie przewidzianego przepisami Pzp terminu, czy zaniechał przesłania kopii odwołania zamawiającemu. Przyczyna odrzucenia odwołania wywołana została zachowaniem Zamawiającego, który wszczął i prowadził Postępowanie w oparciu o przepisy Pzp. Zamawiający, podejmując w toku procedury szereg czynności, dla których podstawą były wskazywane przez niego odpowiednie przepisy Pzp, utwierdzał wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że Postępowanie prowadzone jest w ustawowym reżimie ze wszystkimi tego konsekwencjami, również w płaszczyźnie możliwości ochrony interesów wykonawcy w drodze środków ochrony prawnej, o których Zamawiający *nota bene* pouczał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ. Dopiero w warunkach wszczętego przez Odwołującego postępowania odwoławczego Zamawiający skonstatował, że nie jest zobligowany do stosowania przepisów Pzp. W konsekwencji skład orzekający przyjął, że za wynik postępowania odwoławczego nie można poczytywać wyłącznie dosłownego rozstrzygnięcia zapadłego w przedmiotowej sprawie, a opisany powyżej całokształt okoliczności ujawnionych w toku postępowania odwoławczego, które do takiego rozstrzygnięcia doprowadziły.

Przewodniczący: