

Sygn. akt: KIO 3231/22

POSTANOWIENIE
z dnia 12 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 12 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę ATF Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Mirosławcu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Czaplinek

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ATF Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Mirosławcu kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz 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: Gmina Czaplinek wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Czaplinek w 2023 r.”, numer referencyjny GKO.271.1.2022.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00458793 w dniu 25 listopada 2022 r.

Nie zgadzając się z powyższym ogłoszeniem Odwołujący: ATF Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Mirosławcu w dniu 6 kwietnia 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.1. art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej PZP lub ustawą Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 4 ppkt 2) oraz pkt. 5 ppkt 2) Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) („Rozporządzenie”) oraz w zw. z art. 16 pkt 2) PZP – poprzez brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;

1.2. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 3 ppkt 8) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 2) PZP – poprzez brak zamieszczenia w Ogłoszeniu w ramach informacji dotyczących krótkiego opisu przedmiotu zamówienia informacji o zakresie, rodzaju i ilości odpadów, które miałyby stanowić przedmiot zamówienia oraz precyzyjnego określenia okresu, na jaki miałyby zostać zawarta przedmiotowa umowa, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;

1.3. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, w tym w szczególności art. 83 PZP oraz art. 16 pkt. 1 i art. 17 ust. 1 PZP - poprzez przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, a udzielenie zamówienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewni najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych,

środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów, podczas gdy Zamawiający nie wykazał, że zasady te zostaną zachowane, co powinno wynikać z przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań, do której jest zobowiązany na podstawie art. 83 PZP;

1.4. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w związku z art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 129 ust. 2 PZP w związku z art. 226 ust. 1 pkt 4) PZP w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ("UOKiK") a także art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TSUE”) poprzez przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE jest wystarczające do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, podczas gdy spełnienie tych przesłanek nie jest samo w sobie zgodne z ww. bezpośrednio skutecznymi przepisami prawa UE, co wynika z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („Trybunał”) w sprawie Irgita C-285/18, a także z przepisami prawa polskiego, w szczególności, gdy zawarcie umowy między Zamawiającym a ZGK Czaplinek byłoby sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowiło nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są nieważne.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o:

1.5. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

1.6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

1.7. nakazanie Zamawiającym unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6) PZP, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu Postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób,

1.8. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających stan prawny i faktyczny przedstawiony w Ogłoszeniu,

1.9. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący stwierdził, że w związku z tym, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy konieczne jest dokonanie wykładni przepisów prawa unijnego, wniósł o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie następującego pytania prejudycjalnego:

Czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE w świetle wyroku Trybunału w sprawie Irgita C-285/18 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku, gdy przesłanki wskazane w tym przepisie są spełnione, instytucje zamawiające organizując rynek usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym nie są związane innymi postanowieniami TSUE, w tym w szczególności art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TSUE i mogą udzielać zamówień niezależnie od tego, czy takie zachowanie może naruszać te przepisy, czy też że samo spełnienie przesłanek wskazanych w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie wyłącza konieczności przestrzegania przez zamawiającego przywołanych przepisów Traktatu?

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust.1 ustawy Pzp .

W dniu 12 grudnia 2022 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.525 ust. 1 cyt. ustawy Pzp 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.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zostało dokonane.

Zgodnie z art.522 ust.1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 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).

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 3 w związku z art. 522 ust.1 zd.1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....