

POSTANOWIENIE

z dnia 26 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka
Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017 r. przez wykonawcę **Koma Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 19C, 19 – 300 Ełk** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasto Augustów, ul. 3 Maja 60, 16 - 300 Augustów**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Transportowe NECKO Sp. z o.o., ul. Komunalna 3, 16 – 300 Augustów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1) **umarza postępowanie odwoławcze;**
- 2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Koma Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 19C, 19 – 300 Ełk** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Miasto Augustów - powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru odpadów komunalnych niesegregowanych i segregowanych z terenu Gminy Miasto Augustów z sektora I i II.

W dniu 4 października 2017 r. Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na własnej stronie internetowej wstępne ogłoszenie informacyjne o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując, że wykonawcą, któremu zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki jest Przedsiębiorstwo Transportowe NECKO Sp. z o.o. Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 4.293.682,40 zł, tj. powyżej progu 209 000 Euro.

W dniu 16 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Koma Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Odwołujący”). Odwołujący zaskarżył czynności polegające na:

- a) wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki jako trybu udzielenia zamówienia publicznego;
- b) wadliwym i niedostatecznym uzasadnieniu przesłanek wyboru trybu udzielenia zamówienia w treści:

- wstępnego ogłoszenia informacyjnego opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz
- informacji o zamiarze zawarcia umowy opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego.

Równocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) przez jego zastosowanie i błędne przyjęcie, że dopuszczalne jest zawarcie z Przedsiębiorstwem Transportowym NECKO Sp. z o.o. z siedzibą w Augustowie umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie są spełnione lub nie wykazano, że spełnione są wszystkie wskazane w ww. przepisie przesłanki (w szczególności określona w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp) uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od przeprowadzenia przewidzianej przez ustawę Pzp procedury konkurencyjnej i skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki;

2. art. 67 ust. 11 pkt 5 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp przez zaniechanie prawidłowego uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki co polegało na określeniu go w sposób niewyczerpujący, bez wyjaśnienia:

- na czym polega reorganizacja wykonawcy, która sprawia, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne przy szacowaniu procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp;

- na czym polegają wiarygodne prognozy handlowe, pozwalające przyjąć, że od 2 stycznia 2018 r. ponad 90% działalności wykonawcy będą stanowiły zadania powierzone mu przez Zamawiającego;

3. art. 67 ust. 9 ustawy Pzp przez jego niewłaściwą wykładnię i w konsekwencji zastosowanie, co polegało na przyjęciu, że reorganizacja, o której mowa w tym przepisie może nastąpić w związku z realizacją przez wykonawcę zamówienia uzyskanego do Zamawiającego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a którego udzielenie wyklucza zastosowanie trybów konkurencyjnych.

W związku ze wskazanymi naruszeniami Odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania;
- b) nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, względnie nakazanie Zamawiającemu odstąpienie od zastosowania trybu z wolnej ręki przy udzieleniu niniejszego zamówienia;
- c) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed KIO.

Wniósł ponadto o:

- a) zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia pełnej dokumentacji, na podstawie której zamawiający powziął decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, co dotyczy w szczególności dokumentacji potwierdzających przeprowadzenie reorganizacji wykonawcy oraz prognoz handlowych wskazujących, że reorganizacja wykonawcy powoduje spełnienie warunku, zgodnie z którym 90% działalności tego podmiotu dotyczyć ma wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę,
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność spełniania przez Przedsiębiorstwo Transportowe NECKO Sp. z o.o. w Augustowie przesłanki, zgodnie z którą ponad 90% jej działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 b w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiła w dniu 23 października 2017 r. Przedsiębiorstwo Transportowe NECKO Sp. z o.o. w Augustowie.

W dniu 26 października 2017 r. Odwołujący złożył w postaci elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2152/17.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie §32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2014, poz. 964 ze zm.).

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 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 ze zm.), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....