Sygn. akt: KIO 246/22

POSTANOWIENIE
z dnia 16 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Marek Bienias

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 lutego 2022 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawcę „SELW - 2" sp. z o.o. ul. Staszica 2, 41-200 Sosnowiec w postępowaniu prowadzonym przez NITROERG SA Plac Alfreda Nobla 1. 43-150 Bieruń

postanawia

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę „SELW - 2" sp. z o.o. ul.

Staszica 2, 41-200 Sosnowiec

3. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy) pięćset

złotych) uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 poz. 1129) 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:

Sygn. KIO 246/22

UZASADNIENIE

Zamawiający NITROERG S.A. Plac Alfreda Nobla 1. 43-150 Bieruń, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na zapewnienie usług ochrony osób i mienia.

Wykonawca „SELW - 2" sp. z o.o. ul. Staszica 2, 41-200 Sosnowiec wniósł odwołanie od czynności zamawiającego tj. zaniechania przeprowadzenia postępowania na udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie przepisów ustawy Pzp.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 2 ust. 1 pkt. 1) Pzp w związku z art. 4 pkt. 3) Pzp przez zaniechanie zastosowania Pzp co do zamówienia w przedmiocie usług w zakresie ochrony osób i mienia na rzecz Nitroerg S.A. pomimo tego, iż:

a. postępowanie to stanowiło zmówienie klasyczne w rozumieniu art. 7 pkt. 33) Pzp.;

b. wartość wyżej wskazanego zamówienia przekracza wartość 130 000 zł;

c. zamawiający stanowi zamawiającego publicznego, o którym mowa w art. 4 pkt. 3) Pzp.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie ochrony osób i mienia na rzecz NITROERG S.A. na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia wymaga fakt, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wydana została w dniu 15 września 2021 roku oraz zmodyfikowana w dniu 26 października 2021 roku. Niewątpliwym jest także fakt, że w każdej z ww. treści siwz w rozdziale I pkt 5 zamawiający zawarł postanowienie, iż „Postępowanie prowadzone będzie w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z „Zasadami wyboru wykonawców robót i usług, dostawców wyrobów oraz trybu zawierania umów na rzecz KGHM Polska Miedź SA".

Nadto wskazać należy, że odwołujący już pismem z dnia 25 listopada 2021 roku sygn.. L.dz. 257/KR2/2021 informował zamawiającego o nieprawidłowości prowadzonego postępowania, które to treści znalazły także odzwierciedlenie w treści wniesionego odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa KIO do przesłania kopii dokumentacji postępowania podał, że takiej dokumentacji nie przekaże, gdyż do postępowania będącego przedmiotem odwołania nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. Nadto podał, że spółka NITROERG S.A. nie jest podmiotem wskazanym w przepisach art. 4 ustawy Pzp, a w szczególności nie jest jednostką sektora finansów publicznych ani osobą prawną, o której mowa w art. 4 pkt 3) Pzp. W związku z tym, przeprowadzając przedmiotowe postępowanie przetargowe przyjęto, że niezależnie od charakterystyki zamówienia, którego dotyczyło postępowanie i złożenia do KIO pisma określonego, jako odwołanie, nie było obowiązku stosowania przepisów ww. ustawy i dokonywania kwalifikacji zamówienia pod względem kategorii zamówień wymienionych w ustawie oraz stosowania progów wartości wymienianych w przepisach Pzp. Podnosząc powyższe wniósł o odrzucenie odwołania, albowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. Równocześnie nadmienił, że wnoszenie odwołania ma miejsce w sytuacji, kiedy podstawą wniesienia odwołania w zakresie siwz, mógł być termin liczony od 26.10.2021 r., kiedy to ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane na stronie internetowej NITROERG S.A.

Izba biorąc pod uwagę powyższe dane ustalone w oparciu o treść będącej w posiadaniu KIO dokumentacji postępowania ustaliła i zważyła, że odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o przepis art. 528 pkt 1 i 3 Pzp, ponieważ nie zostało wykazane, że do przedmiotowego postępowania winny mieć zastosowanie przepisy ustawy Pzp.

Niewątpliwym według ustaleń Izby jest fakt, że zamawiający jest spółką KGHM w którym ta spółka, posiada u zamawiającego większościowy pakiet akcji. Jednakże w KGHM - Polska Miedź SA nie posiada pakietu większościowego z udziałem Skarbu Państwa, lecz tylko ok. 31.79%, co czyni, iż do takiej spółki zgodnie z przepisem art. 4 ust.3 Pzp przepisy ustawy Pzp nie znajdują zastosowania.

Tym samym Izba ustaliła i uznała, że zamawiający nie jest podmiotem publicznym, do którego stosuje się przepisy ustawy Pzp. Nadto Izba uznała, że niezależnie od powyższej podstawy prawnej uzasadniającej odrzucenie odwołania została spełniona także kolejna przesłanka do jego odrzucenia wynikająca z faktu, że jest ono wniesione kilka miesięcy po terminie w jakim odwołanie od czynności zamawiającego może być wniesione. Powyższe stanowi naruszenie przepisu art. 515 ust. 1 lub 2 Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba w oparciu o przepis art. 529 ust 1 Pzp orzekła w

formie postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 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 zm.) zaliczając na poczet niniejszego

postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 575 Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....