

Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o.

2021 -01- 14

L.dz.62.....

Kraków, dnia 13 stycznia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Wykonawca: Control Process S.A.

ul. Obrońców Modlina 16
30-733 Kraków
reprezentowany przez adwokata Norberta Stachurę
email: nm@controlprocess.pl

Zamawiający: Zakład Utylizacyjny Spółka z o.o.

ul. Jabłoniowa 55
80-180 Gdańsk
Tel. +48 58 326 01 00
Fax. +48 58 322 15 76
<http://www.zut.com.pl>
zut@zut.com.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy o nazwie: Modernizacja instalacji do sortowni odpadów – dostawa i montaż maszyn w ramach przedsięwzięcia „Modernizacja sortowni odpadów w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku” Numer referencyjny: 53/PN/2020.
Ogłoszenie w TED nr 2021/S 001-000450 z dnia 4. stycznia 2021 r.

ODWOŁANIE

Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000285783, dla której numer NIP: 8732898418 (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1, 514 ust. 1, 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP_2019”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

wnosi niniejszym odwołanie od:

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na
 - a) zaniechaniu wszczęcia postępowania zgodnie z przepisami PZP_2019,
 - b) sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym SIWZ, ogłoszenia z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. **art. 130 ust. 1 pkt 1 PZP_2019** poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w czasie obowiązywania PZP_2019,
2. **art. 2 ust. 1 pkt 2 PZP_2019** poprzez:
 - a) wskazanie w dokumentacji postępowania nieobowiązujących przepisów prawa (ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „PZP_2004”) jako reguł obowiązujących w niniejszym postępowaniu,
 - b) odniesienie się w zakresie wszelkich okoliczności mających znaczenie dla prowadzenia niniejszego postępowania do nieobowiązujących przepisów prawa.
a tym samym zaniechanie stosowania obowiązujących przepisów prawa
3. z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający:
 - a) na stronie tytułowej SIWZ oraz w pkt 3 SIWZ wskazał, że postępowanie będzie prowadzone „zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 ze zmianami) – w sytuacji, gdy ustawa ta nie obowiązuje,
 - b) w SIWZ, m.in. w pkt 6, pkt 9, pkt 10, pkt 12, pkt 13, pkt 15, pkt 26, pkt 27, pkt 28, pkt 30, pkt 31, pkt 34, pkt 35, pkt 36 odwołuje się do nieobowiązujących przepisów (PZP_2004 lub rozporządzeń wydanych na podstawie PZP_2004)tym samym zamierza prowadzić postępowanie z pominięciem obowiązujących przepisów prawa – tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, jak również – biorąc pod uwagę fakt dofinansowania niniejszego zamówienia ze środków Unii Europejskiej (informacja zawarta w pkt 4.1. SIWZ „Zamawiający zawarł w dniu 04.07.2019r. umowę o dofinansowanie nr POIS.02.02.00-00-0020/17.”) świadomie naraża się na korektę dofinansowania w wysokości nie mniejszej niż 25%.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- o nakazanie Zamawiającemu:
 - a) przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu – tj. poprawne i zgodne z art. 130 ust. 1 PZP_2019 wszczęcie postępowania,
 - b) wskazanie i odwoływanie się w dokumentacji postępowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,
 - c) wprowadzenie do postępowania reguł wynikających z ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – w szczególności zastąpienie wszelkich zawartych w dokumentacji odwołań do nieobowiązujących przepisów prawa (PZP_2004 lub rozporządzeń wydanych na podstawie PZP_2004) odwołaniami do odpowiednich przepisów obowiązujących.

lub

zamieszczenie przez Zamawiającego na stronie internetowej informacji, że ogłoszenie o numerze 2021/S 001-000450 przesłane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nie zainicjowało postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechanie prowadzenia jakichkolwiek dalszych działań w związku z ww. ogłoszeniem.

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 i nast. Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, w związku z czym zamierza uczestniczyć w postępowaniu które będzie prowadzić do zawarcia ważnej i wiążącej umowy o zamówienie publiczne. Postępowanie prowadzone bez podstawy prawnej nie może prowadzić do zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym w interesie Odwołującego leży doprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do stanu zgodnego z prawem.

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści ogłoszenia nr 2021/S 001-000450 z dnia 4. stycznia 2021 r., zatem Odwołujący dochował terminu na złożenie odwołania. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.

Uzasadnienie

W dniu 4 stycznia 2021 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:450-2021:TEXT:PL:HTML&src=0>) zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 001-000450. W ślad za tym ogłoszeniem, Zamawiający w dniu 4. stycznia 2021 r. (04-01-2021, godz. 10:03:00) na stronie internetowej <https://platformazakupowa.pl/transakcja/412113> opublikował dokumentację niniejszego postępowania.

Tym samym dokumentacja postępowania została opublikowana pod rządami PZP_2019, gdyż ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. (art. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych). Nie doszło do wszczęcia postępowania pod rządami PZP_2004, gdyż zgodnie z art. 40 ust. 1 PZP_2004 – „Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, **zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej**”. Do momentu utraty mocy przez ustawę PZP_2004, tj. do dnia 31. 12. 2020 r., godz. 23:59:59, Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o

zamówieniu na stronie internetowej. Czynność taka została dokonana w dniu 4 stycznia 2021 r.

Dowód: strona internetowa Zamawiającego

Tym samym nie doszło do wszczęcia postępowania pod rządami PZP_2004 i Zamawiający nie może powoływać się na treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych.

Nie doszło także do wszczęcia postępowania zgodnie z PZP_2019, gdyż art. 130 ust. 1 pkt 1 stanowi:

„Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie:

1) *ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego”*

Jak wynika z informacji zawartej w ogłoszeniu 2021/S 001-000450 – Zamawiający przekazał ogłoszenie do publikacji w dniu 30. 12. 2020 r., a zatem przed wejściem w życie ustawy PZP_2019.

W zakresie powyższej okoliczności wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Moment wszczęcia postępowania a możliwość prowadzenia postępowania” (<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/moment-wszczecia-postepowania-a-mozliwosc-prowadzenia-postepowania>) wskazując, że w takiej sytuacji „nie można uznać aby doszło do wszczęcia postępowania w rozumieniu przepisów ustawy Pzp2004 obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 r. (zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu po 31 grudnia 2020 r.), ani też przepisów ustawy Pzp2019 obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 (przekazanie ogłoszenia do DUUE przed 1 stycznia 2021 a więc przed datą obowiązywania ustawy Pzp2019).”

W dalszej części opinii, UZP wskazuje jako zasadne rozwiązanie zaistniałej sytuacji „zamieszczenie przez zamawiającego na stronie internetowej informacji, że ogłoszenie o wskazanym numerze przesłane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nie zainicjowało postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”. W ocenie Odwołującego możliwa jest także odpowiednia modyfikacja dokumentacji postępowania – tak aby odwoływała się ona do obowiązujących w Polsce przepisów i prowadziła do zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne, jednak nie jest możliwe przedstawienie takiej modyfikacji jako propozycji rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, gdyż musiałaby ona przybrać kształt opracowania kompletnej dokumentacji postępowania na podstawie PZP_2019. Przykładowo jedynie można wskazać, że Zamawiający odwołuje się w wielu miejscach do przepisów PZP_2004, m.in. wskazując na warunki udziału w postępowaniu, podstawy wykluczenia, obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, dokumenty które mają być składane przez Wykonawców, jak również na sposób procedowania Zamawiającego w toku postępowania.

Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający jest dysponentem środków publicznych i podlega przepisom prawa, a także pozyskuje środki na realizację niniejszego zamówienia z dofinansowania z Unii Europejskiej. Tym samym nie może prowadzić postępowania przetargowego w sposób dowolny. Prowadzenie postępowania bez podstawy prawnej jest jaskrawym i rażącym naruszeniem przepisów prawa, prowadzącym z jednej strony do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu, z drugiej do konieczności zwrotu dofinansowania – w wysokości co najmniej 25%, a z dużym prawdopodobieństwem 100% - gdyż prowadzenie postępowania na podstawie nieobowiązujących przepisów jest równoznaczne z prowadzeniem postępowania bez podstawy prawnej.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i winno zostać uwzględnione.

 Dokument
podpisany przez
NORBERT
STACHURA
Data: 2021.01.13
17:12:07 CET

Załączniki:

1. *odpis z KRS Odwołującego;*
2. *pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
3. *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
4. *dowód uiszczenia wpisu.*