

Sygn. akt: KIO 971/15

POSTANOWIENIE
z dnia 25 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Termores sp. z o.o. w Rzeszowie** oraz **K. C.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Handlowo-Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych „Santex”, K. C. w Sędziszowie Małopolskim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Chełmie**

przy udziale wykonawcy **Elektrotermex sp. z o.o. w Ostrołęce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Termores sp. z o.o. w Rzeszowie** oraz **K. C., prowadzącego działalność pod nazwą Handlowo-Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych „Santex”, K. C. w Sędziszowie Małopolskim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Termores sp. z o.o. w Rzeszowie** oraz **K. C., prowadzącego działalność pod nazwą Handlowo-Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych „Santex”, K. C. w Sędziszowie Małopolskim** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ustalono, że Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o. o. w Chełmie, zwane dalej także „MPEC”, wszczęło i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „wymianę sieci magistralnej 2xDN 400 od komory K-6 (przy wiadukcie) do komory K-25 w rejonie ul. Kolejowej w ramach projektu: POIS.09.02.00-00-047/10-00 <Modernizacja systemu ciepłowniczego na terenie miasta Chełm> współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007–2013.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2015 r., nr 2015/S 056-098074. Ogłoszenie o zamówieniu zostało także zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 18 marca 2015 r. pod poz. 60266 (ogłoszenia o zamówieniu, w aktach sprawy).

Ustalono także, że zamówienie jest zamówieniem sektorowym. Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Chełmie informowało o tym fakcie wykonawców w pkt II. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na przepis art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe wynikało także z treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2015 r., nr 2015/S 056-098074, w którego treści powołano dyrektywę sektorową Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/17/WE, a nie dyrektywę klasyczną 2004/18/WE. Fakt ten MPEC potwierdziło również w treści pisma z 15 maja 2015 r. skierowanego do Izby. Jak wynika z art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamówieniem sektorowym jest m.in. zamówienie udzielane przez zamawiających o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ich związki lub zamawiających o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli udzielane jest ono w celu wykonywania działalności polegającej na tworzeniu sieci przeznaczonej do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją ciepła lub dostarczania ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami. Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Chełmie nie jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy o finansach publicznych. Nie jest także państwową jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością posiadającą osobowość prawną. Nie może być także zamawiającym o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie

choćby wymogu dotyczącego wartości (pkt b) i wymogu dotyczącego przedmiotu zamówienia (pkt c). Nie jest także zamawiającym z art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż nie udziela zamówienia w celu wykonania koncesji. Musi być zatem zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 bądź art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z kolei z załącznika nr 1 do SIWZ (opisu przedmiotu zamówienia) wynika, że przedmiotowe zamówienie udzielane jest w celu budowy sieci ciepłej, a więc niewątpliwie służy wykonywaniu tej działalności, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego ustalono, że powyższe zamówienie jest zamówieniem sektorowym, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności stwierdzono, że przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość oszacowano na kwotę 2.897.303,64 zł netto, co stanowi równowartość 685.768,57 euro. Powyższe ustalono na podstawie pkt 2.2. protokołu postępowania, pism Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Chełmie skierowanych do Izby 13 maja 2015 r. oraz w dniu 15 maja 2015 r. oraz pkt II.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udostępnionej wykonawcom. W piśmie z dnia 15 maja 2015 r. MPEC przyznało wprawdzie, że niniejsze zamówienie może być uznane za część zamówienia udzielanego w częściach w rozumieniu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż jest realizowane w ramach projektu „Modernizacja systemu ciepłowniczego na terenie miasta Chełm”. Wskazało, że łączna wartość robót budowlanych wykonanych i które mają zostać udzielone w ramach ww. projektu w latach 2009-2015 r. wynosi 10.412.046,60 zł, co stanowi równowartość kwoty 2.544.427,23 euro. Nie wskazało jednak, czy a jeżeli tak to w jaki sposób inwestycje realizowane w ramach jednego projektu składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką te inwestycje mają pełnić. Takie bowiem ustalenie nakładałoby na MPEC obowiązek łącznego szacowania, to jest sumowania wartości wszystkich robót budowlanych składających się na ww. zamierzenie (*por. opinia Urzędu Zamówień Publicznych, opis i szacowania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, za stroną internetową uzp.gov.pl/cmsws/page/?PD;2831*). Jednakże nawet gdyby uznać, że niniejsze zamówienie jest częścią większego zamówienia udzielanego w częściach w rozumieniu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, odnoszącego się do tego samego obiektu budowlanego w rozumieniu art. 2 pkt 5d ustawy Pzp i składającego się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką te inwestycje mają pełnić to i tak łączna wartość wszystkich robót budowlanych nie przekraczała progu unijnego. MPEC wskazało bowiem, że szacunkowy koszt robót budowlanych dla tego zadania inwestycyjnego w całym okresie realizacji projektu wynosi 2.544.427,23 euro, a zatem i w tym przypadku nie przekracza progu unijnego. Zgodnie bowiem z wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy przepisem art. 1 pkt 3 lit. b

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) w przypadku robót budowlanych próg unijny przekracza zamówienie o wartości 5.186.000 euro. Wobec powyższego uznano, że wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ustalono także, że w dniu 6 maja 2015 r. Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Chełmie, za pośrednictwem faksu, zawiadomiło wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Termores sp. z o.o. w Rzeszowie oraz K. C., prowadzącego działalność pod nazwą Handlowo-Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych „Santex”, K. C. w Sędziszowie Małopolskim, zwanych dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez nich oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Elektrotermex sp. z o.o. w Ostrołęce, zwanego dalej „przystępującym” (zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w aktach sprawy).

W dniu 11 maja 2015 r., odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący (odwołanie w aktach sprawy).

Do postępowania odwoławczego po stronie MPEC w dniu 15 maja 2015 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Elektrotermex sp. z o.o. w Ostrołęce (zgłoszenie przystąpienia w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Elektrotermex sp. z o.o. w Ostrołęce, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z powołanych przepisów, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Z kolei w myśl art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.*

Jak ustalono w analizowanej sprawie przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym, udzielanym przez MPEC w celu budowy sieci ciepłej, o wartości robót

budowlanych 685.768,57 euro, a więc nie przekraczającej tzw. progów unijnych. A zatem należało uznać wnioskując a contrario z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, że w analizowanej sprawie przepisów ustawy Pzp się nie stosuje, co obligowało Izbę do odrzucenia odwołania. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba obowiązania jest odrzucić odwołanie z urzędu w każdym przypadku, jeżeli ziszczą się przesłanki wskazane w treści tego przepisu. Podkreślić w tym miejscu należy, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że MPEC – nie będąc do tego zobligowane treścią ustawy Pzp – stosuje do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp. Bez znaczenia pozostaje również to, że MPEC – jak twierdzi w piśmie z 15 maja 2015 r. - zdecydowało się na wszczęcie postępowania w trybie ustawy Pzp „w celu wykazania przed instytucją finansującą, że poniesione koszty są wydatkiem kwalifikowanym”. Zamawiającym, w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp jest tylko taki podmiot, który jest „obowiązany do stosowania ustawy”. Zaś w niniejszej sprawie Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Chełmie, z mocy art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, nie miało obowiązku stosowania ustawy.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, Nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. uchyliła możliwość narzucenia obowiązku stosowania ustawy przez podmioty co do zasady niebędące zamawiającymi, gdy zamówienie przez nie udzielane jest finansowane ze środków, których przyznanie uzależnione było od zastosowania procedur zamówień publicznych. Przepis, abstrahując od udziału takich środków w sfinansowaniu zamówienia, wskazywał, że procedurę należy zastosować do "całego zamówienia". Brak w nim było także wskazania, że jedynie udział środków publicznych spowoduje obowiązek zastosowania procedury ustawowej - można więc założyć, że od donatora (przekazującego środki) zależało, na jakim poziomie i co do jakich środków powstanie zobowiązanie podmiotu otrzymującego środki do działania jak zamawiający. Od wejścia w życie nowych przepisów donator (przekazujący środki) nie może, udzielając dofinansowania, nałożyć na podmiot obowiązku stosowania ustawy w taki sposób, by ten stał się zamawiającym. Istnieje natomiast możliwość narzucenia zastosowania procedury wydatkowania pieniędzy na drodze zobowiązania cywilnoprawnego w dowolny sposób, w tym przez odesłanie do procedur zamówień publicznych. Nie znajdują jednak zastosowania niektóre przepisy, jak środki ochrony prawnej - Krajowa Izba Odwoławcza w takim przypadku będzie zobowiązana do odrzucenia odwołania ze względu na to, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. W art. 3 ust. 3 ustawodawca nadał podmiotom sektora finansów publicznych, które przyznają środki na dofinansowanie projektu, uprawnienie do uzależnienia przyznania dofinansowania od zastosowania przy wydatkowaniu takich środków zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Przepis ten ma charakter informacyjny - podmioty takie, zawierając umowę cywilnoprawną o dofinansowanie projektu, mogą w

dowolny sposób ukształtować jej treść w zakresie obowiązków otrzymującego dofinansowanie związanych z wydatkowaniem środków. Ustawodawca natomiast wskazał cele, jakie powinny być zachowane przy wydatkowaniu środków publicznych, które realizują wymienione zasady (por. Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014).

Zdaniem Izby, odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO. Powyższego nie zmienia błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie, jakie zamieszczono zarówno w rozdziale XXVIII SIWZ jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie rodzi ono po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Nie uchyla także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania.

O konieczności odrzucenia odwołania w analogicznych stanach faktycznych Izba wypowiadała się wielokrotnie, jak choćby w postanowieniach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO 2824/12, KIO 563/12, KIO 1217/12, KIO 1554/14, KIO 1556/14.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 1, art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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). 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. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por.

przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: