

Sygn. akt KIO 660/21

POSTANOWIENIE
z dnia 13 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania w dniu 13 kwietnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 roku przez Odwołującego **AQUAREN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **AQUAREN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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

Dnia 1 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca AQUAREN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Odbudowa kolektora sanitarnego DN 800 w ul. Zakładowej od ul. Kleczewskiej do komory przed torami — metoda bezwykopowa - etap II”, nr ogłoszenia w BZP 766377N-2020.

Odwołanie złożono od:

- 1) niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania ze względu na błędną ocenę, iż Odwołujący nie wykazał, że faktycznie będzie dysponował zasobami innych podmiotów, choć przedstawił w tym zakresie wszelkie dokumenty i informacje wymagane przez SIWZ i art. 22a ustawy Pzp;
- 2) ocenę dokonaną wobec uznania, że nienależycie wykonane wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie zobowiązań podmiotów trzecich T ECO Sp. z o.o. i Zespołu Projektowego — mgr. inż. D. R., mogło być podstawą wykluczenia;
- 3) wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie zobowiązań podmiotów trzecich T ECO Sp. z o.o. i Zespołu Projektowego — mgr. inż. D. R., które to zobowiązania — zgodnie z wezwaniem Zamawiającego:

- miałyby w swojej treści zawierać elementy, z których żaden nie został wymieniony w SIWZ; - miałyby w swojej treści zawierać elementy, z których jeden (charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem), wykracza poza katalog wymieniony w § 9 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, winno być uznane za nieistniejące, nie wywołujące skutków prawnych.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- a) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, choć Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca bezpodstawnie został uznany za niewykazującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- b) art. 22a ustawy Pzp przez uznanie, iż Odwołujący nie udowodnił, iż realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów,

c) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie ograniczył się wyłącznie do żądania od Odwołującego oświadczeń lub dokumentów, które zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert, a zamiast tego żądał od Odwołującego oświadczeń, które w ogóle nie były tam wskazane,

d) § 9 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, bowiem Zamawiający żądał od Odwołującego oświadczenia innego podmiotu zawierającego charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, choć taki element nie jest dopuszczalny na gruncie powołanego przepisu.

Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu, by unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania;

3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a ponadto — w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp - może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie mógłby osiągnąć, gdyby udzielono mu zamówienia.

Odwołujący dowiedział się o swoim wykluczeniu z maila z dnia 24 lutego 2021 r. więc termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

W aktach sprawy postępowania odwoławczego do momentu wydania niniejszego postanowienia nie uwidoczniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego odrzucenie, wskazując że prowadzone postępowanie jest postępowaniem sektorowym, poniżej progów, na roboty budowlane, co oznacza zdaniem Zamawiającego, że w ramach procedury nie przysługuje korzystanie ze środków prawnych.

Na podstawie protokołu ZP-PN Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia na roboty budowlane wynosi 3 000 000 zł netto, co stanowi 702 691,31 euro. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na podstawie programu funkcjonalno – użytkowego. Z SIWZ wynika, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp, w trybie przetargu nieograniczonego, zamówienie jest o wartości poniżej kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z ogłoszenia oraz treści SIWZ i innych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika, że Zamawiający poinformował wykonawców o sektorowym charakterze postępowania. W SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu, które zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nie odwołano się do treści dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/17/WE, podano natomiast, że wykonawcy będą mieli możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp 2019, bowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż do ustalenia czy mamy do czynienia z zamówieniem sektorowym będą miały zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp”). W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w 2020 roku, ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę Pzp.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdą przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp2019”).

Jak wynika z art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamówieniem sektorowym jest m.in. zamówienie udzielane przez zamawiających o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, jeżeli udzielane jest ono w celu wykonywania działalności polegającej na tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi

sieciami. Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy rozdziału również do zamówień związanych z:

1) kanalizacją i oczyszczaniem ścieków;

2) projektami dotyczącymi inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji pod warunkiem, że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20% łącznej ilości wody dostępnej dzięki tym projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym.

Z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że 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.

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, w odpowiedzi na wezwanie składu orzekającego Izby wyjaśniło, przedstawiając stosowne dokumenty źródłowe, że na mocy umowy Spółki (§ 6) zostało powołane do realizacji zadań własnych Miasta Konina, m.in. do zapewnienia ciągłości zaopatrzenia w wodę oraz odprowadzania i oczyszczania ścieków dla miasta Konina oraz innych gmin, zgodnie z uzyskanymi zezwoleniami. Spółka posiada zezwolenie na prowadzenie działalności z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków wydaną przez Zarząd Miasta Konina w 2002 roku.

Z powyższych ustaleń wynika, że Zamawiający 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). Musi być zatem zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 bądź art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z kolei z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiotowe zamówienie udzielane jest w celu odbudowy kolektora sanitarnego, a więc niewątpliwie służy wykonywaniu działalności, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamówienie będzie miało charakter zamówienia sektorowego, jeżeli jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonej w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp. Realizacja robót budowlanych polegających na odbudowie kolektora sanitarnego mieści się w ramach działalności sektorowej polegającej na świadczeniu usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. Wobec powyższego ustalono, że powyższe

zamówienie jest zamówieniem sektorowym, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak już zaznaczono w niniejszym postanowieniu, zamówienie dotyczy robót budowlanych a ich wartość określono poniżej progów wynikających z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z powyższym faktem nie polemizował sam Odwołujący, uiszczając wpis w wysokości określonej przepisami wykonawczymi do ustawy Pzp2019 w wysokości właściwej dla postępowań podprogowych.

Odwołujący wezwany do pisemnego wypowiedzenia się w przedmiocie wniosku o odrzucenie odwołania, do momentu wydania niniejszego orzeczenia, nie zajął stanowiska.

Wobec poczynionych ustaleń Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Jeżeli do postępowań sektorowych przepisy ustawy Pzp stosuje się jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, to 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. 528 ustawy Pzp2019 Izba obowiązania jest odrzucić odwołanie z urzędu w każdym przypadku, jeżeli ziszcza 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 Zamawiający – nie będąc do tego zobligowany treścią ustawy Pzp – stosuje do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp. Bez znaczenia pozostaje również to, że Zamawiający zdecydował się na wszczęcie postępowania w trybie ustawy Pzp nie zaznaczając, że jest to zamówienie sektorowe oraz wskazując, że Wykonawcy będą mogli korzystać ze środków ochrony prawnej. Niewątpliwie w ocenie Izby takie zapisy mogły wprowadzać Wykonawców w błąd. Nie zmienia to jednak okoliczności, że zamawiającym, w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp jest tylko taki podmiot, który jest „obowiązany do stosowania ustawy”. Zaś w niniejszej sprawie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, z mocy art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, nie miało obowiązku stosowania ustawy.

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 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 wypowiedziała 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.

Reasumując, odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp2019. Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 529 ust. 1, art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp2019, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 573 i następne ustawy Pzp2019 oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437), w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp2019.

Przewodniczący: