

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 13 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biotrans Sp. z o.o., Gospodarstwo Rolne R. A., Gospodarstwo Rolne J. S., Gospodarstwo Rolne K. R., Gospodarstwo Rolne R. S., Gospodarstwo Rolne K. i G. Z., Gospodarstwo Rolne J. A., Gospodarstwo Rolne K. i M. S., Gospodarstwo Rolne J. K., Gospodarstwo Rolne S. P., Gospodarstwo Rolne K. i M. K., Gospodarstwo Rolne B. i J. B., Gospodarstwo Rolne P. W. i Gospodarstwo Rolne M. L. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bobowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biotrans Sp. z o.o., Gospodarstwo Rolne R. A., Gospodarstwo Rolne J. S., Gospodarstwo Rolne K. R., Gospodarstwo Rolne R. S., Gospodarstwo Rolne K. i G. Z., Gospodarstwo Rolne J. A., Gospodarstwo Rolne K. i M. S., Gospodarstwo Rolne J. K., Gospodarstwo Rolne S. P., Gospodarstwo Rolne K. i M. K., Gospodarstwo Rolne B. i J. B., Gospodarstwo Rolne P. W. i Gospodarstwo Rolne M. L. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bobowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: **siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy**) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biotrans Sp. z o.o., Gospodarstwo Rolne R. A., Gospodarstwo Rolne J. S., Gospodarstwo Rolne K. R., Gospodarstwo Rolne R. S., Gospodarstwo Rolne K. i G. Z., Gospodarstwo Rolne J. A., Gospodarstwo Rolne K. i M. S., Gospodarstwo Rolne J. K., Gospodarstwo Rolne S. P.,**

Gospodarstwo Rolne K. i M. K., Gospodarstwo Rolne B. i J. B., Gospodarstwo Rolne P. W. i Gospodarstwo Rolne M. L. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bobowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: - Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie wszczął i prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 0805 z terenu Oczyszczalni Ścieków w Ciechanowie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

4 czerwca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Biotrans Sp. z o.o., Gospodarstwo Rolne R. A., Gospodarstwo Rolne J. S., Gospodarstwo Rolne K. R., Gospodarstwo Rolne R. S., Gospodarstwo Rolne K. i G. Z., Gospodarstwo Rolne J. A., Gospodarstwo Rolne K. i M. S., Gospodarstwo Rolne J. K., Gospodarstwo Rolne S. P., Gospodarstwo Rolne K. i M. K., Gospodarstwo Rolne B. i J. B., Gospodarstwo Rolne P. W. i Gospodarstwo Rolne M. L. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bobowie, (zwani dalej „*Odwołującym*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie wniesiono na czynność wykluczenia oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

W piśmie z dnia 6 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Prezesa Izby, że wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza wartości 443.000 euro. Ponadto jak wskazał Zamawiający z uwagi na wartość zamówienia oraz fakt, że Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o. jest zamawiającym sektorowym i nie miały do niniejszego postępowania zastosowania przepisy ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy*. Zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności, t.j. m. in. 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*. Zgodnie z ust. 2 ww.

artykułu *Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy niniejszego rozdziału również do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków. Z kolei w myśl art. 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.*

Istotna – do stwierdzenia czy istnieją przesłanki do odrzucenia odwołania na wskazanej podstawie prawnej – jest wartość zamówienia. Jak ustalono w analizowanej sprawie wartość szacunkowa zamówienia wynosi 672.000,00 netto, co stanowi równowartość 155.854,99 euro, zatem nie przekracza równowartości 443.000,00 euro. Skoro, jak wyjaśnił Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o. jest zamawiającym sektorowym, to dla dostaw i usług zobowiązany jest do stosowania ustawy Pzp dopiero, gdy wartość zamówienia przekracza progi unijne, t.j. 443.000,00 euro. Zamawiający konsekwentnie nie stosował przepisów ustawy Pzp, nie zamieszczał ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze, tylko na własnej stronie internetowej. Ponadto Zamawiający w specyfikacji nie wskazał, że niniejsze postępowanie będzie prowadzone w rygorze ustawy Prawo zamówień publicznych, wręcz przeciwnie – jak wynika z wniosku o wszczęciu postępowania podstawą prawną prowadzenia niniejszego postępowania stanowił § 14 Regulaminu Udzielania Zamówień Publicznych. Zamawiający w żaden sposób nie wprowadzał wykonawców w błąd – nie pouczał wykonawców o możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej. Zamawiający nie prowadził również protokołu postępowania zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na marginesie należy dodać, że ustawa Prawo zamówień publicznych w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy dopuszcza wniesienie odwołania w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niemniej jednak należy pamiętać, że przepisy art. 132 – 133 ustawy Pzp są przepisami szczególnymi. Zatem zamawiający sektorowy, gdy wartość zamówienia dla dostaw i usług nie przekracza progów unijnych nie ma obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp. Zatem procedura stworzona w regulaminie przez samego Zamawiającego, nie jest procedurą opartą na ustawie Prawo zamówień publicznych, choć Zamawiający uprawniony może być do zastosowania instytucji przewidzianych w ustawie, jednak owa procedura stosowana przez Zamawiającego nie będzie procedurą określoną ustawą - a jedynie procedurą własną Zamawiającego.

Pamiętać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust. 1 ustawy, to jest dokonując oceny czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, zatem Izba nie posiada kognicji

w zakresie czynności czy zaniechań Zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie. Tym samym Izba nie może rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego (nawet stosującym rozwiązania oparte na instytucjach ustawowych).

W konsekwencji, Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO. 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.

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 uwzględnienie 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. 4 pkt 8 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. 238z późn. zm.). 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: