

Sygn. akt: KIO 320/15

Sygn. akt: KIO 321/15

POSTANOWIENIE
z dnia 3 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**
 Marek Koleśnikow
 Daniel Konicz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 marca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 lutego 2015 r. przez wykonawcę **POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno**

B. w dniu 18 lutego 2015 r. przez wykonawcę **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek**

w postępowaniu prowadzonym przez

„Wodociągi Kieleckie” Sp. z o.o., ul. Krakowska 64, 25-701 Kielce

przy udziale wykonawcy **POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 321/15 po stronie odwołującego

postanawia:

1. odrzuca oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** oraz **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.3. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej nadmiarowo na poczet wpisu od odwołania,
- 2.4 nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej nadmiarowo na poczet wpisu od odwołania.
- 2.5 w pozostałym zakresie koszty postępowania pomiędzy stronami znosi.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 320/15

Sygn. akt KIO 321/15

UZASADNIENIE

„Wodociągi Kieleckie” Sp. z o.o., ul. Krakowska 64, 25-701 Kielce, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Kontrakt 1/2 ”Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z wysięgnikami w granicy pasa drogowego w ulicy Sandomierskiej na odcinku od skrzyżowania ulicy Sandomierskiej z ulicą Szczecińską do granic miasta Kielce” w ramach Projektu pn. „Rozwój gospodarki ściekowej w gminie Kielce i gminie Zagańsk”* współfinansowanego z Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013.

W dniu 13 lutego 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz o odrzuceniu ofert wykonawców POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno oraz M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek. Wykonawcy ci w dniu 18 lutego wnieśli odwołania od czynności Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionych odwołaniach zrzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 89 ust.1 pkt 3 ze względu na uznanie iż złożenie ich ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji – zmywy przetargowej.

Izba pomija prezentowanie podniesionych w odwołaniach zarzutów i żądań, a także ich uzasadnienia, gdyż w zaistniałej w tym postępowaniu sytuacji nie były one przedmiotem rozpoznawania przez Izbę.

W dniu 25 lutego 2015 roku Zamawiający przesłał do KIO odpowiedź na odwołania w której złożył wniosek formalny o odrzucenie obu odwołań, a w dalszej kolejności o ich oddalenie jako niezasadnych.

We wniesionych odpowiedziach Zamawiający wniósł o odrzucenie obu odwołań, że względu na fakt iż do tego postępowania o udzielenie zamówienia nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, gdyż Zamawiający jest zamawiającym sektorowym i wartość udzielanego zamówienia jest niższa od wartości wskazanej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron, stwierdziła w oparciu o przesłaną dokumentację postępowania, a także oświadczenia i dokumenty przedstawione przez Zamawiającego, że przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane, których wartość oszacowano na kwotę 14 515 225,50 złotych, tj. poniżej progów unijnych. Ponadto Izba ustaliła iż Zamawiający jest zamawiającym sektorowym do którego stosuje się przepisy

rozdziału 5 ustawy Pzp, a ponadto przedmiotowe zamówienie mieści się w wykazie robót wskazanych w art. 132 ust.1 pkt 4 i ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła w parciu o przepis art. 133 ust 1 Pzp, że do zamawiających sektorowych w sytuacji kiedy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, przepisy ustawy Pzp nie mają zastosowania. Błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie nie rodzi po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Izba nie uznaje za zasadnego stanowiska Odwołujących, że jeśli Zamawiający wszczyna i prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp to winien także i dopuszczać możliwość wnoszenia przez wykonawców biorących udział w takim postępowaniu środków odwoławczych przewidzianych w ustawie. Brak możliwości stosowania ustawy skutkuje również brakiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie i koniecznością odrzucenia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 133 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z wnioskiem o odrzucenie obu odwołań, Izba badając zaistnienie podstaw w tym zakresie, uznała za zasadne **zasygnalizowanie** Zamawiającemu wystąpienia w trakcie tego postępowania szeregu nieprawidłowości, które poddają w wątpliwość możliwość zawarcia ważnej umowy na wykonanie tego zamówienia. Podstawową kwestią jest fakt, że postępowanie to nie zostało przeprowadzone w całości w oparciu o konkretne regulacje prawne. Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że Zamawiający świadomie wszczął i prowadził to postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, stosując przepisy ustawy Pzp. Wynika to z całego szeregu czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, jak chociażby: wyjaśnienia czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, kwestionowania spełnienia przesłanek dotyczących interesu we wniesieniu odwołania, wskazywania na upływ terminu związania oferta, odrzucenia oferty ze względu na popełnienie zmywy przetargowej, w oparciu o przepis art. 89 ust. 3 i 4 Pzp, żądania wniesienia wadium itd. Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu zostało wskazane, że postępowanie jest prowadzone wg. zasad dyrektywy klasycznej, wartość zamówienia jest powyżej progów unijnych, a odwołanie od czynności Zamawiającego w tym postępowaniu wnosi się do Prezesa KIO.

Zamawiający, stosowanie ustawy Pzp w tym zamówieniu zdaje się tłumaczyć własnym interesem wynikającym z tego, że zgodnie z wytycznymi w zakresie POliŚ za wydatki kwalifikowane mogą być uznane jedynie wydatki efektywne. Natomiast w przypadku wydatków ponoszonych na podstawie umów zawartych w wyniku wyboru wykonawcy z zastosowaniem ustawy Pzp istnieje domniemanie, że wymóg efektywności poniesienia wydatku jest zachowany i wykazany /stanowisko z odpowiedzi na odwołanie str. 4/.

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu byli przekonani, że to postępowanie było częścią większego zamówienia i dlatego zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a nie BZP. Dlatego też wnosząc odwołanie do KIO od odrzucenia ich ofert uścili wpis w wysokości 20 tysięcy złotych, a nie jak przy zamówieniach podprogowych 10 tysięcy złotych. O fakcie, że Zamawiający jest zamawiającym sektorowym i w tym postępowaniu przepisy ustawy nie mają zastosowania, odwołujący dowiedzieli się dopiero z odpowiedzi na odwołanie doręczonej im na posiedzeniu przed KIO, mimo iż do Izby było przesłane kilka dni wcześniej.

Izba stwierdza, że Zamawiający którzy wykonują działalność podpadającą pod zamówienia sektorowe i przy wartości udzielanego zamówienia niższej od progów unijnych, są zwolnieni ze stosowania ustawy Pzp. Jednak prowadząc postępowanie wg. innych uregulowań niż ustawa Pzp muszą być konsekwentni w ich stosowaniu. Wskazać należy, że czym innym jest oparcie przyjętych rozwiązań zawartych w regulaminie wewnętrznym na przepisach ustawy Pzp, a czym innym jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia stosując wprost przepisy ustawy Pzp. Za nie do zaakceptowania należy uznać sytuację, że Zamawiający wszczyna i prowadzi całe postępowanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, a dopiero w sytuacji kiedy wykonawcy wnieśli odwołania od odrzucenia ich ofert- w celu uniemożliwienia ich rozpatrzenia, stwierdza że „pomylił się” w swoim postępowaniu, bo jest zamawiającym sektorowym. Takie zachowanie Zamawiającego należy ocenić jako nieprawidłowe nie gwarantujące wyboru oferty, która w myśl, mających być stosowanych do tego postępowania uregulowań, jest ofertą najkorzystniejszą. Nieprawidłowe wszczęcie postępowania ma fundamentalny wpływ na jego wynik.

Dlatego też Izba **wskazuje** Zamawiającemu, potrzebę rozważenia czy w tym postępowaniu nie zaszła sytuacja iż jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, mającej być podstawą do wydatkowania środków publicznych. Izba stwierdza, że tylko przeprowadzenie pełnego postępowania wraz z zachowaniem prawa wykonawców do wnoszenia środków odwoławczych może być uznane za prawidłowe. Tylko takie może być podstawą do oparcia na jego wyniku umowy z wybranym wykonawcą. Tutaj wykonawcy zostali pozbawieni prawa do wnoszenia środków odwoławczych. Żonglowanie przez Zamawiającego przepisami w celu utrzymania dokonanego wyboru oferty, winno powodować unieważnienie takiego postępowania.

Izba wskazuje również, że pomimo wniosku o odrzucenie obu odwołań z powodu niestosowania do tego postępowania przepisów ustawy Pzp pełnomocnikowi Zamawiającemu nie przeszkadzało to do złożenia wniosków o zwrot kosztów zastępstwa prawnego przed KIO według przepisów ustawy Pzp. Izba uznała iż w sytuacji tego postępowania przyznanie zwrotu kosztów pełnomocnikowi za niesłuszne i niezasadne.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....

.....