

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 lipca 2018 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 5 czerwca 2018 roku (wpływ do UZP w dniu 13 czerwca 2018 r.), do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest

**Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Dąbrowie Tarnowskiej
Sp. z o.o. ul. Zazamcze 53, 33-200 Dąbrowa Tarnowska**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKZP/KND/13/17/DKZP z dnia 29 maja 2018 roku doręczonej Zamawiającemu w dniu 01 czerwca 2018 roku w przedmiocie postępowania pn. **Rozbudowa, przebudowa i remont istniejącej Stacji Uzdatniania Wody na działce nr 1213/7, 1209, 1213/6, 1213/3 w miejscowości Żabno**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Magdalena Grabarczyk
	Ewa Kisiel

Wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenie zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostaje uwzględnione.

UZASADNIENIE

Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Dąbrowie Tarnowskiej Sp. z o.o. ul. Zazamcze 53, 33-200 Dąbrowa Tarnowska, dalej zwane „Zamawiającym” prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na

rozbudowę, przebudowę i remont istniejącej Stacji Uzdatniania Wody na działce nr 1213/7, 1209, 1213/6, 1213/3 w miejscowości Żabno.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 6.110.407,92 zł, co stanowiło równowartość 1.446.284,63 euro (według średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych wynoszącego 4,2249 - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych - Dz. U. z 2013 r., poz. 1692). Wartość progowa zamówienia dla robót budowlanych wynosiła w chwili wszczęcia postępowania 5 180 000 euro. Jednocześnie z pisma Zamawiającego z dnia 9 listopada 2015 r. wynika, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyniosła 4.967.811,32 zł netto, co stanowiło 6.110.407,92 zł brutto.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte w dniu 8 października 2015 roku i tym samym do oceny czynności Zamawiającego mają zastosowanie przepisy prawa obowiązujące w dacie jego wszczęcia. Umowa o realizację przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 8 grudnia 2015 r..

Postępowanie wyjaśniające, a w następstwie postępowanie kontrolne – kontrola doraźna w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte w dniu 30 grudnia 2015 r. w odpowiedzi na wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej przez jednego z wykonawców.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, stwierdzono naruszenie następujących przepisów:

1. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy OTECH Sp. z o.o. w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie udziału Firmy „BARTOSZ” Sp. j. w wykonaniu zamówienia, w szczególności o dookreślenie, na czym będzie polegało podane w zobowiązaniu doradztwo i konsulting, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez udzielenie przedmiotowego zamówienia Wykonawcy OTECH Sp. z o.o., który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, zatem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;
2. art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez zastosowanie w sposób nieuprawniony w przedmiotowym postępowaniu ceny jako jedyne kryterium oceny ofert;

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zastosowanie ww. przepisu i wezwanie Wykonawcy działającego jako konsorcjum firm REIN Sp. j. A. C..., J. C... (lider konsorcjum) oraz Firmy Budowlanej „FIRBUD” Sp. z o.o. Sp. k. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty o kosztorys ofertowy;
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zastosowanie przedmiotowego przepisu i wezwanie pięciu Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia do uzupełnienia ofert o referencje potwierdzające dostawę i montaż minimum czterech filtrów ciśnieniowych;
5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zastosowanie przedmiotowego przepisu i wezwanie trzech Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia do uzupełnienia ofert o dokumenty służące wykazaniu osiągnięcia przychodów netto ze sprzedaży w sytuacji, gdy złożyli oni oświadczenia o spełnianiu ww. warunku, które stanowiły dokumenty wystarczające do wykazania spełniania warunku dotyczącego znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
6. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Wykonawców, którzy nie złożyli informacji o przynależności/braku przynależności do grupy kapitałowej;
7. art. 32 ust 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie w protokole postępowania - druk ZP-PN - szacunkowej wartości zamówienia wyrażonej w kwocie brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując analizy treści protokołu kontroli, wyniku kontroli zastrzeżeń zamawiającego do wyniku, odpowiedzi Prezesa UZP na zastrzeżenia, a także analizy dokumentacji postępowania dołączonych do akt kontroli stwierdziła, że podniesione zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie. Podstawą uwzględnienia zastrzeżeń jest uznanie przez Izbę, że Zamawiający jest zamawiającym sektorowym, a ze względu na wartość zamówienia, Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie nie był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp i tym samym nie mogą być postawione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp.

W związku z powyższym brak jest podstaw prawnych do dokonywania przez Izbę oceny merytorycznej zasadności podniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń do ustaleń Kontroli i tym samym Izba uznaje za niezasadne prezentowanie stanu faktycznego sprawy w zakresie obejmującym sformułowane pod adresem Zamawiającego nieprawidłowości w prowadzonym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 5 czerwca 2018 r. (wpływ do UZP w dniu 13 czerwca 2018 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 maja 2018 r., ustaliła i

poddała ocenie stan faktyczny sprawy w zakresie determinującym kierunek oceny podniesionych zarzutów.

Zamawiający - Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Dąbrowie Tarnowskiej Sp. z o.o. ul. Zazamcze 53, 33-200 Dąbrowa Tarnowska jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, której jedynym udziałowcem jest Związek Gmin do Spraw Wodociągów i Kanalizacji w Dąbrowie Tarnowskiej. Spółka prowadzi w ramach działalności podstawowej : 1. Pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody (PKD 36.00.Z) 2. Odprowadzanie i oczyszczanie ścieków (PKD 37.00.Z) 3. Roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21.Z)

Przedmiotowe zamówienie zgodnie z postanowieniem rozdz. III pkt 1 SIWZ obejmowało wykonanie następujących robót; Rozdział III pkt 1 - usprawnienie procesu uzdatniania wody, zwiększenie wydajności stacji, zmniejszenie zużycia wody na potrzeby własne oraz poprawa jakości wody dostarczanej do sieci przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Dąbrowie Tarnowskiej, zgodnie z wymaganiami:

- Ustawą z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. (Dz.U. z 2015 r., poz. 139),
- Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi (Dz.U. Nr 61, poz. 417, ze zm.),
- Rozporządzeniem Ministra ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 24 lipca 2006r w sprawie warunków jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska (Dz. U. z 2015 r., poz. 469, ze zm.).

Izba podkreśla, że zarówno w toku ustaleń kontroli jak i w części tytułowej SIWZ jednoznacznie wskazano, iż *SIWZ dotyczy zamówienia publicznego o wartości zamówienia mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Prawo zamówień publicznych* na: „Rozbudowa, przebudowa i remont istniejącej Stacji Uzdatniania Wody na działce nr 1213/7, 1209, 1213/6, 1213/3 w miejscowości Żabno”. Kwestia wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych nie została w toku kontroli zakwestionowana. Wskazać należy w szczególności na treść przepisu art. 133 ust 1 Pzp zgodnie z którym 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.

Z analizy ww. stanu faktycznego i treści przepisów ustawy Pzp zdaniem Izby jednoznacznie wynika, że w tym zamówieniu mamy do czynienia z zamówieniem sektorowym o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczącym tworzenia sieci wodociągowych dla dostarczania wody pitnej na potrzeby mieszkańców. Analiza całości powyższego stanu

faktycznego nie pozostawia – zdaniem Izby wątpliwości, iż zamówienie udzielane przez Zamawiającego jest zamówieniem sektorowym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, o wartości niższej niż wielkość progu unijnego ustalonego dla robót budowlanych.

Odnosząc się do powyższych ustaleń formalnych Izba podkreśla, że Zamawiający w wniesionych do Prezesa UZP zastrzeżeniach podniósł zastrzeżenie do ustaleń Kontroli, cyt.: *Przedmiotowe zamówienie miało charakter zamówienia sektorowego, o jakim mowa w przepisie art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zgodnie z jej przepisem art. 133 - 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 - a przypadku przedmiotowego zamówienia była niższa, wobec czego w takich zamówieniach Zamawiający nie jest związany przepisami prawa zamówień publicznych*". Podobne sformułowanie znalazło się także w części końcowej wniesionych zastrzeżeń.

W odpowiedzi na wniesione zastrzeżenia Zamawiającego, Kontrolujący - Prezes UZP stwierdził, iż nie uwzględni zastrzeżeń Zamawiającego.

Kontrolujący odniósł się także do zastrzeżenia Zamawiającego, iż jest on zamawiającym sektorowym. W tym zakresie podał, że nie sposób uwzględnić przedstawionej we wniesionych zastrzeżeniach argumentacji Zamawiającego opartej na twierdzeniu, że objęte zakresem kontroli doraźnej zamówienie publiczne ma charakter sektorowy i wobec tego Zamawiający nie był zobowiązany do stosowania w tym postępowaniu przepisów ustawy Pzp - zgodnie z brzmieniem przepisu art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślił, że powyższa argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uznanie w pierwszym rzędzie z uwagi na fakt, że Zamawiający w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego i kontroli nie przedstawił żadnej informacji, czy przy udzielaniu przedmiotowego postępowania był uprawniony do wyłączenia stosowania przepisów ustawy wynikającego z przepisu art. 133 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie zarówno w trakcie kontroli jak i przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Zamawiający nie wskazał art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako podstawy jego przeprowadzenia.

Kontrolujący wskazał, iż właściwym momentem na ustalenie okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy był etap postępowania wyjaśniającego, który poprzedzał wszczęcie kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tym samym to w toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający zobowiązany był udzielić Prezesowi Urzędu informacji w zakresie ewentualnego faktu wystąpienia przesłanki warunkującej wyłączenie stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia. W oparciu o stan faktyczny ustalony w toku postępowania wyjaśniającego na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego dokumentów oraz wyjaśnień, Prezes Urzędu stwierdza bowiem brak

lub naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które formułuje w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Tymczasem w piśmie z dnia 15 stycznia 2016 r. Zamawiający nie kwestionował faktu obowiązku stosowania przez niego ustawy Pzp przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia - lecz przeciwnie - merytorycznie odniósł się do zarzutów dotyczących naruszenia przez niego przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia podniesionych w piśmie z dnia 1 grudnia 2015 r. stanowiącym informację, o której mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy.

Nadto wskazano, że treść dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanych przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Urzędu w sposób jednoznaczny wskazuje na klasyczny charakter przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie - na obowiązek stosowania ustawy Pzp.

W treści ogłoszenia o zamówieniu na Rozbudowę, przebudowę i remont istniejącej Stacji Uzdatniania Wody na działce nr 1213/7, 1209, 1213/6, 1213/3 w miejscowości Żabno z dnia 8 października 2015 r. zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 266962 Zamawiający wskazał, że zamieszczenie ogłoszenia ma charakter obowiązkowy. Podobnie w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z dnia 8 grudnia 2015 r. (nr ogłoszenia: 334964-2015) wskazano na jego obowiązkowy charakter. W tym miejscu Kontrolujący zauważył, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 11 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, którego zamieszczenie w Biuletynie ze względu na wartość zamówienia albo konkursu nie jest obowiązkowe. W takim przypadku Zamawiający jest jednak zobowiązany do właściwego oznaczenia przekazywanego ogłoszenia poprzez wskazanie, że jego zamieszczenie w Biuletynie ma charakter nieobowiązkowy. W zaistniałym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym Zamawiający, zamieszczając ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz kategoryzując swoje działania jako „obowiązkowe” zakomunikował, że jest zobowiązany do stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo Kontrolujący podkreślił, że konsekwentnie prowadząc postępowanie w procedurze klasycznej Zamawiający przewidział w treści ww. ogłoszenia o zamówieniu możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który znajdował zastosowanie w procedurze klasycznej, nie zaś w oparciu o przepis art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajdujący zastosowanie w odniesieniu do zamówień sektorowych. Oznacza to, że Zamawiający z pełną konsekwencją prowadził przedmiotowe postępowanie w trybie procedury klasycznej.

W treści SIWZ Zamawiający wskazał, że trybem postępowania jest przetarg nieograniczony, na podstawie art. 39 ustawy Pzp, natomiast ustawa Prawo zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi wydanymi na podstawie jej delegacji są przepisami prawa, które obowiązują w toku całego postępowania (rozdział II pkt 1 i 2 SIWZ).

Ponadto zgodnie z treścią wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zostało przeprowadzone w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych (§1 pkt 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ).

Dodatkowo Kontrolujący wskazał, że w treści SIWZ Zamawiający zawarł pouczenie o przysługujących Wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia środkach ochrony prawnej uregulowanych w dziale VI ustawy Pzp. Zauważono, że w przypadku zamówień sektorowych, do których z uwagi na ich wartość ustawa Pzp nie ma zastosowania, środki ochrony prawnej przewidziane w dziale VI ustawy Pzp nie przysługują. Biorąc pod uwagę powyższe Kontrolujący stwierdził, że zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ prowadzą w sposób niepozostawiający wątpliwości do wniosku, że Zamawiający przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia publicznego był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp przewidzianych dla procedury klasycznej. Podkreślono, że w dokumentacji postępowania przekazanej na wezwanie Urzędu przez Zamawiającego brak jest informacji przeciwnej - mogącej wskazywać na sektorowy charakter przedmiotowego zamówienia.

Kontrolujący wskazał także, że przepisy rozdziału 5 ustawy Pzp odnoszące się do zamówień sektorowych mają zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do określonych zamawiających udzielających wyspecyfikowanych w ustawie zamówień. Przepisy te mają więc ograniczenia zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe. Skorzystanie z procedury określonej w rozdziale 5 ustawy Pzp jest zatem możliwe po spełnieniu ustawowych przesłanek, których zaistnienie w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamawiający zobowiązany jest wykazać. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający w treści wniesionych zastrzeżeń poza autorytarnym i blankietowym stwierdzeniem, że kwestionowane zamówienie ma charakter sektorowy nie wykazał, że spełnia przesłanki określone w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a co za tym idzie, czy jest uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 133 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do przedmiotowego zamówienia. Ponadto nie można wykluczyć sytuacji, w której przedmiotowe zamówienie mogło stanowić część zamówienia stanowiącą przedmiot odrębnego postępowania, którego wartość należałoby jednak poddać łącznemu szacowaniu, co nawet przy wykazaniu zaistnienia przesłanek z art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mogłoby prowadzić do przekroczenia kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i uniemożliwiłoby skorzystanie z dyspozycji art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, że właściwe oznaczenie przez Zamawiającego rodzaju postępowania oraz rodzaju stosowanej procedury jest obowiązkiem Zamawiającego, którego realizacja musi zostać uzewnętrzniona w dokumentacji postępowania, natomiast w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu sięga dalej - oznacza bowiem obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania szczególnej procedury lub wyłączenia spod stosowania przepisów ustawy Pzp. Ustalenia dokonane w toku przedmiotowej kontroli są słuszne - oparte o treść dokumentacji postępowania i wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego. Natomiast zastrzeżenia wniesione przez Zamawiającego pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do uznania, że zamówienie objęte kontrolą istotnie miało charakter sektorowy, bowiem Zamawiający nie wykazał w nich zaistnienia przesłanek warunkujących skorzystanie z procedury uregulowanej w treści rozdziału V ustawy Pzp. Przeciwnie - treść zastrzeżeń w tym zakresie jest sprzeczna z treścią dokumentacji stanowiącej podstawę przeprowadzenia kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu, z której jednoznacznie wynika, że przedmiotowe zamówienie miało charakter klasyczny. Co więcej - zastrzeżenia wniesione przez Zamawiającego charakteryzują się w tym zakresie wewnętrzną sprzecznością, bowiem Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał w nich, że (...) w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia zastosowanie miały przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w tym okresie, przy uwzględnieniu ówczesnego orzecznictwa, doktryny, piśmiennictwa i praktyki, a następnie uznał, że z uwagi na brzmienie art. 133 ust. 1 ustawy Pzp nie jest związany przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kontrolujący podkreślił, że istotnym jest, że złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia w przeważającej mierze sprowadzają się do przedstawiania dwutorowej argumentacji polegającej z jednej strony na próbie usankcjonowania sprzecznych z ustawą Pzp działań Zamawiającego przez powołanie się na przesłankę wyłączającą obowiązek stosowania przez niego ustawy uregulowaną w art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, zaś z drugiej strony na próbie wykazania zgodnego z ustawą Pzp przeprowadzenia przedmiotowego postępowania. Zamawiający zatem równolegle usiłuje wykazać, że przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia nie był zobowiązany do stosowania ustawy Pzp i jednocześnie, że przeprowadził przedmiotowe postępowanie w sposób zgodny z ustawą Pzp. Treść zastrzeżeń Zamawiającego nie może zostać w tym zakresie uznana za wiarygodną, gdyż stanowi jedynie aktualnie przyjętą przez Zamawiającego koncepcję obrony mającą na celu uchylenie się przed stwierdzonymi w toku kontroli doraźnej naruszeniami. Tymczasem pierwsza z tez stawianych przez Zamawiającego stoi w oczywistej sprzeczności z treścią dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, zachowaniem Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i

następnie w postępowaniu kontrolnym oraz nie została przez Zamawiającego udowodniona. Natomiast druga stanowi nieopartą dowodami polemikę z treścią Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 maja 2018 r. i nie zasługuje na uwzględnienie z poniżej przedstawionych względów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Oceniając stan faktyczny ustalony w sprawie w oparciu o przedłożoną dokumentację kontroli Izba uznała, że niewątpliwym w sprawie jest fakt, że Zamawiający - Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Dąbrowie Tarnowskiej sp z o.o realizując przetarg na wykonanie zamówienia pn. Rozbudowa, przebudowa i remont istniejącej Stacji Uzdatniania Wody na działce nr 1213/7, 1209, 1213/6, 1213/3 w miejscowości Żabno, przy wartości zamówienia 6.110.407,92 zł, co stanowiło równowartość 1.446.284,63 euro, było zamawiającym sektorowym dla którego to postępowania w oparciu o przepis art. 133 ust.1 w zw. z art. 132 ust.1 pkt Pzp nie miały zastosowania przepisy ustawy Pzp. Podkreślić należy, że w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania wartość zamówienia przekraczająca kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy dotyczących robót budowlanych wynosiła 5.186.000 euro. Kontrolujący nie wykazał jakichkolwiek obiektywnych okoliczności mogących wskazywać na zasadność przyjętego przez niego – dopiero na etapie formułowania odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, iż do przedmiotowego zamówienia mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w dotychczasowym orzecznictwie KIO jest utrwalona jednolita linia orzecznicza z której wynika stanowisko, iż każdy Zamawiający- w tym również zamawiający sektorowy może prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy Pzp mimo, iż ze względu na przepisy szczególne ustawy Pzp nie ma takiego obowiązku. Ustawa Pzp nie przewiduje sankcji dla Zamawiającego, który do postępowania stosuje przepisy ustawy Pzp mimo braku takiego obowiązku. Fakt dobrowolnego prowadzenia postępowania według przepisów Pzp nie tworzy dla Zamawiającego obowiązku stosowania przepisów tejże ustawy, a tym samym nie tworzy legitymacji dla wykonawców do wnoszenia odwołań od czynności Zamawiającego podjętych w takim postępowaniu.

Fakt wszczęcia, a także i przeprowadzenia postępowania w oparciu o dobrowolne stosowanie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie czyni z tego faktu obowiązku zamawiającego do stosowania w pełni przepisów tej ustawy.

Izba na marginesie powyższych ustaleń wskazuje, że w orzecznictwie KIO zarysowały się w zasadzie trzy sytuacje, kiedy Zamawiający prowadził postępowanie o

udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp mimo, iż nie miał takiego obowiązku, tj. 1) zamawiający nie posiadał wiedzy, iż jako zamawiający sektorowy nie musi przy zamówieniach poniżej progów unijnych stosować przepisów Pzp.; 2) zamawiający na etapie wszczynania postępowania przeoczył ten fakt i w następstwie tego, dalej postępowanie prowadził według ustawy Pzp; 3) zamawiający celowo stosował ustawę Pzp pomimo braku obowiązku, gdyż jak wielokrotnie na posiedzeniach KIO Zamawiający wskazywali, że stosowano ustawę Pzp do danego postępowania tylko dlatego, że dawało to pewność prawidłowości jego przeprowadzenia.

Powyższe wynika z szeregu przykładowych orzeczeń – Postanowień KIO: z dnia 30 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 563/12; z dnia 15 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1119/12; z dnia 21 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1217/12; z dnia 9 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2824/12; z dnia 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt: KIO 1554/14; z dnia 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1556/14 ;z dnia 25 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 971/15; z dnia 31 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1504/17; z dnia 10 sierpnia 2017 r. sygn. akt: KIO 1559/17; z dnia 12 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2080/17.

Odnosząc się do stanowiska Kontrolującego podanego w odpowiedzi na zastrzeżenia, iż właściwym momentem dla Zamawiającego na ustalenie okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy i poinformowania o tym Prezesa UZP był etap postępowania wyjaśniającego i to na tym etapie Zamawiający winien był wykazać, że jest w tym postępowaniu zamawiającym sektorowym, Izba powyższe stanowisko uznaje za niezasadne. Izba zauważa, że to Kontrolujący na tym etapie postępowania winien był jednoznacznie ustalić czy posiada legitymacje do kontroli przedmiotowego zamówienia tj, czy Zamawiający był zobowiązany do stosowania przepisów prawa Pzp. Prezes Urzędu może w oparciu o przepis art. 154 pkt 11 Pzp żądać od kierownika zamawiającego pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli. W aktach sprawy brak jest dokumentów potwierdzających, że Kontrolujący wyjaśniał czy przedmiotowe zamówienie nie jest zamówieniem sektorowym, mimo tego, że jak wskazano powyżej, stan faktyczny postępowania jednoznacznie wskazywał na taką sytuację. Zauważyć należy, że w odpowiedzi na zastrzeżenia Kontrolujący stwierdza, że *treść dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanych przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Urzędu w sposób jednoznaczny wskazuje na klasyczny charakter przedmiotowego zamówienia*. Jednakże nie wskazuje który z wskazanych w ustawie elementów wymaganych, aby dane zamówienie miało charakter sektorowy nie został spełniony przez Zamawiającego (art. 132 ust 1 pkt4, art. 133 ust.1 Pzp). Izba uznaje, że stwierdzenie w Wyniku kontroli, iż Zamawiający nie jest zamawiającym sektorowym wymaga od Kontroli wykazania w oparciu o konkretne ustalenia, że

zamawiający nie spełnia wymagań ustawowych. Wskazywanie, iż brak jest możliwości uznania Zamawiającego za zamawiającego sektorowego z tego powodu, iż Zamawiający nie wykazał tego faktu na wstępnym etapie postępowania wyjaśniającego, a podnosi dopiero na etapie wnoszenia zastrzeżeń do Wyniku kontroli nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Fakt, iż dane zamówienie w konkretnym stanie jest zamówieniem sektorowym do którego przepisy ustawy Pzp nie mają zastosowania wynika wprost z ustalonego stanu faktycznego oraz z przepisu ustawy i nie może być uzależniony od tego, czy Zamawiający się na ten fakt w trakcie kontroli powoła i go wykaże. To organ kontroli w razie powołania się wykonawcy na powyższą okoliczność winien w razie kwestionowania tego stanu prawnego, przeprowadzić stosowne postępowanie wyjaśniające i wykazać, że dane zamówienie nie jest objęte przepisami o zamówieniach sektorowych.

Izba uznaje, że w przedmiotowej sprawie brak było przeszkód, aby Kontrolujący po podniesieniu przez Zamawiającego zastrzeżenia w analizowanym zakresie, w oparciu o przepis art. 166 ust.2 Pzp podjął działania celem ustalenia zasadności zastrzeżenia Zamawiającego, iż *„Przedmiotowe zamówienie miało charakter zamówienia sektorowego, o jakim mowa w przepisie art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. (...)”*.

Kontrolujący wskazywał także, iż czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu wskazywały na to, że to zamówienie jest zamówieniem klasycznym, a nie sektorowym. W tym zakresie podniósł, że Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w dniu 8 października 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 266962 wskazując że zamieszczenie ogłoszenia ma charakter obowiązkowy. Izba opierając się na stanowisku wyrażonym w ww. Postanowieniach KIO stwierdza, że sam fakt publikacji Ogłoszenia w oficjalnym publikatorze nie czyni z przyjętej procedury postępowania, procedury do której należy stosować ustawę Pzp.

Kolejnym argumentem mającym przemawiać za nieuznaniem przedmiotowego zamówienia, jako zamówienia sektorowego według Kontrolującego, jest zarzut pod adresem Zamawiającego, iż Zamawiający zobowiązany był udzielić Prezesowi Urzędu informacji w zakresie ewentualnego faktu wystąpienia przesłanki warunkującej wyłączenie stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia. Izba w tym zakresie uznaje, że to rolą Kontrolującego jak wyżej wskazano było ustalenie właściwego stanu faktycznego w kontrolowanym postępowaniu, aby organ wykazał swoją właściwość do przeprowadzenia kontroli. Izba nadmienia, że w dorobku orzecznictwa Izby wystąpiło szereg orzeczeń obejmujących stan faktyczny, kiedy zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp mimo tego, że będąc zamawiającym sektorowym nie był do tego zobowiązany.

Kolejnym elementem mającym przemawiać, za kwestią iż przedmiotowe zamówienie nie jest zamówieniem sektorowym, według Kontrolującego jest to, że w treści SIWZ Zamawiający zawarł pouczenie o przysługujących Wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia środkach ochrony prawnej uregulowanych w dziale VI ustawy Pzp w sytuacji, kiedy w przypadku zamówień sektorowych, do których z uwagi na ich wartość ustawa Pzp nie ma zastosowania, środki ochrony prawnej przewidziane w dziale VI ustawy Pzp nie przysługują. Izba odnosząc się do tego stanowiska wskazuje, że w ww. orzeczeniach KIO jednoznacznie jest uznawane przez Izbę, że błędne pouczenie wykonawców w zakresie możliwości wnoszenia środków odwoławczych od czynności takiego zamawiającego zamieszczone w SIWZ nie rodzi po stronie wykonawców uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp nie jest obligatoryjne.

Kolejny argument Kontrolującego, iż skorzystanie z procedury określonej w rozdziale 5 ustawy Pzp odnoszącym się do zamówień sektorowych jest możliwe po spełnieniu ustawowych przesłanek, których zaistnienie w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamawiający zobowiązany jest wykazać. Zdaniem Izby Kontrolujący nie wykazał, że przedmiotowe zamówienie nie może być uznane za zamówienie sektorowe poniżej progów unijnych, a ponadto w ustawie Pzp brak jest przepisu, który uzależniał by możliwość podnoszenia w zastrzeżeniach do Wyniku kontroli argumentów o których w trakcie kontroli Zamawiający nie poinformował Kontrolującego.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izba stwierdza, że fakt bycia zamawiającym sektorowym i brak podstaw do stosowania ustawy Pzp wynika wprost z przepisu ustawy i nie może być uzależniony od tego czy Zamawiający się na ten fakt w trakcie kontroli powołał i go z własnej inicjatywy wykazał. Izba uznała, że Kontrolujący nie wykazał podstaw prawnych i faktycznych w oparciu o które można by uznać, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest zamówieniem klasycznych, a nie sektorowym, do którego ze względu na wartość robót zgodnie z treścią art. 133 ust.1 Pzp ustawy się nie stosuje. Wobec braku obowiązku stosowania w tym postępowaniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, to tym samym brak jest podstaw do zarzucania Zamawiającemu naruszenia przepisów tejże ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważenia Izba uznała, że brak jest podstaw prawnych do kwestionowania w oparciu o ustawę Pzp czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu w sytuacji, kiedy z mocy przepisu szczególnego ustawa do danego zamówienia nie ma zastosowania.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....