

WYROK
z dnia 11 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Centroplast" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Mazury,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Trojanów,**

przy udziale Uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy **Z.Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno - Budowlanych Z.Ć.,** zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2431/23

Uzasadnienie

Gmina Trojanów zwany dalej: „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania ofertowego, którego przedmiotem są „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Trojanów”, (znak sprawy: RI.271.7.Z.2023), zwane dalej „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ani Biuletynie Zamówień Publicznych.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 sierpnia 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Centroplast" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w m. Mazury (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniu, polegających na:

- 1) Zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy, mimo że Zamawiający był do tego obowiązany,
- 2) Zaniechanie dokonania należytej kwalifikacji zamówienia, jako zamówienia klasycznego i zakwalifikowanie go jako zamówienia sektorowego, co doprowadziło do wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp, z uwagi na nieprzekroczenie progu 5 382 000,00 euro dla zamówienia sektorowego,
- 3) Zaniechanie unieważnienia postępowania, z uwagi na jego wszczęcie bez zastosowania procedur wskazanych w ustawie Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 2 ust. 1 pkt 1 i pkt 2) ustawy Pzp, w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1) i z art. 5 ust. 4 pkt 1) ustawy Pzp i w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym, a zatem z uwagi na jego wartość poniżej 5 382 000,00 euro, nie stosuje się w toku jego udzielania przepisów ustawy Pzp, pomimo że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem klasycznym o wartości wyższej niż progi, określone na podstawie art. 2 ust 1 pkt 1) ustawy Pzp, a tym samym Zamawiający zobowiązany jest udzielić tego zamówienia w jednym z trybów wskazanych w ustawie Pzp, stosownych dla tego rodzaju zamówień klasycznych;
2. art. 16 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 255 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania, z uwagi na jego wszczęcie bez zastosowania procedur wskazanych w ustawie Pzp, a także poprzez błędne przyjęcie, że

Zamawiający jest uprawniony do prowadzenia postępowania i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo nie zastosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia klasycznego, przez co nie jest możliwe udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy dotyczącej zamówienia publicznego,
- 2.dokonania ogłoszenia zamówienia publicznego i przeprowadzenie postępowania zgodnie z trybem ustawowym, wymaganym dla zamówień klasycznych..

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ jest podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia i prowadzenie przez Zamawiającego postępowania na podstawie przepisów ustawy Pzp umożliwiłoby Odwołującemu korzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie wobec postanowień określonych przez Zamawiającego w SWZ, a w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, oraz postanowieniach umownych, a w konsekwencji zakwestionowanie postanowień ograniczających uczciwą konkurencję i wskazujących na jednego producenta zamawianego urządzenia, tj. przydomowej oczyszczalni ścieków. Odwołujący wskazał, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez niego szkody – polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bez stosowania przepisów ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane. Zamawiający uznał, że postępowanie jest prowadzone w celu udzielenia zamówienia sektorowego i na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp) podlega wyłączeniu z obowiązku stosowania procedur zawartych w ustawie Pzp. Zamawiający nie wskazał, w dokumentach zamówienia żadnej innej podstawy prawnej czy faktycznej, która pozwoliłaby mu zakwalifikować zamówienie jako sektorowe. Do chwili wniesienia odwołania, Zamawiający nie udostępnił również Odwołującemu Protokołu postępowania, ani innego dokumentu zawierającego uzasadnienie zastosowania reżimu zamówienia sektorowego.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do uznania go za zamówienie sektorowe i w konsekwencji prowadzenie postępowania bez stosowania przepisów ustawy Pzp. Takie działanie Zamawiającego nakierowane jest wyłącznie na ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez uniemożliwienie im korzystania ze środków ochrony prawnej przysługujących na podstawie ustawy Pzp.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę oferującego rozwiązanie charakterystyczne dla jednego producenta, w zakresie konieczności łącznego spełnienia wymagania dotyczącego monolitycznej nadbudowy o wysokości minimum 50 cm oraz energochłonność (maksymalnego zużycia energii elektrycznej przez oczyszczalnię) na poziomie 0,30 kWh. Przedmiotowe wymagania były kwestionowane przez Odwołującego w drodze odwołań wniesionych w postępowaniach prowadzonym przez Gminę Piaski (sygn. akt KIO 1984/23), Gminę Łopuszno (sygn. akt KIO 1951/23) oraz w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Milejczyce (sygn. akt 1985/23). W przypadku Gminy Piaski i Gminy Łopuszno po wniesieniu odwołania zamawiający dokonali modyfikacji SWZ poprzez usunięcie w/w wymagań, a w konsekwencji Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. W przypadku postępowania prowadzonego przez Gminę Milejczyce, Izba w sprawie o sygn. akt KIO 1985/23 uwzględniła sformułowany przez Odwołującego zarzut, iż wprowadzenie przedmiotowych wymagań do opisu przedmiotu zamówienia powoduje, że został on sporządzony w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, gdyż wskazuje na rozwiązania jednego producenta. Zaniechanie prowadzenia postępowania z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp uniemożliwia Odwołującemu podjęcie kroków zapobiegających temu naruszeniu.

Odwołujący jest podmiotem działającym na rynku zamówień publicznych od wielu lat w zakresie przydomowych oczyszczalni ścieków. W swojej praktyce Odwołujący nie spotkał się z prowadzeniem postępowania przez gminę na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w reżimie zamówień sektorowych. Również w tym przypadku nie występują przesłanki umożliwiające Zamawiającemu udzielenie zamówienia z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie jest zamawiającym sektorowym, zatem co do zasady ma obowiązek udzielania zamówień jako zamówień klasycznych.

O tym, czy zamówienie udzielane przez zamawiającego nie sektorowego ma charakter zamówienia sektorowego, decyduje m.in. fakt udzielania go w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonych w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp zamawiającymi sektorowymi są zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4. Natomiast ust. 4 stanowi, iż:

Działalnością sektorową w zakresie:

1) gospodarki wodnej jest:

a) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej,

b) dostarczanie wody pitnej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:

- produkcja wody pitnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1-4,

oraz

- dostarczanie wody pitnej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% wielkości jego łącznej produkcji,

c) związane z działalnością, o której mowa w lit. a i b, działania w zakresie:

- projektów dotyczących 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,

- odprowadzania lub oczyszczania ścieków.

Jak wskazano w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych pod redakcją H. Nowaka, w sektorze gospodarki wodnej działalnością sektorową jest przede wszystkim udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczanie wody pitnej do takich sieci. (...) Do tej kategorii działalności sektorowej zaliczają się też działania w zakresie odprowadzania lub oczyszczania ścieków.

Objęcie działalnością sektorową w obszarze gospodarki wodnej również działań polegających na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków jest jednak uzależnione od prowadzenia przez podmiot podejmujący działania z zakresu odprowadzania lub oczyszczania ścieków również działalności wymienionej w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Innymi słowy art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c tiret drugie ustawy Pzp umożliwia stosowanie przepisów sektorowych do zamówień związanych z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków, w sytuacji gdy zamówień tych udziela podmiot prowadzący działalność sektorową polegającą na udostępnianiu lub obsłudze stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczaniem wody pitnej do takich sieci, a udzielane zamówienia związane są z tą działalnością. Tym samym podmiot nieprowadzący działalności, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a lub b, nie wykonuje działalności sektorowej z zakresu gospodarki wodnej, jeśli podejmuje się działalności tylko związanej z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków.

Na stronie Zamawiającego, jest informacja, iż administratorem sieci wodociągowej jest przedsiębiorstwo Usługi Instalacyjno Sanitarne Wod- Kan, CO, Gaz J.H. ul. Sądowa 12, 08-460 Sobolew. Zatem istnieją wątpliwości czy i w jakim zakresie Zamawiający prowadzi działalność o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp.

Jednocześnie w doktrynie wskazuje się, iż „reżim sektorowy będzie właściwy do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków. Zakres zastosowania należy ustalić w związku z działalnością polegającą na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków w ramach zbiorowego odprowadzania ścieków określonej w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków.” Tak: M. Stachowiak w Prawo zamówień publicznych. Komentarz D.W. i in., opubl. WKP 2021 za Lex.

W przypadku przydomowych oczyszczalni ścieków nie mamy do czynienia ani z siecią kanalizacyjną, ani ze zbiorowym odprowadzaniem ścieków.

Jak wskazano powyżej działalność sektorowa w zakresie gospodarki wodnej jest uregulowana głównie w ustawie z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t. j. Dz.U. z 2023r. poz. 537, dalej „ustawa ZZW”) Zgodnie z art. 2 pkt 21 ustawy ZZW, zbiorowe zaopatrzenie w wodę to działalność polegająca na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody prowadzona przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Zgodnie z komentarzem do Zamówień Sektorowych autorstwa A.K. i A.S. (Zamówienia sektorowe. Komentarz WKP 2022 za LEX) działalność tę należy utożsamiać tę działalność z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej, a także z dostarczaniem wody pitnej do sieci, w rozumieniu art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a–b ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 20 ustawy ZZW, zbiorowe odprowadzanie ścieków to działalność polegająca na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków prowadzona przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Zdaniem autorek Komentarza, art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c ustawy Pzp dotyczący odprowadzania lub oczyszczania ścieków, odnosi się do tej aktywności.

Przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym w rozumieniu art. 2 pkt 4 ustawy ZZW, jest przedsiębiorca w rozumieniu przepisów Prawa przedsiębiorców, jeżeli prowadzi działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków, oraz gminne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej prowadzące tego rodzaju działalność.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy ZZW, na przedsiębiorstwie wodociągowo-kanalizacyjnym ciąży obowiązek zapewnienia

zdolności posiadanych urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych do realizacji dostaw wody w wymaganej ilości i pod odpowiednim ciśnieniem oraz dostaw wody i odprowadzania ścieków w sposób ciągły i niezawodny, a także zapewnienia należytej jakości dostarczanej wody i odprowadzanych ścieków. W zakresie obowiązków wymienionych podmiotów mieści się zatem również budowa, modernizacja i utrzymanie sieci, a także ich udostępnianie, zarządzanie i eksploatacja.

Natomiast przez sieć, zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy ZZW, należy rozumieć w szczególności przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, dzięki którym dostarczana jest woda lub odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego.

Do urządzeń kanalizacyjnych, zgodnie z art. 2 pkt 14 ustawy ZZW, zalicza się, sieci kanalizacyjne, także wyloty urządzeń kanalizacyjnych służących do wprowadzania ścieków do wód lub do ziemi oraz urządzenia podczyszczające i oczyszczające ścieki oraz przepompownie ścieków. Zatem w zakresie pojęcia działalności związanej z oczyszczaniem ścieków wskazanej w art. 5 ust. 1 ustawy ZZW mieści się udostępnianie i obsługa takich sieci. (por. A.K. i A.S., Zamówienia sektorowe. Komentarz WKP 2022 za LEX).

Z powyższego wynika, iż działalność w zakresie odprowadzania lub oczyszczania ścieków, aby została zakwalifikowana jako działalność sektorowa, musi być związana z udostępnianiem i obsługą sieci, a także mieć charakter zbiorowy.

W przypadku przydomowych oczyszczalni ścieków nie występuje żaden z tych elementów. Przydomowe oczyszczalnie ścieków są wykorzystywane wyłącznie przez mieszkańców danej nieruchomości na której zostały zamontowane – do oczyszczalni odprowadzane są wyłącznie ścieki pochodzącej z tej konkretnej nieruchomości i tylko te ścieki są w niej oczyszczane.

Nadinterpretacja przepisów ustawy, rozszerzająca zakres zamówień sektorowych kosztem zamówień klasycznych - jest niedozwolona. Celem ustawy Pzp jest m.in. aktywizacja sektora MŚP, która jest egzekwowana m.in. przez ścisłą interpretację definicji zamówienia sektorowego.

Wskazać również należy, iż kwalifikacja budowy przydomowych oczyszczalni ścieków przez gminę, jako zamówienia sektorowego ma charakter precedensowy. Wszystkie dotychczasowe, znane Odwołującemu, postępowania prowadzone były w ramach zamówień klasycznych. Zatem kwalifikacja niniejszego zamówienia jako sektorowego, w szczególności w przypadku tak wysokiego progu, od którego warunkuje się stosowanie przepisów ustawy (5 382 000,00 euro euro), zdaniem Odwołującego stanowi próbę obejścia przepisów ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający uprawniony jest do nieograniczonej dowolności przy kształtowaniu przedmiotu zamówienia przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia, błędnie sklasyfikowanego jako sektorowego.

Jak wynika z informacji zawartych na stronie internetowej Zamawiającego, również ten Zamawiający dwukrotnie prowadził postępowania na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w reżimie zamówień klasycznych:

1. W roku 2013r.: „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków” .Znak sprawy: DM.271.4.2013 Postępowanie prowadzone było w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych /tekst jednolity: Dz. U z 2010r. , Nr 113, poz. 759 z późn. zm./ zwanej dalej ustawą, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W roku 2020r. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Trojanów” Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o przetargu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: 568142-N-2020, data zamieszczenia: 31.07.2020 r.

Zgodnie z treścią art. 255 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego przedmiotowe postępowanie obarczone jest taką właśnie wadą. Kontynuowanie postępowania w obecnej formie narusza zasady prawa krajowego i unijnego dot. równego traktowania i zakazu dyskryminacji, co ma przesądzający wpływ na wynik postępowania. Tym samym na obecnym etapie postępowania, jedynym środkiem zaradczym pozostaje unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp oraz nakazanie Zamawiającemu jego ogłoszenia w trybie konkurencyjnym, stosownym dla zamówienia klasycznego o wartości, która determinuje obligatoryjne stosowanie przepisów ustawy Pzp.

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2023 r. zgłosił wykonawca Z.Ć. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno - Budowlanych Z.Ć., który wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Z.Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno - Budowlanych Z.Ć., (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, dopuszczone przez Izbę w poczet materiału dowodowego, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

1) Dowody Zamawiającego:

- a) Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Trojanów”
- b) Uchwałę Rady Gminy w Trojanowie nr LXVIII/336/2023 z dnia 29 sierpnia 2023 r. w sprawie zmian w budżecie gminy na rok 2023
- c) Umowę dzierżawy do obsługi i eksploatacji sieci wodociągowej i infrastruktury technicznej zawartej dnia 2 maja 2012 r. z firmą Usługi Instalacyjno Sanitarne WOD_KAN, CO, GAZ – J.H.

2) Dowody Uczestnika:

- a) Pismo Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 czerwca 2022 r. dot. wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej zadania pn. Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Olesno” oraz ogłoszenie o zamówieniu publicznym dot. ww. postępowania
- b) Zestawienie ogłoszeń o wszczęciu postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w latach 2021-2023, których przedmiotem była działalność w zakresie gospodarki wodnej
- c) Ogłoszenie o zamówieniu publicznym z 2021 r. prowadzonym w reżimie sektorowym przez Gminę Ostrów Mazowiecka, którego przedmiotem była „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków w ramach zadania: Gospodarka wodno-ściekowa na terenie Gminy Ostrów Mazowiecka

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp – Przepisy ustawy stosuje się do udzielania:

1) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych;

2) zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych

Art. 5 ust. 1 pkt 1 pzp – Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4.

Art. 5 ust. 4 pkt 1 pzp – Działalnością sektorową w zakresie gospodarki wodnej jest:

a) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej,

b) dostarczanie wody pitnej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:

- produkcja wody pitnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do

prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1-4, oraz

- dostarczanie wody pitnej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% wielkości jego łącznej produkcji,

c) związane z działalnością, o której mowa w lit. a i b, działania w zakresie:

- projektów dotyczących 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,

- odprowadzania lub oczyszczania ścieków.

Art. 255 ust. 1 pkt 6 pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

Art. 457 ust. 1 pkt 1) pzp – *Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z artykułem 5 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, działalnością sektorową w zakresie w zakresie gospodarki wodnej jest:

a) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej,

b) dostarczanie wody pitnej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:

- produkcja wody pitnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1-4, oraz

- dostarczanie wody pitnej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% wielkości jego łącznej produkcji,

c) związane z działalnością, o której mowa w lit. a i b, działania w zakresie:

- projektów dotyczących 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,

- odprowadzania lub oczyszczania ścieków.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że objęcie działalnością sektorową w obszarze gospodarki wodnej również działań polegających na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków jest uzależnione od prowadzenia przez podmiot podejmujący działania z zakresu odprowadzania lub oczyszczania ścieków również działalności wymienionej w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Innymi słowy art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c tiret drugie ustawy Pzp umożliwia stosowanie przepisów sektorowych do zamówień związanych z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków, w sytuacji gdy zamówień tych udziela podmiot prowadzący działalność sektorową polegającą na udostępnianiu lub obsłudze stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczaniem wody pitnej do takich sieci, a udzielane zamówienia związane są z tą działalnością. Tym samym podmiot nieprowadzący działalności, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a lub b, nie wykonuje działalności sektorowej z zakresu gospodarki wodnej, jeśli podejmuje się działalności tylko związanej z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków.

W ocenie składu orzekającego w przedmiotowym przypadku Odwołujący nie wykazał jednak, że Zamawiający nie wykonuje działalności sektorowej z zakresu gospodarki, w szczególności nie zostały potwierdzone podnoszone w treści odwołania wątpliwości czy i w jakim zakresie Zamawiający prowadzi taką działalność z uwagi na powierzenie czynności z zakresu administrowania siecią wodociągową podmiotowi trzeciemu tj. Przedsiębiorstwo Usługi Instalacyjno Sanitarne Wod- Kan, CO, Gaz J.H.. Izba przyjęła w tym zakresie za wiarygodne stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku rozprawy, że pomimo zawarcia z ww. podmiotem umowy dzierżawy z dnia 2 maja 2012 r. Zamawiający przestał być

zarządcą i administratorem sieci, czy też utracił władztwo nad siecią wodnokanalizacyjną. Zamawiający pozostaje właścicielem rzeczonyj sieci i z jego środków za pośrednictwem podmiotu trzeciego prowadzone są czynności dotyczące jej technicznej obsługi i eksploatacji tej sieci, a szczegóły jej eksploatacji określa również Zamawiający w wydanych przez siebie regulaminach. Ponadto treść umowy w żaden sposób nie wskazuje, aby Zamawiający przeniósł poprzez jej zawarcie realizację zadań własnych gminy określonych w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym z dnia 8 marca 1990 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 95 z późn. Zm.) tj. zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz. Okoliczność, że Zamawiający nie prowadzi działalności w zakresie określonym w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c) ustawy pzp nie została również wykazana przez Odwołującego, tym samym należy stwierdzić, że Zamawiający mógł zakwalifikować przedmiotowe postępowanie jako sektorowe.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, aby przedmiot prowadzonego postępowania tj. budowa przydomowych oczyszczalni ścieków nie była objęta definicją zawartą w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c) ustawy pzp. Definicja powyższa zawarta w przywoływanym przepisie ustawy, jak również w art. 10 ust. 2 lit. b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Ur.UE.L Nr 94, str. 243) jest ogólna, nie precyzuje w sposób konkretny i szczegółowy, jaki jest konkretny zakres działalności sektorowej w zakresie odprowadzania i oczyszczania ścieków.

Odwołujący stawiając zarzut naruszenia przez Zamawiającego powyżej zacytowanego artykułu w argumentacji powoływał się na ustawę z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t. j. Dz.U. z 2023r. poz. 537, dalej „ustawa ZZW”) wywodząc, że w ustawie tej działalność w zakresie odprowadzania lub oczyszczania ścieków, aby została zakwalifikowana jako działalność sektorowa, musi być związana z udostępnianiem i obsługą sieci, a także mieć charakter zbiorowy, a zatem pojęcie obsługa sieci, użyte w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit c) ustawy pzp, nie może obejmować budowy przydomowych oczyszczalni ścieków, gdyż te nie spełniają tych wymogów. Należy wskazać, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie odnosi się do ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, a zatem jest to jedynie opinia Odwołującego. Należy także zaznaczyć, że nawet w swoim piśmie procesowym Odwołujący powołuje się na stanowisko doktryny zawarte w komentarzu do ustawy, co potwierdza, że twierdzenia Odwołującego nie są poparte jednoznacznym wyznacznikiem wynikającym z przepisów prawa. W konsekwencji, nie ma możliwości przypisania Zamawiającemu wskazywanego przez Odwołującego naruszenia przepisów prawa.

Izba może stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego ww. artykułu w sytuacji, gdy naruszenie nie budzi wątpliwości. Wobec tak ogólnej definicji przytoczonej powyżej, brak jest możliwości stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu.

Zamawiający klasyfikując zamówienie, przy tak ogólnej definicji, jak wyrażona w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c) ustawy pzp, mógł uznać, że budowa przydomowych oczyszczalni ścieków może zostać zakwalifikowana jako zamówienie sektorowe. Rozwiązanie takie może zostać zakwalifikowane jako szeroko pojęte rozwiązaniem spraw gospodarki ściekowej, o którym mowa w ustawie z dnia z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz.U. z 2017 r. poz. 1566 z późn. Zm.). Zgodnie z brzmieniem art. 83 ust. 4 tejże ustawy w miejscach, gdzie budowa systemów kanalizacji zbiorczej nie przyniosłaby korzyści dla środowiska lub powodowałaby nadmierne koszty, należy stosować systemy indywidualne lub inne rozwiązania zapewniające ten sam co systemy kanalizacji zbiorczej poziom ochrony środowiska W ocenie składu orzekającego mając na uwadze powyższe, a także przywoływaną przez Zamawiającego okoliczność rozproszonej zabudowy występującej na terenie gminy, znaczącą ilość budowanych obiektów uprawnione było uznanie, że przedmiot niniejszego postępowania obejmuje działalność w zakresie odprowadzania lub oczyszczania ścieków, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c) ustawy pzp.

Nie można się również zgodzić z Odwołującym, że kwalifikacja budowy przydomowych oczyszczalni ścieków przez gminę, jako zamówienia sektorowego ma charakter precedensowy Każda ze stron i uczestników postępowania powołała się na postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone przez innych zamawiających. Przedstawione przez strony i uczestnika postępowania dowody w postaci ogłoszeń o zamówienie w innych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających potwierdzają jedynie, że zamawiający różnie kwalifikują postępowania, co potwierdza tylko tezę o niejednoznaczności definicji działalności sektorowej w dziedzinie odprowadzania lub oczyszczania ścieków. Niejednoznaczność i ogólność definicji oznacza, że możliwe było uznanie przez Zamawiającego, że zamówienie, którego przedmiotem jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków, może zostać zakwalifikowane jako sektorowe, a zatem nie jest możliwe uwzględnienie zarzutu Odwołującego i stwierdzenie, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest tak, jak stwierdził Odwołujący w odwołaniu, że wszyscy zamawiający prowadząc postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest analogiczny zakres robót kwalifikują to

zamówienie jako sektorowe. Okoliczność ta nie została przez Odwołującego wykazana.

Nie jest również tak, jak twierdził Odwołujący, że skoro Zamawiający powołuje się na wyjątek w postaci wyłączenia stosowania ustawy, to na nim w przedmiotowym postępowaniu spoczywa ciężar dowodowy w zakresie wykazania tych okoliczności. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie sprostął tym wymaganiom, ponieważ jego zarzuty wynikają z jego interpretacji przepisów, które nie zostały poparte adekwatnymi dowodami, a argumenty przez niego podnoszone nie znajdują uzasadnienia w brzmieniu obowiązujących przepisów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: