

Sygn. akt: KIO 947/12

WYROK
z dnia 22 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Honorata Łopianowska**
Piotr Kozłowski
Jolanta Markowska

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2012 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Piasecznie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Konstancin – Jeziorna w Konstancinie - Jeziornie przy udziale wykonawcy Saur Konstancja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Piasecznie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Piasecznie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Piasecznie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie na rzecz zamawiającego Gminy Konstancin – Jeziorna w Konstancinie - Jeziornie kwotę 3.600

zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający w dniu 2 maja 2012 r. zamieścił ogłoszenie nr 2012/S 84-137577 o zamiarze zawarcia umowy (ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante) na „*Wyłonienie Partnera prywatnego do realizacji usługi polegającej na oczyszczaniu ścieków komunalnych z terenu Gminy Konstancin-Jeziorna.*” w trybie zamówienia z wolnej ręki, o wartości szacunkowej 338 236 308,71 zł.

W uzasadnieniu zamawiający podał jako podstawę zastosowania trybu przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy prawo zamówień publicznych, wskazując, że usługi mogą być zrealizowane lub dostarczone tylko przez określonego oferenta z przyczyn technicznych. Zamawiający podał, że istniejący system kanalizacji w Gminie Konstancin-Jeziorna jest podłączony do oczyszczalni ścieków zlokalizowanych na terenie, którego użytkownikiem wieczystym i dzierżawcą jest spółka SAUR KONSTANCJA Sp. z o.o. i jest to jednocześnie jedyna istniejąca oczyszczalnia ścieków w Konstancinie-Jeziorna. W związku z powyższym SAUR KONSTANCJA Sp. z o.o. jest obiektywnie jedynym podmiotem, który może świadczyć usługi w zakresie oczyszczania ścieków komunalnych z terenu Gminy Konstancin-Jeziorna. Zamawiający dalej uzasadnił, iż Gmina Konstancin-Jeziorna jest wskazana w Krajowym Programie Oczyszczania Ścieków Komunalnych jako aglomeracja o równoważnej liczbie mieszkańców powyżej 2000, a co za tym idzie – nałożony jest na nią obowiązek posiadania zlokalizowanej na terenie aglomeracji oczyszczalni ścieków komunalnych oraz realizacji przedsięwzięć w zakresie budowy, rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków. W związku z faktem, że na terenie Gminy Konstancin-Jeziorna istnieje już oczyszczalnia ścieków, której lokalizacja jest zgodna z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego i studium uwarunkowań kierunków zagospodarowania przestrzennego, uzasadniona jest jej modernizacja i dalsza eksploatacja. Gmina Konstancin-Jeziorna, mająca status aglomeracji, posiadająca na swoim terenie oczyszczalnię ścieków, jest zobowiązana do posiadania na swoim terenie i wykorzystywania posiadanej oczyszczalni; Gmina nie ma możliwości poniesienia nakładów inwestycyjnych na dostosowanie infrastruktury do innych lokalizacji oczyszczalni poza Gminną.

Wobec dokonania wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz zaniechania udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, odwołujący w dniu

8 maja 2012 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy, poprzez jego zastosowanie, pomimo iż przedmiotowe zamówienie może być wykonane nie tylko przez jednego wykonawcę; a także art. 7 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wybór niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego pomimo braku podstaw do jego zastosowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki oraz nakazanie przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych.

Odwołujący uzasadnił w sposób następujący posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w przypadku dokonania przez zamawiającego wyboru jednego z trybów konkurencyjnych udzielenia zamówienia publicznego odwołujący mógłby również złożyć ofertę na „*Wyłonienie Partnera prywatnego do realizacji usługi polegającej na oczyszczaniu ścieków komunalnych z terenu Gminy Konstancin-Jeziorna*”. Odwołujący bowiem prowadzi działalność, której jednym z podstawowych zadań są usługi w zakresie zbiorowego odprowadzania i oczyszczania ścieków. Zamawiający i odwołujący prowadzili negocjacje w sprawie współpracy w zakresie odbioru i oczyszczania ścieków z terenu Gminy Konstancin-Jeziorna.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż:

- zgodnie z poglądami ugruntowanymi w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, jaką jest udzielanie ich w trybach zapewniających konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powyższe stanowisko jest w pełni zgodne z orzecznictwem sądowym, które też jest w tej sprawie jednolite. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 06.07.2001 r., III RN 16/01 podano: „*przepis pozwalający na udzielenie zamówienia z wolnej ręki powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu*”;
- podstawa prawna podana przez zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki tj. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy nie ma w żaden sposób zastosowania. Posiadanie przez Saur Konstancja Sp. z o.o. oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Konstancin-Jeziorna nie wyklucza możliwości świadczenia usług będących przedmiotem

zamówienia przez inny podmiot. Powołany przez zamawiającego KPOŚK jest wiążący dla gmin/aglomeracji jedynie w zakresie wskazanym w ustawie z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne, to jest w zakresie, o którym mowa w art. 208 ust. 1 w/w ustawy. Pozostałe wytyczne określone w KPOŚK mają dla aglomeracji jedynie znaczenie kierunkowe i orientacyjne, a nie bezwzględnie wiążące. Potwierdzeniem tego jest fakt, iż terminy, o których mowa w art. 43 ust. 3a pkt 2 ustawy Prawo wodne realizacji obowiązków aglomeracji wskazanych w art. 43 ust. 1 powyższej ustawy moc wiążącą zyskują dopiero na podstawie art. 208 ustawy Prawo wodne. Bez takiej jednoznacznie wskazanej woli ustawodawcy treść KPOŚK nie jest dla aglomeracji wiążąca. Z tego względu zamawiający z treści KPOŚK nie może wyprowadzać żadnych wiążących dla siebie ograniczeń dla stosowania ustawy, o ile KPOŚK, na który powołuje się zamawiający nie jest przewidziany w ustawie Prawo wodne jako bezwzględnie obowiązujący. Dotyczy to właśnie rzekomej konieczności posiadania przez aglomerację własnej oczyszczalni ścieków. Ustawa Prawo wodne w żaden sposób nie zobowiązuje aglomeracji (w tym przypadku aglomeracji Konstancin-Jeziorna) do posiadania na jej terenie oczyszczalni ścieków. Artykuł 43 ust. 1 ustawy Prawo wodne nakłada bowiem na aglomeracje o równoważnej liczbie mieszkańców powyżej 2.000 jedynie obowiązek posiadania systemu kanalizacji zbiorczej, ale nie oczyszczalni ścieków. System kanalizacji zbiorczej zgodnie z w/w przepisem powinien być podłączony do oczyszczalni ścieków, ale ustawodawca nie nałożył obowiązku jej lokalizacji na terenie aglomeracji. Wbrew twierdzeniu zamawiającego nie istnieje przepis, który by nakazywał aglomeracji obowiązek eksploatacji oczyszczalni zlokalizowanej na jej terenie. Zgodnie z zapisami Dyrektywy Rady z dnia 21 maja 1991 r. dotyczącej oczyszczania ścieków komunalnych (91/271/EWG), państwa członkowskie mają zapewnić aby w terminach w niej wskazanych wszystkie aglomeracje wyposażone były w system zbierania ścieków komunalnych, a nie w oczyszczalnie ścieków (art. 3 ust. 1 Dyrektywy). Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 5) system zbierania oznacza system przewodów i kanałów, przez który gromadzone i odprowadzane są ścieki komunalne.

- nieprawdą jest, iż Saur Konstancja Sp. z o.o. jest jedynym obiektywnym dostawcą przedmiotu zamówienia. To, że na terenie aglomeracji zlokalizowana jest oczyszczalnia ścieków nie ma znaczenia formalnego dla ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy Prawo wodne, brak jest bowiem przepisu, który wiązałby te zagadnienia. Lokalizacja przedmiotowej oczyszczalni na terenie Gminy Konstancin-Jeziorna, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie jest argumentem, by w ubieganiu się o zlecenie świadczenia usług taka oczyszczalnia nie konkurowała z innymi dostawcami usług, tym bardziej, że i tak firma Saur

Konstancja Sp. z o.o. ma przewagę konkurencyjną, bowiem konkurenci będą musieli obciążyć zaoferowaną cenę kosztami tłoczenia ścieków do ościennych gmin oraz kosztami inwestycji w infrastrukturę.

- zamawiający i odwołujący prowadzili negocjacje w sprawie odbioru i oczyszczania ścieków z terenu Gminy Konstancin-Jeziorna przez odwołującego. Podczas spotkań oraz w prowadzonej korespondencji zamawiający nigdy nie podnosił, iż przedmiot zamówienia nie może być realizowany przez odwołującego z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Jedynym argumentem zamawiającego przemawiającym za udzieleniem zamówienia firmie Saur Konstancja Sp. z o.o. był brak środków finansowych związanych z koniecznością rozbudowy infrastruktury kanalizacyjnej, co potwierdza załączone do odwołania pismo z dnia 29 marca 2012 r. Powyższe jednak nie może stanowić podstawy do zastosowania przez zamawiającego wyjątkowego trybu zamówienia publicznego tj. zamówienia z wolnej ręki.

- argumentacja powołana przez zamawiającego w ogłoszeniu, iż Gmina Konstancin-Jeziorna nie ma możliwości poniesienia nakładów inwestycyjnych na dostosowanie infrastruktury do innych lokalizacji oczyszczalni poza Gminą świadczy o tym, iż sam zamawiający ma wątpliwości co do obowiązku lokalizacji oczyszczalni ścieków na terenie aglomeracji. Środki finansowe na w/w cel może jednak wyłożyć wybrany dostawca usług wliczając poniesione koszty w cenę usługi.

- w niniejszej sprawie brak jest oczywistych i obiektywnych okoliczności, które potwierdzają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przez jednego tylko wykonawcę tj. przez Saur Konstancja Sp. z o.o.

- zgodnie z utrwalonym stanowiskiem KIO, to właśnie na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanek uprawniających go do zastosowania trybu z wolnej ręki. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w uchwałach KIO: z dnia 31.03.2011 r., KIO/KD23/11: *„Zamawiający powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp, zobowiązany był wykazać, że tylko ten jeden Wykonawca, do którego miał on zamiar wysłać zaproszenie do negocjacji, był w stanie wykonać zamówienie, którego Zamawiający zamierzał udzielić. Ciężar udowodnienia takiej tezy spoczywa na Zamawiającym. Musi on wykazać w sposób niebudzący wątpliwości słuszność swego twierdzenia, a tym samym swoją argumentację oprzeć na oczywistych, obiektywnych i weryfikowalnych okolicznościach*”, oraz z dnia 29.11.2010 r., KIO/KD91/10: *„Wyłącznie na Zamawiającym, który podejmuje decyzję o*

wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, wyjątkowym, spoczywa ciężar wykazania, iż jest on do podjęcia takiego działania uprawniony";

- zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 7 ustawy, który jaką kardynalną powinność zamawiającego wskazuje dbałość o zachowanie uczciwej konkurencji. Tymczasem zamawiający swym postępowaniem niezgodnym z ustawą zmierza do wyeliminowania jakiegokolwiek konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Saur Konstancja sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, zaproszenia do złożenia oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby, będąc zobligowanym do zbadania z urzędu przesłanek materialnoprawnych warunkujących środki ochrony prawnej stwierdził, że odwołujący się wykonawca nie legitymuje się przesłankami materialnoprawnymi, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołanie musi podlegać oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

Na gruncie rozpatrywanej sprawy nie sposób przypisać odwołującym interesu w uzyskaniu zamówienia w razie zastosowania jednego z trybów konkurencyjnych, o co wnosi odwołujący. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień

publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody na gruncie sprawy dotyczącej, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sytuacji, odnoszonych do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż (...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie

warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

W przytoczonym orzeczeniu Sąd Okręgowy, upatrując potrzeby relatywnie szerokiego traktowania pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, również w postępowaniu odwoławczym którego przedmiotem jest wybór trybu postępowania (w tym właśnie trybu zamówienia z wolnej ręki), nakazuje zrelatywizować powyższe przesłanki do rzeczywistej możliwości uzyskania przez wykonawcę danego zamówienia, gdyby było ono prowadzone w innym trybie.

Należy zatem, opisane w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy przesłanki materialnoprawne traktować w postępowaniu odwoławczym, mającym za przedmiot wybór trybu postępowania względnie szeroko, niemniej i w takim wypadku przesłanki te nie mogą być całkowicie pomijane. Ocena dopuszczalności wniesienia odwołania na czynności nadające kształt postępowaniu, takie jak tryb tego postępowania, brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy ogłoszenia nie mogą całkowicie abstrahować od sytuacji wykonawcy składającego środek ochrony prawnej i elementarnej możliwości uzyskania przez niego danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku zarzucanych naruszeń prawa. Odmienne rozumienie regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oznaczałoby możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej ze

skutkiem jego merytorycznego rozpatrzenia, nawet jeśli podmiot który zainicjuje postępowanie odwoławcze pozostaje bez realnej możliwości wzięcia udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia w kształcie, jaki wynika z jego zakresu tego zamówienia, dokonanego opisu przedmiotu tego zamówienia. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu polegającego na uzyskaniu stanu, w którym ten wykonawca będzie mógł uzyskać zamówienie. Do tego nawiązuje brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy wskazując na konieczność posiadania przez wykonawcę odwołującego się „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. Dane zamówienie to to konkretne zamówienie – przedmiot świadczenia opisany w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia; rodzaj i jakość świadczenia, czas i miejsce jego realizacji a także inne elementy świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca.

W przedmiotowym postępowaniu to zamówienie stanowi świadczenie określone następująco: *„Przedmiotem zamówienia jest wybór partnera prywatnego, z którym zostanie podpisana umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym w sprawie zamówienia publicznego na oczyszczanie ścieków komunalnych z terenu Gminy Konstancin-Jeziorna przez okres 32 lat.”* (sekcja II.1.4 ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante z 2 maja 2012 r.), w Gminie Konstancinie – Jeziornej (sekcja II.1.2 ogłoszenia).

Szerzej, choć analogicznie opisuje przedmiot zamówienia zaproszenie do udziału w postępowaniu wystosowane do Saur Konstancja sp. z o.o. w Warszawie: *„Podmiot publiczny zleci będącą zadaniem własnym Gminy usługę, a Partner prywatny zobowiązuje się za wynagrodzeniem do realizacji usługi polegającej na oczyszczaniu zbiorowo odebranych wszystkich ścieków z obszaru gminy Konstancin-Jeziorna, z wyłączeniem terenu wsi Borowina i Kawęczynek („Przedsięwzięcie”). Partner prywatny zobowiązuje się, zakładając, iż przepustowość zmodernizowanej oczyszczalni będzie wynosiła 2,2 mln m³/rok, realizować usługę w sposób ciągły, bez ograniczeń ilościowych, zgodnie z kryteriami i standardami jakości usług określonymi w umowie i regulaminie dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie gminy Konstancin-Jeziorna obowiązującym w dniu podpisania umowy lub zgodnie z każdym kolejnym regulaminem dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie gminy Konstancin-Jeziorna, który zastąpi powyżej wskazany regulamin. W załączeniu do niniejszego zaproszenia przesyłamy wzór umowy, który jednocześnie zawiera wszelkie informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Szczegółowy sposób realizacji*

przedmiotu zamówienia zostanie uzgodniony podczas negocjacji. Termin realizacji przedsięwzięcia: od dnia podpisania umowy przez okres 32 (trzydziestu dwóch lat)”.

Bezspornym jest zatem, że dane zamówienie obejmuje przedmiot stanowiący świadczenie usług oczyszczania ścieków przez 32 lata od wyłonienia wykonawcy. Jakkolwiek samo ogłoszenie nie precyzuje dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, co zawiera zaproszenie do udziału w postępowaniu, to nie pozostawia wątpliwości, że początek świadczenia usługi odnosi się do terminu bezpośrednio po wyłonieniu wykonawcy, nie zaś po zadeklarowaniu przez wykonawcę gotowości do jej wykonywania w relatywnie dalekiej przyszłości, po przeprowadzeniu odpowiednich prac. Wynik tego rodzaju ewentualnych inwestycji nie jest pewny, na moment prowadzenia postępowania brak jest infrastruktury pozwalającej wykonywać zamówienie. W tych okolicznościach nie sposób stawiać oczekiwań, by zamówienie miało być prowadzone z zastrzeżeniem uzyskania przez jego wykonawcę technicznej zdolności do jego wykonywania i zakładało rozpoczęcie świadczenia w nieokreślonym momencie. W przedmiotowym postępowaniu wykonywanie przedmiotu zamówienia jakim jest oczyszczanie ścieków w Gminie Konstancin-Jeziorna przez 32 lata ma charakter bezwarunkowego i co do zasady natychmiastowego. Nie zostało uzależnione od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a dotyczących sytuacji wykonawcy, to jest uprzedniej zdolności technicznej niezbędnej do rozpoczęcia wykonywania usługi.

Nie sposób wnioskować, by termin rozpoczęcia świadczenia usługi dotyczył przyszłego, zależnego od wykonawcy, bliżej nieokreślonego momentu uzyskania gotowości przez wykonawcę do świadczenia usługi (tutaj jest to równoznaczne z przeprowadzeniem złożonej inwestycji mającej na celu doprowadzenie sieci z jednej gminy do drugiej).

Niewątpliwym jest, że wykonawca, który zamierza uzyskać zamówienie musi posiadać zdolność świadczenia objętego jego zakresem w terminie określonym przez zamawiającego, po zawarciu umowy, chyba że wyraźnie inaczej postanowiono w dokumentach postępowania (ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy).

Stąd wykonawca, aby uzyskać dane zamówienie, to jest zamówienie, którego przedmiotem jest świadczenie w Gminie Konstancin – Jeziorna usług oczyszczania ścieków przez 32 lata od dnia zawarcia umowy, musi posiadać faktyczną, techniczną zdolność do realizacji tak opisanej usługi. Dostrzeżenia wymaga, że zdolności tej nie można uzyskać poprzez uzyskanie odpowiednich urządzeń, pozyskanie specjalistów – wymaga ona bowiem przeprowadzenia procesu inwestycyjnego, którego przedmiotem byłoby połączenie przepompowni ścieków w Konstancinie z oczyszczalnią posadowioną w Piasecznie. Jak obie

strony zgodnie podawały na rozprawie, wiąże się to z poprowadzeniem sieci przez odcinek około 8 km, przebudową przepompowni. Na rozprawie akcentowano także, iż tego rodzaju inwestycja wymagałaby pokonania uwarunkowań geograficznych, to jest bieg aktualnie istniejącej sieci skierowany jest w dół, poniżej aglomeracji, zaś poprowadzenie takiej sieci do oczyszczalni w Piasecznie wymagałoby wprowadzenia dodatkowego elementu pompującego ścieki na teren wyżej położony. O ile spornym między stronami wydaje się być zakres ewentualnej inwestycji, jej ewentualne rozwiązania w warstwie technologicznej (te zaś na gruncie okoliczności spornych w postępowaniu nie są rozstrzygającymi), to co do jednego stanowiska stron były zgodne: czas niezbędny na przeprowadzenie takiej operacji wynosi nie mniej niż 24 miesiące.

W grę wchodzi uzyskanie odpowiednich pozwoleń dotyczących tego rodzaju budowy a także związanych z uregulowaniem stosunków z właścicielami gruntów, pod którymi musiałaby biec taka sieć. O ile stanowiska stron w zakresie tych zgód były sporne – zamawiający prezentował stanowisko, że jeden z właścicieli zasadniczej części gruntów, to jest Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich nie widzi możliwości wyrażenia zgody na przebieg tego rodzaju sieci na gruncie z uwagi na kolizje z innymi sieciami, zaś odwołujący – że uzyskał deklarację takiej zgody – to niewątpliwie zachodzi potrzeba uzyskania pozytywnego stanowiska właściciela gruntu oraz konsensusu co do warunków (zarówno prawnych jak i technicznych) takiego przedsięwzięcia.

Odwołujący podał na rozprawie, że możliwe jest świadczenie przez niego usługi objętej przedmiotem tego zamówienia i jest to tylko kwestia odpowiedniej inwestycji. Odwołujący wyjaśnił, że czas przeprowadzenia takiej inwestycji to, w jego ocenie, 24 miesiące - musiałaby być wybudowana odpowiednia infrastruktura, dwa kolektory i jedna przepompownia ścieków – modernizacja istniejącej przepompowni w Porąbkach.

Bezspornym jest zatem, że odwołujący niezależnie od trybu w jakim postępowanie byłoby prowadzone, nie posiada aktualnie zdolności technicznej do wykonywania zamówienia, zgodnie z jego zakresem opisanym w tym postępowaniu. Zakres ten obejmuje świadczenie usługi oczyszczania nie od bliżej nieokreślonego terminu, ale po wyłonieniu wykonawcy w postępowaniu. Do tak określonego świadczenia, odwołujący nie posiada na dzień dzisiejszy zdolności. To świadczenie to nie tylko jego przedmiot rozumiany jako samo oczyszczanie ścieków ale, także czas i miejsce tego świadczenia.

Podkreślenia dalej wymaga, iż odwołujący w przedmiotowym postępowaniu kwestionuje jedynie wybór trybu postępowania oraz zaniechanie udzielenia zamówienia

w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, stawiając wyłącznie zarzuty naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwentnie, odwołujący stawia żądania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki oraz nakazaniu przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych. Odwołujący nie kwestionuje innych elementów postępowania, w tym przede wszystkim przedmiotu zamówienia, czasu świadczenia usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwentnie, Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o żądaniach stanowiących odzwierciedlenie zarzutów kierowanych wobec kwestionowanej czynności. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać związane przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

Ewentualne uwzględnienie zarzutów postawionych w odwołaniu i w następstwie tego uwzględnienia – uczynienie zadość postawionym żądaniom, poprzez nakazanie przeprowadzenia tego postępowania w trybie konkurencyjnym (przetarg ograniczony lub przetarg ograniczony) nie mogłoby, przy niezmienionym przedmiocie tego zamówienia, zmienić sytuacji odwołującego w sposób, który pozwoliłby mu uzyskać zamówienie. Także w takim wypadku odwołujący dopiero nie wcześniej niż za dwa lata, i to przy braku

przeszkód w wykonaniu inwestycji (to zaś na obecnym etapie może być rozważane wyłącznie w sferze planów i intencji) mógłby znaleźć się w stanie zdolności uzyskania zamówienia oraz jego realizacji. Aktualnie jednak odwołujący nie ma zdolności technicznej wykonania danego zamówienia i zdolności tej nie jest w stanie uzyskać w terminie realnie dającym możliwość ubiegania się o zamówienie, niezależnie od trybu tego postępowania.

W następstwie powyższego wykonawca nie może ponieść także szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe decydowało o uznaniu braku przesłanek materialnoprawnych określonych w przepisie art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest interesu odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia (to jest tego konkretnego, obejmującego świadczenie oczyszczania usług od wyłonienia wykonawcy i podpisania z nim umowy przez kolejne 32 lata), a także braku możliwości poniesienia szkody w następstwie naruszenia przez zamawiającego zarzucanych przepisów ustawy.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie znaleziono podstaw do uwzględnienia odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie: