

Sygn. akt: KIO 1131/21

**WYROK**  
**z dnia 11 czerwca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2021 r. przez Odwołującego **MPTechnology Sp. z o.o. (ul. Portowa 13b, 76-200 Słupsk)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (ul. Jana Pawła II 59, 38-500 Sanok)**

**orzeka:**

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **MPTechnology Sp. z o.o. (ul. Portowa 13b, 76-200 Słupsk)** i
- 3) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **MPTechnology Sp. z o.o. (ul. Portowa 13b, 76-200 Słupsk)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (ul. Jana Pawła II 59, 38-500 Sanok)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
- 4) zasądza od Odwołującego **MPTechnology Sp. z o.o. (ul. Portowa 13b, 76-200 Słupsk)** na rzecz Zamawiającego **Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (ul. Jana Pawła II 59, 38-500 Sanok)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) 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:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pn.: „Dostawa urządzeń będących uzupełnieniem istniejącego Systemu Informacji Pasażerskiej oraz wdrożenie systemu E-bilet z terminem realizacji wyznaczonym na 31.07.2021r.”

Ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane. Zamawiający uznał, że postępowanie jest prowadzone w celu udzielenia zamówienia sektorowego w rozumieniu art. 5 ust. 4 ustawy Pzp i z uwagi na niską wartość szacunkową zamówienia (niższą niż 428.000,00 euro, czyli wartość określoną na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp) podlega wyłączeniu z obowiązku stosowania procedur zawartych w ustawie Pzp.

Odwołujący MPTechnology sp. z o.o. wniósł odwołanie, wobec następujących czynności Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu dokonania należyj kwalifikacji zamówienia, jako zamówienia klasycznego, co doprowadziło do wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp, z uwagi na nieprzekroczenie progu 428.000,00 euro dla zamówienia sektorowego,
2. zaniechaniu unieważnienia postępowania, z uwagi na jego wszczęcie bez zastosowania procedur wskazanych w ustawie Pzp

Zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 16 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 5 ust. 4 pkt. 4) ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym o wartości niższej niż 428.000,00 euro, a zatem 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 ustawy Pzp (lub nawet wyższej niż progi unijne, określone na podstawie art. 3 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;
- art. 16 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 255 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, w związku z art. 459 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania, z uwagi na jego nielegalne wszczęcie bez zastosowania procedur wskazanych w ustawie Pzp, a także poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wstrzymania się z dalszymi czynnościami w toku postępowania, lecz

uprawniony jest do otwarcia ofert, ich zbadania i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo nie zastosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia klasycznego, przez co nie jest możliwe udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

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

Zamawiający zakwalifikował dostawę jako dostawę urządzeń będących uzupełnieniem istniejącego Systemu Informacji Pasażerskiej oraz wdrożenie systemu E-bilet, jako zamówienie sektorowe, o którym mowa w art. 5 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że ustawa Prawo zamówień publicznych szczegółowo definiuje zamówienie sektorowe w zakresie transportu, lecz definicja ta nie obejmuje swym zakresem dostaw sprzętu i oprogramowania, jakie jest przedmiotem niniejszego zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, o tym, czy zamówienie udzielane przez zamawiającego 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. Cytowany przepis wskazuje, że za zamówienie sektorowe może być uznane zamówienie niezbędne dla świadczenia usług transportowych, nie zaś infrastruktura, która poprawia komfort podróży. Dostawa wiat i ławek przystankowych, rozbudowa budowa systemu informacji pasażerskiej, zamawianie systemu e-bilet, zamawianie monitorów LCD do wyświetlania reklam, wiadomości czy informacji z prognozą pogody, oraz innych systemów, urządzeń zwiększających komfort podróży, nie stanowią zamówień sektorowych. Są to zamówienia klasyczne, które nie są „przeznaczone do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu”, lecz są „przeznaczone do zwiększenia komfortu użytkownika końcowego świadczenia-usług publicznych w zakresie transport”.

Odwołujący wskazał, że nadinterpretacja przepisów ustawy, rozszerzająca literalne brzmienie definicji, powiększa zakres zamówień sektorowych kosztem zamówień klasycznych - jest ona nielegalna, a przez to niedozwolona. Celem ustawy Pzp jest m.in. aktywizacja sektora MŚP, która jest egzekwowana m.in. przez ścisłą interpretację definicji zamówienia sektorowego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że

wszystkie powiązane zamówienia z zamówieniami sektorowymi (nie tylko usługami transportu publicznego, lecz również pozostałymi zamówieniami sektorowymi), z uwagi na przyjęcie, iż należy „usługi sektorowe” rozumieć możliwie szeroko, będą podlegały pod wysoko próg 428.000,00 euro, przez co będą udzielane z pominięciem przepisów Pzp, a przedsiębiorcy będą pozbawieni realizacji tych zamówień na konkurencyjnych, równych i transparentnych warunkach.

Odwołujący wskazał również, że kwalifikacja dostawy na system informacji pasażerskiej oraz systemu e-bilet jako zamówienia sektorowego stanowi wydarzenie precedensowe. Wszyscy zamawiający zamawiają powyższe urządzenia i oprogramowania w ramach klasycznych zamówień na dostawy, lub ewentualnie roboty budowlane. Zatem kwalifikacja niniejszego zamówienia jako sektorowego, w szczególności tak wysokiego progu, od którego warunkuje się stosowanie przepisów ustawy (428.000,00 euro), zdaniem Odwołującego stanowi próbę obejścia przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że brak transparentności tym bardziej razi, że nie są znane kryteria wg których Zamawiający zapraszał do złożenia ofert.

Ustawodawca zobowiązał zamawiających do stosowania określonych przepisów ustawy Pzp w zakresie zamieszczenia ogłoszeń i sporządzenia sprawozdań, w odniesieniu do zamówień klasycznych określonych jako bagatelne (jednorazowy zakup o wartości od 50 tys. do 130 tys. zł netto). W stosunku do zamówień sektorowych o wartości poniżej progów unijnych ustawodawca nie zdecydował się natomiast na wprowadzenie do ustawy Pzp analogicznego obowiązku (przy odpowiednio dostosowanym zakresie wartości zamówienia), mimo że mamy tu wielokrotnie do czynienia z zamówieniami o znacznie wyższej wartości niż 130 tysięcy złotych. Tym samym, Zamawiający obecnie uprawniony jest do olbrzymiej swobody przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia, błędnie sklasyfikowanego jako sektorowego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wskazał Odwołujący, jeżeli powyższy zarzut potwierdzi się, to wówczas stwierdzić należy, że postępowanie jest obarczone wadą, przez którą - bez względu na etap nie można konwalidować postępowania. Zdaniem Odwołującego 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. 459 pkt 2)

ustawy Pzp oraz nakazanie Zamawiającemu jego ogłoszenia w trybie konkurencyjnym, stosownym dla zamówienia klasycznego o wartości, która determinuje obligatoryjne stosowanie przepisów ustawy Pzp.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania.

Zgodnie z artykułem 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wykazał, że jest podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia. Wykazał także, że prowadzenie przez Zamawiającego postępowania na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiłoby Odwołującemu korzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie wobec postanowień proponowanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, postanowieniach umownych, a w konsekwencji ewentualnie uzyskanie korzystniejszych dla niego postanowień. Brak takiej możliwości, w ocenie Izby oznacza, że Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku działania Zamawiającego. Odwołujący wykazał zatem spełnienie przesłanek, o których mowa w artykule przywołanym powyżej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z artykułem 5 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, działalnością sektorową w zakresie usług transportowych jest działalność polegająca na udostępnianiu lub obsłudze sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, autobusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych.

Definicja powyższa jest zatem ogólna, nie precyzuje w sposób konkretny i szczegółowy, jaki jest konkretny zakres działalności sektorowej w zakresie usług transportowych.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego powyżej zacytowanego artykułu. 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 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, mógł uznać, że usługa e-bilet może zostać

zakwalifikowana jako zamówienie sektorowe. Usługa e-bilet może zostać zakwalifikowana jako szeroko pojęta obsługa sieci przeznaczona do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu autobusowego. Zakup biletów, punkty zakupu biletów, oprogramowanie związane z tymi usługami, są immanentnie związane z obsługą sieci.

Definicja działalności sektorowej w zakresie transportu uległa zmianie przy okazji uchwalenia nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak ustawodawca nie zdecydował się na zdefiniowanie tej działalności w sposób bardziej szczegółowy. Zamawiający w argumentacji powoływał się na opinię wydaną przez Urząd Zamówień Publicznych, opublikowaną w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2012. Zdaniem Zamawiającego, opinia ta nie straciła aktualności, nawet pomimo zmiany przepisów.

W opinii Izby, do powyższej argumentacji należy dodać, że Urząd Zamówień Publicznych nie zmienił na tę chwilę wydanej opinii, co mogło stanowić podstawę dla Zamawiającego dla przyjęcia kwalifikacji zamówienia na usługę e-bilet jako zamówienie sektorowe.

Odwołujący w argumentacji powoływał się na ustawę o publicznym transporcie zbiorowym, (także o transporcie drogowym) wywodząc, że w ustawie tej, w zakresie działalności polegającej na zapewnieniu publicznego transportu zbiorowego, nie zostały wymienione usługi analogiczne do usługi e-bilet, oprogramowanie w tym zakresie, czy też urządzenia do sprzedaży biletów, a zatem pojęcie obsługa sieci, użyte w art. 5 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może obejmować tej usługi. Należy wskazać, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie odnosi się do ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, a zatem jest to jedynie opinia Odwołującego. Należy także zaznaczyć, że nawet w swoim piśmie procesowym Odwołujący używa sformułowań „w opinii Odwołującego”, 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.

Każda ze stron postępowania przytoczyła wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wyroki te również nie stanowią jednoznacznego wyjaśnienia, które uprawniałoby do stwierdzenia, że Zamawiający, kwalifikując przedmiot zamówienia (usługę e-bilet) jako usługę sektorową, naruszył regulację ustawową.

Każda ze stron postępowania powołała się na postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone przez innych zamawiających. Przedstawione przez każdą ze stron 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 transportu. Niejednoznaczność i ogólność definicji oznacza, że możliwe było uznanie przez Zamawiającego, że zamówienie, którego przedmiotem jest usługa e-bilet, 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 usługa e-bilet, kwalifikują to zamówienie jako sektorowe. Okoliczność ta nie została przez Odwołującego wykazana. Odwołujący przedstawił wyłącznie jeden przykład takiego zamówienia, co nie uprawnia do stwierdzenia, że jest to powszechnie przyjętą praktyką.

Nie jest również tak, jak twierdził Odwołujący, że skoro Zamawiający miał wątpliwości, czy zamówienie powinno zostać zakwalifikowane jako zamówienie sektorowe, czy zamówienie klasyczne, powinien wybrać zamówienie klasyczne. Zamawiający nie miał wątpliwości w tym zakresie i dokonał wyboru, aby zakwalifikować zamówienie jako sektorowe. Z tego tytułu nie można postawić zarzutu Zamawiającemu, gdyż ogólny charakter definicji i brak szczegółowego uregulowania w tym zakresie, jak również istniejąca opinia Urzędu Zamówień Publicznych, pozwalały Zamawiającemu na taką klasyfikację.

Nie jest również tak, że takie postępowanie Zamawiającego utrudnia Odwołującemu możliwość kontroli czynności Zamawiającego. Zamawiający – jako podmiot publiczny - podlega kontroli jednostek finansujących. Nadto Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty i jako podmiot uczestniczący w postępowaniu ma możliwość pisemnego zwrócenia uwagi Zamawiającego na poszczególne kwestie budzące wątpliwości Odwołującego.

W konsekwencji, nie można postawić Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 16 pkt. 1) i 2) w związku z art. 255 ust. 1 pkt 6), w związku z art. 459 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z artykułem 255 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro nie można przypisać Zamawiającemu błędu, polegającego na kwalifikacji przedmiotowego zamówienia jako zamówienia sektorowego o wartości niższej niż 428.000,00 euro (a zatem zaniechania stosowania do jego przeprowadzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych), to nie można uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia



publicznego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) i 2b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....