

POSTANOWIENIE
z dnia 1 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Jasta Plus Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żarach przy ul. Zamkowej 1 (68-200 Żary) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminny Zakład Komunalny z siedzibą w Bolewicach przy ul. Polnej 1 (64-305 Bolewice)

przy udziale wykonawcy – G. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-BUDOWA G. O. z siedzibą w miejscowości Świąty Wojciech 31 lok. C (66-300 Międzyrzecz), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminny Zakład Komunalny z siedzibą w Bolewicach i:
 - 2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Jasta Plus Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żarach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od zamawiającego Gminnego Zakładu Komunalnego z siedzibą w Bolewicach na rzecz wykonawcy Jasta Plus Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żarach kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejsze postanowienie –

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gminny Zakład Komunalny z siedzibą w Bolewicach zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w imieniu i na rzecz Gminy Miedzichowo postępowanie *pn. Budowa sieci wodociągowej rozdzielczej dla miejscowości Grudna-Błaki-Lewiczynek, gm. Miedzichowo*, znak: IZP.271.1.2021, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00120802/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 13 sierpnia 2021 r. wykonawca Jasta Plus Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żarach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o przepisy, które nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie, tj. z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz rażąco niską cenę;
- zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy sprowadzającej się do niewzwania odwołującego do złożenia i uzupełnienia środków dowodowych oraz niezwrócenia się o wyjaśnienia w przedmiocie wysokości ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wysokości zaoferowanej ceny;
2. art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia brakujących środków dowodowych w wyznaczonym terminie;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp przez odrzucenie oferty z uwagi na brak stosownych załączników do oferty i zaproponowanie rażąco niskiej ceny, podczas gdy nie zaistniały przesłanki ustawowe uprawniające do podjęcia takiej decyzji;
4. art. 134 ust. 1 pkt 5 Pzp przez wewnętrzną sprzeczność w treści specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”) powodującą, że brak załączenia do oferty załączników nr 6 i 7 nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego;

5. art. 16 pkt 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem wyjaśnienia treści oferty odwołującego, a tym samym – wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

Stawiając powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania;
- 3) prowadzenie dowodu z dokumentów tj.:
 - wykazu posiadanego sprzętu oraz sprzętu przewidzianego do prac podczas realizacji inwestycji celem wykazania, że odwołujący jest w stanie wykonać zadanie zgodnie ze złożoną ofertą;
 - załącznika nr 6 do SWZ celem wykazania, że odwołujący spełnia wymagania do realizacji zamówienia;
 - załącznika nr 7 do SWZ celem wykazania, że Odwołujący spełnia wymagania do realizacji zamówienia.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał, że wynika on z faktu, iż jego oferta może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. Z informacji z otwarcia ofert wynika bowiem, że jego oferta jest ofertą najtańszą, zaś w drugim z kryteriów jakim jest długość gwarancji każdy z oferentów zaoferował taką samą długość gwarancji. Mając zatem na względzie bezpodstawne odrzucenie jego oferty oraz wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej odwołujący wyjaśnił, że utracił prawo do uzyskania zamówienia, a tym samym – utracił możliwość uzyskania zysku z wykonania zamówienia. Ponadto, odwołujący stwierdził, że ma interes w ewentualnym unieważnieniu postępowania, bowiem w takim przypadku w ponownym przetargu będzie mógł złożyć ofertę, a co za tym idzie – uzyskać możliwość realizacji zamówienia, który objęty jest niniejszym postępowaniem.

W dniu 19 sierpnia 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca G. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKO-BUDOWA G. O. z siedzibą w miejscowości Święty Wojciech (zwany dalej „przystępującym”).

W dniu 26 sierpnia 2021 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- odrzucenie przedmiotowego odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 Pzp gdyż w sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp , względnie o oddalenie odwołania w całości;
- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że jest zakładem budżetowym Gminy Miedzichowo i prowadzi na rzecz Gminy działalność gospodarczą związaną z gospodarką wodną w zakresie udostępniania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczania wody pitnej do tych sieci (art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 5 ust. 4 pkt I a i b Pzp) . Tym samym jest on zamawiającym sektorowym.

Zamawiający wskazał, że zamówieniami sektorowymi są zamówienia udzielane w celu wykonywania jednego z określonych przepisami ustawy Pzp rodzajów działalności sektorowej , w tym wskazanej wyżej działalności w zakresie gospodarki wodnej. Następnie stwierdził, że zamawiający sektorowi stosują Pzp, kiedy wartość zamówienia sektorowego jest równa progom unijnym lub od nich wyższa. W innych przypadkach zamawiający sektorowi stosują tylko własne procedury zakupowe. W tych procedurach mogą dowolnie określić sposób, zasady i tryb udzielania zamówień, do których nie stosuje się Pzp.

W dalszej kolejności zamawiający wyjaśnił, że Gmina Miedzichowo jest małą jednostką administracyjną a jej zakład budżetowy nie dokonywał dotychczas zamówień sektorowych, tym samym ani gmina ani zakład budżetowy nie opracowały własnych regulaminów zamówień sektorowych. Przedmiotowe zamówienie publiczne zostało dokonane w oparciu o przepisy Pzp co nie oznacza, że nie jest ono zamówieniem sektorowym, do którego nie mają zastosowania przepisy Pzp. Wartość zamówienia wynosi 2 000 000 zł brutto i nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tymi przepisami obowiązującym progiem zamówień unijnych na roboty budowlane jest kwota 5 350 000 euro netto (równowartość kwoty 22 840 755 zł netto) – niezależnie od rodzaju zamawiającego i charakteru zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym odwołanie dotyczyć może wyłącznie działania lub zaniechania zamawiającego, które skutkuje lub może skutkować naruszeniem przepisów Pzp. W procedurach zakupowych, w których zamawiający sektorowy nie stosuje Pzp , nie ma możliwości złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto zamawiający zaprezentował w odpowiedzi na odwołanie wybrane fragmenty orzeczeń Izby, które miały potwierdzać jego stanowisko.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 20 lipca 2021 r. zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania. W pkt 1.6) ogłoszenia, który zawierał informację dotyczące rodzaju zamawiającego wskazano: *Zamawiający publiczny - jednostka sektora finansów publicznych - jednostka samorządu terytorialnego*. Zamówienie zostało określone rodzajowo jako roboty budowlane.

Na stronie tytułowej SWZ zamawiający wskazał, że *Zamówienie niniejsze jest zamówieniem publicznym w rozumieniu ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) ,zwanej dalej „Ustawą” o wartości szacunkowej nie przekraczającej progu stosowania Ustawy określonego w art. 2 ust. 1 pkt. 1 Ustawy / progów unijnych określonych w art.3 Ustawy*.

W pkt 4.1 SWZ został ogólnie określony przedmiot zamówienia. Treść przedmiotowego punktu przedstawiała się następująco:

4.1 Przedmiot zamówienia

Budowa sieci wodociągowej dla miejscowości Grudna – Błaki – Lewiczynek:

- rurociąg wodociągowy PE DN 110mm SDR 17– 8777 mb*
- rurociąg wodociągowy PE DN 90mm SDR 17– 30 mb*
- rura osłonowa stalowa preizolowana DN 150mm (250) – 12 mb*
- hydranty nadziemne DN80 PN16 – 13 kpl.*
- zasuw miękkouszczelniane kołnierzowe DN80 – 13 szt*
- zasuw miękkouszczelniane kołnierzowe DN100 – 5 szt*
- wykonanie przyłączy wodociągowych do granic nieruchomości.*

W trzecim akapicie umiejscowionym w pkt 4.2 SWZ zamawiający wskazał *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt budowlany, specyfikacja warunków zamówienia, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiary robót również przedmiar przyłączy*.

W rozdziale 18 SWZ zamawiający zawarł pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy. W pkt 18.4 zamawiający wskazał, że *Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby. Odwołujący przekazuje kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu*. Ponadto należało stwierdzić, że w przedmiotowym rozdziale zamawiający szczegółowo określił informację dotyczące możliwości wniesienia środków ochrony prawnej powielając w zasadzie treść właściwych przepisów Pzp.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert w postępowaniu zostało złożonych pięć ofert, w tym oferty złożyli także odwołujący i przystępujący. Ponadto zamawiający wskazał, że

kwota jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 2 000 000,00 zł brutto.

W dniu 10 sierpnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron zamawiający złożył swój statut stanowiący załącznik do uchwały nr XXVIII/219/2010 Rady Gminy Miedzichowo z dnia 29 września 2010 r. W przedmiotowym statucie zawarte został m. in. następujące postanowienia:

- a) §3 Zwierzchni nadzór nad działalnością sprawuje Rada Gminy w Miedzichowie.;
- b) §6 Przedmiotem działania Zakładu jest realizacja zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące utrzymanie i eksploatacja urządzeń komunalnych oraz prowadzenie działalności gospodarczej.;
- c) §6 ust. 1 Do podstawowych zadań Zakładu należy:
 - pkt 1 lit. b) utrzymanie urządzeń komunalnych sieci wodociągowych i hydroforni;
 - pkt 4 lit. a) prowadzenie działalności gospodarczej i usługowej – sprzedaż wody;
 - pkt 5 prowadzenie inwestycji, w tym realizowanych ze środków unijnych;
- d) §6 ust. 2 pkt 1 lit. b) Do szczególnych zadań należy w zakresie utrzymania urządzeń komunalnych hydroforni i sieci wodociągowej:
 - utrzymanie i zabezpieczenie prawidłowego działania hydroforni i sieci wodociągowej
 - wykonanie remontów i napraw sieci urządzeń hydroforni
 - pobieranie opłat z tytułu sprzedaży wody;
- e) §7 ust. 1 Zakład jest jednostką samorządową finansowana w trybie i na zasadach określonych w statucie i przepisach szczegółowych;
- f) §8 ust. 1 Działalnością Zakładu kieruje Kierownik;
- g) §8 ust. 2 Kierownika zakładu zatrudnia i zwalnia Zarząd Gminy;
- h) §9 Zakład zarządza powierzonym mu przez Radę Gminy Majątkiem.

Treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia:

- art. 528 pkt 1 Pzp – *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.;*
- art. 505 ust. 1 Pzp – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.;*
- art. 2 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Przepisy ustawy stosuje się do udzielania: zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych;*

- art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp – *Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są:*

1) *zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4*

2) *inne, niż określone w pkt 1, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności: a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;*

- art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a) i b) Pzp – *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;*

- art. 7 pkt 35 Pzp – *Ilekcroć w niniejszej ustawie jest mowa o: zamówieniu sektorowym – należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4.*

Na poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła:

- załączniki do odwołania;

- ogłoszenie o zamówieniu;

- dokumentację w postaci elektronicznej złożoną do akt sprawy przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, zapisaną na nośniku danych typu płyta CD, w tym w szczególności: SWZ, informację z otwarcia ofert oraz informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

- statut zamawiającego stanowiący załącznik do uchwały nr XXVIII/219/2010 Rady Gminy Miedzichowo z dnia 29 września 2010 r., złożony na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała za zasadny wniosek złożony przez zamawiającego o odrzucenie odwołania i co do zasady podzieliła argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie.

Regulacje dotyczące działalności sektorowej zostały zawarte w początkowych przepisach Pzp i zostały sprzężone z definicją zamówienia sektorowego (art. 2 ust. 1 pkt 2 Pzp wyznacza progi kwotowe od których zastosowanie ma ustawa w przypadku zamówień sektorowych, art. 5 Pzp określa znaczenie podmiotowo-przedmiotowe pojęć: zamawiający sektorowy oraz działalność sektorowa, natomiast art. 7 pkt 35 Pzp zawiera definicję pojęcia zamówienia sektorowego).

Dla zamawiających sektorowych (w tym zamawiających publicznych prowadzących działalność sektorową i udzielających zamówień w celu wykonywania tej działalności) obowiązek stosowania Pzp przy udzielaniu zamówień sektorowych powstaje dopiero wówczas, gdy wartość tych zamówień odpowiada progom unijnym. W ocenie składu orzekającego nie pozostawało wątpliwości co do faktu, że w postępowaniu wartość zamówienia była niższa od kwot właściwych dla progów unijnych. Wynikało to między innymi z faktu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz informacji podanej na stronie tytułowej SWZ.

Jak słusznie określono w komentarzu wydanym w 2021 r. przez Urząd Zamówień Publicznych pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza zamawiających sektorowych *wskazanych w art. 5 Pzp można zasadniczo podzielić na trzy grupy. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich kategorii podmiotów mieszczących się w tych grupach jest to, że aby mogły one zostać zaliczone do zamawiających sektorowych, powinny wykonywać jedną z działalności wymienionych w art. 5 ust. 4 Pzp.*

Pierwszą grupę stanowią zamawiający publiczni, wskazani w art. 4 Pzp, tj.:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych,*
- 2) inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,*
- 3) podmioty prawa publicznego lub*
- 4) związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub jednego bądź wielu podmiotów prawa publicznego.*

Należy jednocześnie zaznaczyć, że zamawiający publiczni mogą zostać uznani za zamawiających sektorowych jedynie w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej. Tym samym są uprawnieni do stosowania przepisów określonych w dziale V tylko w odniesieniu do zamówień, które są udzielane w celu prowadzenia jednej z działalności sektorowych. W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do zamówień, które nie

służą prowadzeniu działalności sektorowej, zamawiający publiczni zobowiązani są stosować przepisy właściwe dla zamówień klasycznych.

Ponadto art. 5 ust. 4 pkt 1 Pzp określa jako rodzaj działalności sektorowej działalność w sektorze gospodarki wodnej. 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. W art. 5 ust. 5 Pzp sprecyzowano dodatkowo, że na potrzeby działalności prowadzonej m.in. w sektorze gospodarki wodnej pojęcia dostarczanie i dystrybucja należy rozumieć również jako produkcję oraz sprzedaż hurtową i detaliczną. Tym samym w sektorze gospodarki wodnej działalnością objętą przepisami dotyczącymi zamówień sektorowych w Pzp będzie zarówno utrzymywanie i obsługa infrastruktury służącej do świadczenia usług publicznych, tj. przeznaczonych dla ogółu społeczeństwa, w zakresie produkcji, transportu i dystrybucji wody pitnej, jak również dostarczanie wody pitnej do tej infrastruktury.

Przedmiotowe zamówienie miało prowadzić do budowy wodociągów we wskazanych miejscowościach gminy Miedzichowo, co oznaczało, że miało prowadzić do dostarczenia wody dla mieszkańców tych miejscowości. Ponadto jak ustalono powyżej do podstawowych zadań zamawiającego wynikających ze statutu należy m. in. utrzymanie urządzeń komunalnych sieci wodociągowych, prowadzenie działalności gospodarczej i usługowej w zakresie sprzedaży wody oraz prowadzenie inwestycji.

Mając na uwadze powyżej cytowane fragmenty SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia oraz postanowienia statutu zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że przedmiotowe zamówienie zostało udzielone przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1 Pzp, przez co wypełniona została definicja zamówienia sektorowego określona w art. 7 pkt 35 Pzp.

Izba stwierdziła także, że przedmiotowe okoliczności oraz twierdzenia zamawiającego były właściwie bezsporne. Odwołujący kwestionował wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania wskazując wyłącznie na fakt nieokreślenia przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, że jest to zamówienie sektorowe oraz powołując się na pouczenie dotyczące stosowania środków ochrony prawnej zaprezentowane w rozdziale 18 SWZ. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby nie jest możliwe wniesienie odwołania na czynność podmiotu, który nie będąc zobowiązanym do stosowania przepisów Pzp, mimo to ją stosuje. Powyższego nie zmieniło błędne pouczenie wykonawców w zakresie możliwości wniesienia odwołania do Prezesa Izby, jakie zamieszczono w SWZ. Stosowanie przepisów Pzp w tym błędne pouczenie o środkach ochrony prawnej nie mogło wpłynąć na uprawnienie wykonawców (także odwołującego), gdyż to Pzp określa reguły obowiązujące dla zamówień

określonego rodzaju i wartości. W konsekwencji Pzp nie uchyla także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania.

W związku z powyższym skoro przy zamówieniach sektorowych przepisy Pzp znajdują zastosowanie dopiero przy wartości zamówienia, która jest równa lub przekracza progi unijne, ani czynność zamawiającego, ani decyzje Izby, nie mogą prowadzić do przyznania większych uprawnień niż te jakie *ex lege* wynikają z przepisów Pzp. Dlatego też Izba na podstawie art. 553 zdanie 2 oraz art. 528 pkt 1 Pzp postanowiła, że odwołanie powinno zostać odrzucone.

Biorąc pod uwagę, że przepisy Pzp w odniesieniu do kosztów postępowania przewidują odpowiedzialność stron za wynik postępowania (art. 575 Pzp), Izba stwierdziła, że zasadne jest obciążenie tymi kosztami zamawiającego. W ocenie Izby za wynik postępowania, którym jest odrzucenie odwołania, pełną odpowiedzialność ponosi zamawiający, to bowiem czynności zamawiającego wprowadziły wykonawcę w błąd co do stosowania przepisów Pzp. Zamawiający wszczął i prowadził postępowanie przetargowe na podstawie przepisów Pzp, w tym zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Jednocześnie w SWZ zamawiający poinformował wykonawców o prawie korzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym to decyzje i działania zamawiającego spowodowały, że zostało wniesione odwołanie, które nie mogło zostać przez Izbę rozpoznane. Z tego powodu obciążenie kosztami postępowania odwołującego stanowiłoby pokrzywdzenie wykonawcy z powodu błędów popełnionych przez zamawiającego (zamawiający przyznał na posiedzeniu, że błędnie pouczył o możliwości wniesienia odwołania). W związku z powyższym obciążono kosztami postępowania zamawiającego, zasądając na rzecz odwołującego zwrot kosztu wpisu od odwołania (§ 5 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący: