

POSTANOWIENIE
z dnia 10 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 czerwca 2021 r.,
w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę

Tech Pipe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez

**Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Koninie**

przy udziale wykonawcy **Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do
postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Tech Pipe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Tech Pipe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania.**

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 z późn. zm.) 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

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie prowadzi postępowanie na „odbudowę metodą bezwykopową rurociągów wody surowej Stacji Uzdatniania Wody Konin – etap II” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 767574. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odwołaniu Odwołujący – Tech Pipe Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego od udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone przez Zamawiającego, w tym również warunek, którego niespełnienie przez Odwołującego zarzuca Zamawiający,

2. art. 22 ust. 1a w związku z ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to ograniczający uczciwą konkurencję. Ponadto warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszący się do sytuacji ekonomicznej i finansowej został przez Zamawiającego sformułowany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób nieprecyzyjny oraz niejednoznaczny, tym samym uniemożliwiającym skuteczną i porównywalną ocenę zdolności wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
2. załączenie do postępowania w poczet dowodów całości dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu przywrócenia Odwołującego do postępowania i ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego, tj. spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a mianowicie osiągnięcia w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimalnego rocznego obrotu w każdym roku obrotowym równego co najmniej wartości 3.300.000 złotych.

Pismem z 27 kwietnia 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na sektorowy charakter działalności Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 528 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Przesłanka ta określa *sui generis* niedopuszczalność drogi sadowej przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wskazał, że na mocy obowiązującej umowy spółki (§ 6 umowy) została ona powołana do realizacji zadań własnych Miasta Konina w zakresie dotyczącym m.in. zapewnienia „ciągłości zaopatrzenia w wodę oraz odprowadzania i oczyszczania ścieków dla miasta Konina oraz innych gmin zgodnie z uzyskanymi przez Spółkę zezwoleniami oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami”. Potwierdzeniem posiadania przez Zamawiającego statusu zamawiającego sektorowego jest również okoliczność wydania na jego rzecz przez Zarząd Miasta Konina zezwolenia na prowadzenie działalności z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków (decyzja nr GK.7033-3/2002 z 26 września 2002 r).

Zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do tzw. zamówień sektorowych należy zaliczyć (m.in.) zamówienia udzielane w celu wykonywania działalności z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków.

W literaturze przedmiotu podnosi się, że o tym, czy zamówienie będzie miało charakter zamówienia sektorowego, decyduje fakt udzielania go w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonych w art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznaje się, że sformułowanie „w celu wykonywania” zasadniczo powinno być interpretowane szeroko. Zakresem zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności wskazanej w art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych będą objęte zamówienia wprost mieszczące się w przedmiocie tej działalności oraz zamówienia związane funkcjonalnie z tą działalnością (por. I. Skubiszak-Kalinowska; art. 132. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2019). Zakresem zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności wskazanej w art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych będą objęte zamówienia wprost mieszczące się w przedmiocie tej działalności, stanowiące niejako jej ucieleśnienie (np. budowa sieci kanalizacyjnej), ale także zamówienia związane funkcjonalnie z tą działalnością (np. zakup urządzeń do ciśnieniowego

czyszczenia sieci kanalizacyjnej) – por. J. Jerzykowski, art. 132. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018).

Jednocześnie, mając na uwadze okoliczność, iż szacunkowa wartość zamówienia nie przekraczała (na dzień oszacowania) równowartości kwoty 5.350.000 euro (dla sektorowych robót budowlanych), w niniejszym postępowaniu nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (dowód: protokół postępowania wraz z informacją dotyczącą ustalenia szacunkowej wartości zamówienia).

W konsekwencji powyższego stanu faktycznego Izba jest zobowiązana do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w piśmie z 7 maja 2021 r.

Zamawiający podkreślił, że stanowisko Odwołującego w sposób oczywisty jest sprzeczne z doktryną i wypracowanym przez Izbę rozumieniem pojęcia „w celu wykonywania działalności sektorowej”. Wskazane postępowania są prowadzone z wyłączeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem służą wykonywaniu działalności sektorowej.

Odwołujący w piśmie z 28 kwietnia 2021 r. wniósł o rozpatrzenie odwołania w przedmiocie sprawy na posiedzeniu jawnym w obecności Stron. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe zamówienie nie jest zamówieniem sektorowym w rozumieniu art. 132 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie bowiem z art. 132 ust. 1 pkt 4 tej ustawy za zamówienie sektorowe należy uznać zamówienie udzielane w celu wykonywania działalności związanej z tworzeniem sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takiej sieci lub kierowania takimi sieciami. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – pkt III „Opis przedmiotu zamówieni” przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie technologii, opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie renowacji rurociągów wody surowej Ujęcia Wody Konin – Knurów metodą Compact-Pipe, metodą Reliningu prostego oraz metodą modernizacji w wykopie. Zgodnie zatem z opisem przedmiotu zamówienia prace, które ma przeprowadzić wykonawca, polegać będą na renowacji istniejącego już rurociągu. Przywołany art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o „tworzeniu sieci przeznaczonej do świadczenia publicznych usług związanej z produkcją lub dystrybucją wody pitnej”. W ocenie Odwołującego zaskarżone zamówienie nie jest zamówieniem sektorowym z uwagi na niezajęcie pozytywnej przesłanki, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4. Zgodnie z definicją słownika języka polskiego „tworzenie” oznacza powodowanie powstawania czegoś, natomiast „przebudowa” oznacza dokonywanie zmian w budowie czegoś, a „renowacja” oznacza odnowienie czegoś, zwłaszcza budynków. W szczególności ostatnia definicja dobrze oddaje charakter robót, które ma przeprowadzić wykonawca w ramach omawianego zamówienia publicznego. Z punktu widzenia technologii robót prace

wykonawcy polegać mają na wykorzystaniu starego rurociągu stalowego, wewnątrz którego zostanie umieszczona nowa rura metodą Compact-Pipe, tj. polegającą na tym, że do rurociągu poddawanego renowacji wciągana jest nowa rura wykonana z wysokiej jakości polietylenu oraz metodą Reliningu prostego, tj. polegającego na wprowadzeniu do istniejącego względnie prostego rurociągu nowego, w pełni funkcjonalnego przewodu rurowego, głównie PEHD. Obie powyższe metody polegają bezspornie na renowacji istniejącego rurociągu, a nie na budowie (tworzeniu) nowej sieci, przeznaczonej do przesyłania wody pitnej. Niewątpliwie treść art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy interpretować ściśle, a nie rozszerzająco. Gdyby intencją ustawodawcy było objęcie zamówieniami sektorowymi również zamówień obejmujących renowację istniejących sieci przesyłowych, to omawiany zapis ustawy miałby inne brzmienie. Należy też odróżnić spółki powołane do budowy sieci przesyłowych od spółek, które użytkują wybudowane już sieci przesyłowe i dokonują we własnym zakresie remontów czy renowacji istniejącej infrastruktury. Aby mówić o zamówieniu sektorowym, nie może być żadnych wątpliwości, że na gruncie danego zamówienia zachodzą wszystkie przesłanki przewidziane art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednym z podstawowych celów ustawy Prawo zamówień publicznych jest bowiem ochrona konkurencji i zapewnienie równego traktowania oferentów, czego Zamawiający na gruncie niniejszej sprawy w sposób oczywisty nie zapewnił.

Pierwotne zachowanie Zamawiającego również wskazuje na to, że prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie traktował jako zamówienia sektorowego. Świadczą o tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których niejednokrotnie odwoływał się do Prawa zamówień publicznych, np. pkt V, gdzie Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też pkt VI, zgodnie z którym Zamawiający dokona najpierw oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki w postępowaniu, stosowanie do zapisów art. 24aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na powyższe wskazuje również treść dokumentacji postępowania, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projektu umowy, gdzie Zamawiający wskazał na ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – zamówienie o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, rozdział II „Tryb udzielania zamówień” oraz rozdział XVIII „Pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących Wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia” – Zamawiający literalnie przytoczył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto dokumentowanie przez Zamawiającego postępowania również wskazuje na przyjęcie przez Zamawiającego trybu

przetargu nieograniczonego w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych: Ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w BZP, powołanie komisji przetargowej, udzielanie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokół postępowania zgodny ze wzorem wynikającym z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wszelkie wezwania kierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W piśmie z 27 kwietnia 2021 r. Zamawiający utrzymuje, iż jako zamawiający sektorowy nie ma obowiązku stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mimo że dokumentacja postępowania, jak również wszelkie podejmowane przez Zamawiającego czynności wskazują na dobrowolne i świadome przyjęcie ścieżki procedowania postępowania zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze odpowiedź Zamawiającego na wniesione odwołanie, z której wynika, iż Zamawiający nie godzi się z treścią przedmiotowego odwołania wbrew temu, co zawiera dokumentacja postępowania – to na jakiej podstawie Zamawiający stosuje art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku wykluczenia Odwołującego. Gdy Zamawiający decyduje się świadomie na dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania i powołuje się na przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien jednocześnie umożliwić wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, o których stanowi treść rozdziału XVIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w przypadku nieścistości bądź niejasności określeń zastosowanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powodujących różnorodność ich interpretacji zamawiający zobowiązany jest rozstrzygnąć kwestię sporną w danym zakresie na korzyść wykonawcy, a wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu winny być określane w sposób precyzyjny i niebudzący żadnych wątpliwości. Reguła interpretacji na korzyść wykonawcy jest jedną z dyrektyw wykładni nakazujących rozstrzygnięcie wątpliwości w zgodności z interesem określonej kategorii podmiotów. W ujęciu konstrukcyjnym wykazuje ona tożsamość z regułami *in dubio pro reo* oraz *in dubio pro tributario*.

Wątpliwości Odwołującego budzi również, czy na gruncie niniejszej sprawy zachodzi przesłanka, o której mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie, iż przepis rozdziału V ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący zamówień sektorowych stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1- 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, przez: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o

finansach publicznych; 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego – o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można tego w żaden sposób domniemać, fakt ten powinien być bezspornie wykazany przez Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający posiada osobowość prawną, działa bowiem w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która co do zasady ponosi odpowiedzialność za straty powstałe w ramach prowadzonej działalności gospodarczej oraz jej celem jest wypracowanie zysku. Zamawiający w ocenie Odwoływającego działa również w zwykłych warunkach rynkowych. W związku z powyższym zasadne jest twierdzenie Odwoływającego, iż na gruncie niniejszej sprawy nie można stwierdzić, iż Zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Odwoływający podtrzymał swoje zarzuty zawarte w odwołaniu.

Powyższe stanowisko Odwoływający podtrzymał w piśmie z 14 maja 2021 r.

Zgodnie z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy,
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony,
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie,
- 4) odwoływający powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwoływającego,
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,
- 6) odwoływający nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., tj. w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.), które w przypadku art. 528 pkt 1 i ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. i art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. mają analogiczne brzmienie.

Zgodnie z § 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń urzędowi publikacji unii europejskiej (Dz.U. z 2019 r. poz. 2450), wydanego w oparciu o art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 428.000 euro dla dostaw lub usług oraz 5.350.000 euro dla robót budowlanych.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Wartość niniejszego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wynika z punktu 2. ppkt 4. „Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego” (druk ZP-PN), gdzie Zamawiający wskazał kwotę wartości zamówienia 6.600.000 złotych i jej równowartość 1.545.920,88 euro.

Zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień sektorowych ustawę (Prawo zamówień publicznych) stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z art. 132 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienia sektorowe to zamówienia udzielane przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności:

- 1) wydobycia ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwania lub wydobycia węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych;
- 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;

- 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
 - 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
 - 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
 - 7) usługi przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych.
- Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy rozdziału 5. „Zamówienia sektorowe” również do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków oraz projektami dotyczącymi 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.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawę tę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych,
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego – o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności, 3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3, 4) inne niż określone w pkt 1-3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności: b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Standardowym przykładem podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, są szpitale działające w formie spółek kapitałowych.

W ocenie Izby Zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z przywołanych regulacji podmioty działające w ramach zamówień sektorowych zobowiązane są do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pod warunkiem, że wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (tzw. progi unijne). Kluczowy jest tu rodzaj podmiotu będącego zamawiającym i wartość zamówienia – w przypadku, gdy wartość ta jest mniejsza od „progów unijnych”, podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Prawo zamówień publicznych, są zobowiązane do stosowania procedury tzw. zamówień klasycznych, natomiast podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie są zobowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle. Obowiązek stosowania zamówień publicznych w ramach prawa Unii Europejskiej, w tym polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych, przez przedsiębiorców jest bowiem wyjątkiem od reguły swobody przedsiębiorczości i swobody zawierania umów i wynika właśnie z charakteru działalności, ze względu na swoją wagę uznanej za publiczną – został jednak ograniczony do zamówień przekraczających określoną wartość, tzw. progi unijne.

Art. 132 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi implementację regulacji zawartych w dyrektywie 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.

Jak wskazano w komentarzu do art. 3 i 4 tej dyrektywy autorstwa Aleksandry Sołtyśńskiej i Hanny Talago-Sławoj „Europejskie prawo zamówień publicznych” (wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2016 r. str. 749) „podmioty będą obowiązywać do stosowania przepisów komentowanej dyrektywy tylko w sytuacji udzielania zamówień związanych z prowadzoną działalnością sektorową, której rodzaje zostały zdefiniowane w art. 8-14 dyrektywy 2014/25/UE. Natomiast w przypadku, gdy dokonywane zakupy nie pozostają w związku z taką działalnością, przedsiębiorstwa publiczne i podmioty działające na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych są całkowicie zwolnione z obowiązku udzielania zamówień”.

Podmioty te, w ramach swobody prowadzonej działalności, mogą więc wedle własnej woli ustanawiać własne procedury udzielania zamówień, a nawet wzorować się na ustawie Prawo zamówień publicznych, czy też „stosować ją”, nie będąc do tego zobowiązanymi. Jednak przepisy regulujące środki ochrony prawnej, w tym odwołania, określone w ustawie Prawo

zamówień publicznych czy to z 2004 r., czy z 2019 r., nie są skierowane *de facto* do zamawiających, lecz do Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów. Także regulacja art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., jak i wcześniejsza art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., nie pozostawia Izbie uznaniowości w kwestii odrzucenia odwołania, lecz zawiera taką dyspozycję: „Izba odrzuca odwołanie”.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie mógł więc skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do Izby. Powyższego nie zmienia błędne pouczenie, jakie Zamawiający zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie uchyla ono także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania, gdyż to nie działania zamawiających determinują kognicję Izby, lecz przepisy prawa.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. i orzekła jak w sentencji odrzucając odwołanie.

Jak wynika z art. 529 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Zgodnie z dyspozycją art. 553 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku, w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Zatem Izba wydała postanowienie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Z tego powodu Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu.

Przewodniczący: