

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 transportu”.

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 MSP, 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 obciążone 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 obciążone wadą, przez którą - bez względu na etap nie można kwalifikować 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, kolejną 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 przeznaczonych 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.

Odwolujący 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).

Przewodniczący:.....