Sygn. akt:KIO 3081/20

POSTANOWIENIE
z dnia 1 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PSI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PSI Software AG z siedzibą w Berlinie, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Łodzi**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku**,

przy udziale wykonawcy **Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.odrzuca odwołania;

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt:KIO 3081/20

U z a s a d n i e n i e

Spółka Energa-Operator S.A. wszczęła w dniu 18 grudnia 2018 r. postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego pn. *Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA*(ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 243- 556915).

W dniu 23 listopada Konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A.wniosło odwołanie wobec unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika Sp. z o.o., zaniechania jej odrzucenia i wobec czynności badania i oceny oferty Mikronika. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mikroniki pomimo, że nie odpowiada ona treści SIWZ;

2)art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a Mikroniką niedozwolonych negocjacji treści oferty;

3)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z 1 czerwca 2020 r. odrzucił ofertę Mikroniki oraz ofertę Konsorcjum Schneider. Jedyną ofertą nieodrzuconą przez Zamawiającego pozostała oferta Konsorcjum PSI. Mikronika decyzję tę zaskarżyła. Konsorcjum Schneider nie zaskarżyło odrzucenia jego oferty. Także Odwołujący wniósł swoje własne odwołanie, w którym zarzucił zaniechanie odrzucenia oferty Mikroniki na podstawie wszystkich istniejących podstaw. Krajowa Izba Odwoławcza orzeczeniem z 10 sierpnia 2020 r. w połączonych sprawach pod sygn. akt KIO 1299/20 KIO 1305/20 odrzuciła odwołania uznając, w ślad za argumentacją Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, że Zamawiający nie posiada już statusu zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp. Orzeczenie to zostało zaskarżone skargami zarówno przez Mikronikę, jak i przez Konsorcjum PSI. Postępowania skargowe są w toku i nie zostały jeszcze rozstrzygnięte.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z 13 listopada 2020r. unieważnił odrzucenie oferty Mikroniki, wskazując: *Po przeprowadzeniu analizy czynności Zamawiającego dokonanych w ramach oceny ofert, opierając się na stanowisku komisji przetargowej oraz opiniach ww. biegłych Zamawiający stwierdza brak podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy Mikronika Sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy*.

Odwołujący podniósł, że komisja przetargowa podjęła jednogłośnie decyzję o odrzuceniu oferty Mikroniki (wyrażoną w piśmie z 1 czerwca 2020r.) i decyzję tę kilkukrotnie podtrzymała – w odpowiedzi na odwołanie oraz w odpowiedzi na skargę tego wykonawcy, za każdym razem przedstawiając szczegółowe, merytoryczne i nie budzące wątpliwości stanowisko. Aktualnie komisja przetargowa decyzję tę zmieniła, a decyzja o unieważnieniu odrzucenia oferty Mikroniki nie zawiera żadnego merytorycznego uzasadnienia. Zamawiający we wrześniu br. otrzymał od Odwołującego ekspertyzę wykonaną przez Polskie Towarzystwo Informatyczne. Wnioski tej ekspertyzy są zbieżne z argumentami

Zamawiającego zawartymi w informacji o odrzuceniu oferty Mikroniki i z jego merytorycznym stanowiskiem prezentowanym w odpowiedziach na odwołanie i skargę. Komisja przetargowa dokument ten pominęła.

Odwołujący podniósł, że oferta Mikroniki nie zawiera obligatoryjnie wymaganych elementów, o czym Odwołujący powziął wiedzę na podstawie wyjaśnień ceny z 26 marca 2020 r. oraz z 17 kwietnia 2020 r. i 12 maja 2020r, o które zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1a ustawy Pzp. Podniósł

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Mikroniki oraz odrzucenia tej oferty.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 12 czerwca 2020 r. do Izby wpłynęły odwołania Konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. oraz wykonawcy Mikronika Sp. z o.o. Izba ustaliła wówczas, że z uwagi na sytuację podmiotową spółki Energa-Operator po zmianach w akcjonariacie, w postępowaniu tym nie mają zastosowania przepisy ustawy. W związku z tym Izba – postanowieniem z 10 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20) – odrzuciła oba odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie 27 listopada 2020 r. do akt sprawy wpłynął wniosek Energa-Operator S.A. o odrzucenie odwołania, z informacją, że sytuacja prawna spółki po wydaniu przez Izbę postanowienia w sprawach sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20 nie uległa zmianie.

Analogiczny wniosek zgłosił wykonawca Mikronika Sp. z o.o., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania, podnosząc m.in., że skład orzekający w niniejszej sprawie nie jest związany wcześniejszymi rozstrzygnięciami Izby oraz wskazując na wyrok TSUE z 03.10.2000 r. C-380/98 oraz na konieczność realizacji zasady pewności prawa.

Na podstawie akt postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20 Izba ustaliła, że w dniu 27 lipca 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na oba odwołania i wniósł o ich odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. W uzasadnieniu ww. wniosku Zamawiający wskazał, że 30 kwietnia 2020 r. PKN ORLEN S.A. dokonał nabycia wszystkich akcji przysługujących Skarbowi Państwa w Energa S.A. (51,52% akcji tej spółki) i dysponuje obecnie 80,1% akcji tej spółki. Skarb Państwa posiada w PKN ORLEN S.A. jedynie 27,62% akcjonariatu. Tym samym, w konsekwencji przejęcia grupy kapitałowej Energa przez PKN ORLEN S.A., Skarb Państwa 30 kwietnia 2020 r. przestał posiadać dominujący wpływ na Zamawiającego, w rozumieniu art. 3 ust 1 pkt 4 Pzp. Oznaczało to, że z chwilą ww. nabycia akcji Zamawiający utracił status zamawiającego, o którym mowa w art. 3 Pzp. W tym stanie rzeczy Zamawiający – dla zapewnienia przestrzegania zasad przejrzystości i konkurencyjności prowadzonego postępowania – kontynuował postępowanie zgodnie z regułami określonymi w przepisach Pzp. Jednakże nie ulegało wątpliwości, iż o ile swobodną decyzją Zamawiającego było stosowanie tych reguł w prowadzonym postępowaniu, które 30 kwietnia 2020 r. nie podlegało przepisom Pzp, o tyle tryb odwoławczy, określony w Pzp nie mógł zostać zastosowany w przedmiotowej sprawie. Zamawiający przestał spełniać bowiem przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W przywołanej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił m.in., że nie ma statusu podmiotu prawa publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał, że nie został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego w rozumieniu omawianej przesłanki.

W odniesieniu do przesłanki finansowania zamówienia w przeważającej części przez podmioty publiczne Zamawiający wskazał m.in., że przesłanka ta nie jest spełniona, jeżeli finansowanie podmiotu polega na przekazywaniu środków w zamian za konkretne świadczenie, do jakiego zobowiązuje się podmiot na podstawie, np. umowy o wykonywanie zadań publicznych lub projektów czy też własnych zamierzeń inwestycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych (np. wynikające z umowy świadczenia, takie jak przeprowadzanie określonych umową prac badawczych, konsultacji naukowych, zorganizowanie seminariów lub konferencji). Zamawiający wskazał, że jego przychody w znacznym stopniu są regulowane, objęte taryfą i stawkami opłat uzgodnionymi z Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki (URE), to opłaty za usługi świadczone przez Zamawiającego, które wnoszą odbiorcy (uczestnicy rynku). Tym samym Zamawiający nie jest finansowany przez środki publiczne, w szczególności przez Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub jakiekolwiek podmioty sektora finansów publicznych lub zamawiających klasycznych.

W zakresie przesłanki sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym Zamawiający podniósł, że przesłankę tę należy rozumieć, jako możliwość wywierania wpływu na decyzje instytucji zamawiającej, przy użyciu środków oddziaływania przysługujących innym zamawiającym, tzw. klasycznym (tym z art. 3 ust. 1 pkt 1-3 Pzp) – nadzór tej innej instytucji publicznej ma być tego typu, że może ona zmienić się w formę koordynacji lub kierowania działalnością nadzorowanego podmiotu. Zdaniem TSUE omawiany nadzór oznacza takie powiązanie z sektorem publicznym, które byłoby równe w skutkach z powiązaniem towarzyszącym występowaniu pozostałych dwóch przesłanek (posiadanie większościowych akcji lub udziałów/prawa powoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej), których istnienie daje sektorowi publicznemu możliwość wywierania wpływu na decyzje zamawiającego. Po sprzedaży przez Skarb Państwa akcji Energa S.A., nie można stwierdzić by Zamawiający ostał poddany nadzorowi o powyższej charakterystyce. W szczególności takiego typu nadzoru nie stanowią uprawnienia Prezesa URE. Uprawnienia tego organu względem Zamawiającego nie mają cech szczególności, odmienności od tych jakie stosuje organ względem innych podmiotów wykonujących tożsamą jak Zamawiający działalność — uprawnienia te są bowiem oparte o przepisy, a zatem relacja pomiędzy organem, a przedsiębiorstwem energetycznym ma charakter administracyjno-prawny, co wyklucza zatem relację nadzorczą, zbliżoną do relacji właścicielskiej.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej

„zamówieniami”, 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:

a) (uchylona)

b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub

c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub

d) (uchylona)

e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

5) inne niż określone w pkt 1–4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:

a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a,

b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Powyższy przepis określa zamknięty katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy. Izba ustaliła, że Energa-Operator S.A. nie należy obecnie do żadnej z określonych tym przepisem kategorii podmiotów.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że spóła Energa-Operator S.A. nie jest jednostką sektora finansów publicznych, nie jest bowiem żadnym z podmiotów określonych w art. 9 ustawy o finansach publicznych (organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; związki metropolitalne; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; uczelnie publiczne; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; państwowe i samorządowe instytucje kultury; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego). W powyższym katalogu nie mieszczą się spółki prawa handlowego, jaką bezsprzecznie jest Energa-Operator S.A.

Po drugie, nie ma wątpliwości, że Energa-Operator S.A., jako spółka akcyjna, nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. nie jest państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej.

W ocenie Izby Energa-Operator S.A. nie może być też uznana za jeden z podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. za podmiot prawa publicznego. Zakwalifikowanie określonego podmiotu do tej kategorii wymaga ustalenia, że spełnieniu którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a-d musi towarzyszyć okoliczność, że osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności. W ocenie Izby Energa-Operator S.A. jest podmiotem, który jako spółka prawa handlowego działa w celu osiągnięcia zysku. Stanowi to o niewypełnieniu przesłanki „o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności”. Nie ma żadnych podstaw prawnych
ani faktycznych pozwalających na stwierdzenie, że Zamawiający jest podmiotem
w jakikolwiek sposób uprzywilejowanym w taki sposób, by można uznać, że nie działa
on w zwykłych warunkach rynkowych i jest zabezpieczony przed możliwością poniesienia strat wynikających z prowadzonej działalności oraz ich konsekwencji. Już sam ten fakt, niezależnie od pozostałych przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powoduje, że Energa-Operator nie może być zaliczona do tzw. podmiotów prawa publicznego.

Następnie Izba stwierdziła, że Energa-Operator S.A. nie spełnia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, dotyczących:

1)wykonywania przez zamawiającego działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych,

2)wywierania przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot dominującego wpływu na Zamawiającego przez posiadanie przez te podmioty ponad połowę udziałów albo akcji Zamawiającego lub ponad połowy głosów wynikających z udziałów albo akcji Zamawiającego lub posiadania przez te podmioty prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego Zamawiającego.

W zakresie pierwszej z ww. przesłanek podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy Pzp, prawami szczególnymi lub wyłącznymi w rozumieniu ust. 1 pkt 4 są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty, z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania: 1) obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi; 2) prowadzonego na podstawie przepisów, o których mowa w ust. 2a. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi nie są więc prawa przyznane w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi, prowadzonego na podstawie przepisów, o których mowa w ust. 2a. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *do kategorii praw specjalnych lub wyłącznych nie należy zaliczać uprawnień, które mogą zostać przyznane każdemu przedsiębiorcy spełniającemu określone warunki o charakterze obiektywnym, proporcjonalnym i niedyskryminacyjnym. Przyznanie takich uprawnień nie zależy bowiem od arbitralnej woli organu administracji, ale od spełnienia określonych przesłanek przez zainteresowanego przedsiębiorcę. Uzyskanie w taki sposób koncesji (...) nie powoduje powstania żadnego stosunku zależności pomiędzy organem państwa a przedsiębiorcą i nie wpływa na jego pozycję na rynku, skoro również inne zainteresowane podmioty, spełniające te same kryteria, mogą się ubiegać o przyznanie im takich uprawnień* (tak: A. Sołtysińska (red.), Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2006, s. 58); Z. Muras, komentarz do art. 33 ustawy Prawo energetyczne, Warszawa 2010).

Izba stwierdziła, że w świetle przepisów ustawy Prawo energetyczne spółka Energa-Operator nie prowadzi działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Zgodnie z art. $4e^1$ Prawa energetycznego usługi przesyłania, dystrybucji, magazynowania paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego lub regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego mogą być świadczone wyłącznie odpowiednio przez operatora systemu przesyłowego, operatora systemu dystrybucyjnego, operatora systemu magazynowania paliw gazowych, operatora systemu skraplania gazu ziemnego lub operatora systemu połączonego. Z kolei art. 3 pkt 25 Prawa energetycznego stanowi, że operatorem systemu dystrybucyjnego jest przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją paliw gazowych lub energii elektrycznej, odpowiedzialne za ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym gazowym albo systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci dystrybucyjnej, w tym połączeń z innymi systemami gazowymi albo innymi systemami elektroenergetycznymi.

Zgodnie natomiast z art. 9h ust. 3 Prawa energetycznego operatorem systemu przesyłowego, systemu dystrybucyjnego, systemu magazynowania paliw gazowych, systemu skraplania gazu ziemnego lub operatorem systemu połączonego może być:

1)właściciel sieci przesyłowej, sieci dystrybucyjnej, instalacji magazynowej lub instalacji skroplonego gazu ziemnego, posiadający koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej z wykorzystaniem tej sieci lub instalacji;

2)przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii elektrycznej, magazynowania paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego, z którym właściciel sieci przesyłowej, sieci dystrybucyjnej, instalacji magazynowej lub instalacji skroplonego gazu ziemnego zawarł umowę powierzającą temu przedsiębiorstwu pełnienie obowiązków operatora z wykorzystaniem sieci lub instalacji będących jego własnością.

Stosownie do art. 33 ust. 1 Prawa energetycznego Prezes URE udziela koncesji wnioskodawcy, który:

1)ma siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Turcji;

2)dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwość ich pozyskania;

3)ma możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności;

4)zapewni zatrudnienie osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych, o których mowa w art. 54 ustawy – Prawo energetyczne;

5)uzyskał decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (jeżeli konieczność uzyskania takiej decyzji wynika z uwarunkowań wnioskodawcy) albo decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej, o której mowa w ustawie z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących (Dz. U. z 2018 r. poz. 1537, ze zm.);

6)nie zalega z zapłatą podatków stanowiących dochód budżetu państwa, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległości podatkowych albo podatku lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu podatkowego.

Z powyższego wynika, że każdy podmiot, który spełnia powyższe warunki, może uzyskać koncesję na prowadzenie działalności polegającej na dystrybucji energii elektrycznej. Przepisy prawa nie określają w tym zakresie

żadnych ograniczeń podmiotowych. Zatem Energa-Operator S.A. działając jako operator systemu dystrybucyjnego i posiadając koncesję w zakresie dystrybucji energii elektrycznej, nie prowadzi działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, każdy bowiem podmiot, spełniający ustawowe wymagania, może uzyskać uprawnienia do prowadzenia działalności w tym zakresie. Uprawnienia, które mogą być przyznane każdemu podmiotowi spełniającemu określone obiektywnym warunki, nie mogą być zakwalifikowane do praw szczególnych lub wyłącznych.

Dalej należy stwierdzić, że Energa-Operator nie spełnia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b, c, e ustawy Pzp.

W odniesieniu do tej przesłanki Izba ustaliła, że w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20 Zamawiający przedstawił następujące dokumenty:

–Struktura akcjonariatu PKN ORLEN S.A.,

–Regulamin Walnego Zgromadzenia PKN ORLEN S.A.

z których wynika, że Skarb Państwa nie ma dominującego wpływu na Zamawiającego, gdyż główni akcjonariusze PKN ORLEN S.A. to:

–Skarb Państwa – 27,52% udziałów, 27,52% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy,

–OFE Nationale Nederlanden – 7,34% udziałów, 7,34% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy,

–OFE Aviva Santander – 6,29% udziałów, 6,29% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy,

–Norges Bank – 1% udziałów, 9,88% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy.

Jak ustaliła Izba w postępowaniu o sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20, przy uwzględnieniu akcjonariuszy PERN S.A. oraz OFE PZU Złota Jesień (odpowiednio: 4,90% udziałów, 4,90% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy, 4,39% udziałów, 4,39% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy), łączny udział Skarbu Państwa – bezpośredni i pośredni – w akcjonariacie PKN ORLEN S.A. wynosi maksymalnie 36,81% udziałów i głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Energa-Operator S.A. nie spełnia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b i c ustawy Pzp.

Ponadto, jak wynika z Regulaminu Walnego Zgromadzenia, PKN ORLEN S.A. nie przyznał Skarbowi Państwa szczególnych uprawnień w zakresie posiadania ponad połowy głosów z akcji. Zgodnie z § 9 ust. 3 Statutu PKN ORLEN S.A. Skarb Państwa reprezentowany przez podmiot uprawniony do wykonywania praw z akcji należących do Skarbu Państwa, uprawniony jest do powoływania tylko jednego członka zarządu. Zarząd liczy od 5 do 9 członków i powoływany jest przez radę nadzorczą spółki (§ 9 ust. 2 i 3 Statutu). Skarb Państwa uprawniony jest również do powołania tylko jednego członka rady nadzorczej, w skład której wchodzi od 6 do 10 członków powoływanych przez Zgromadzenie Wspólników Spółki (§ 8 ust. 2 Statutu). Energa-Operator S.A. nie spełnia zatem przesłanki określonej w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b i c ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że Energa-Operator jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną ani usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Podsumowując należy stwierdzić, że wobec nabycia wszystkich akcji przysługujących Skarbowi Państwa w Energa S.A. przez PKN ORLEN S.A., w którym Skarb Państwa posiada jedynie 27,62% akcjonariatu, Energa-Operator S.A. nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp.

Odwołujący, uzasadniając w treści odwołania oraz w piśmie procesowym swoje prawo do skorzystania z tego środka ochrony prawnej, nie kwestionował, że Energa-Operator S.A. nie mieści się obecnie w żadnej z kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp. Wywodził natomiast, że skoro postępowanie zostało wszczęte w trybie ustawy Pzp, to Zamawiający zobowiązany jest postępowanie w tym trybie do końca.

W związku z powyższym rozważenia wymagało, czy zmiana struktury akcjonariatu dokonana po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogła spowodować, że ustał obowiązek stosowania reżimu przepisów Pzp przez podmiot, który utracił status zamawiającego, a prowadzone postępowanie straciło charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z art. 3 ustawy Pzp ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia – należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Zatem w przypadku obu przywołanych definicji momentem udzielenia zamówienia kończącym proces postępowania jest moment podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zaś moment wszczęcia takiego postępowania. Celem postępowania jest popisanie umowy z wybranym wykonawcą i udzielenie zamówienia, przez pryzmat tych czynności należy oceniać kiedy dany podmiot stosować musi regulacje ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zmiana akcjonariatu spowodowała, że umowa, która zostanie zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania, nie będzie zawierana przez podmiot będący zamawiającym w rozumieniu. Tymczasem zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W związku z tym należało stwierdzić, że przedmiotowe postępowanie nie mieści się w zakresie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Izby wyrażone w dotyczącym tego samego postępowania postanowieniu z 10 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20, a także w postanowieniu z 20 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1462/20, dotyczącym innej spółki z Grupy Energa (Energa Informatyka i Technologie Sp. z o.o.).

Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że Izba w postanowieniu z 10 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20 nie rozstrzygnęła kwestii konieczności zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze ustawy Pzp, w sytuacji gdy w oparciu o tę ustawę je wszczęto. Wskazać należy, że w przywołanym postanowieniu Izba wyraźnie stwierdziła: *(…) udział zamawiającego w rozumieniu Pzp w postępowaniu jest niezbędny do uznania, że postępowanie zmierza do udzielenia zamówienia publicznego. W konsekwencji Izba stwierdziła, że utrata przez Zamawiającego statusu zamawiającego w rozumieniu art. 3 Pzp spowodowała ustanie obowiązku stosowania przepisów Pzp do postępowania „Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA”.*

Odwołujący, wywodząc obowiązek stosowania ustawy mimo utraty statusu zamawiającego, powołał się na stanowisko prezentowane w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie TSUE, dotyczące zasadności kontynuowania postępowania zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp, w celu zagwarantowania pewności prawa. Odnosząc się do tego stanowiska, należy zwrócić uwagę na okoliczności towarzyszące temu konkretnemu postępowaniu. Po pierwsze, w niniejszym postępowaniu Zamawiający (jak wynika z odpowiedzi na odwołanie złożone we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym) zdecydował się – dla zapewnienia przestrzegania zasad przejrzystości i konkurencyjności prowadzonego postępowania – kontynuować postępowanie z uwzględnieniem zasad określonych w przepisach Pzp, co należy uznać za właściwe, decyzja ta nie zmienia jednak formalnego statusu spółki Energa-Operator. Ponadto, co istotne – w niniejszej sprawie Odwołujący nie został w żaden sposób zaskoczony faktem zmian w akcjonariacie spółek z grupy Energa, brał bowiem udział – jako Odwołujący – w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20, w którym zmiany te i ich skutek dla możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej podlegał badaniu i ocenie Izby. Jak już wyżej wskazano, Izba wydała w tych sprawach postanowienie o odrzuceniu obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Co więcej, w innej sprawie dotyczącej postępowania prowadzonego przez spółkę z grupy Energa, Izba również odrzuciła odwołanie na tej samej podstawie prawnej i faktycznej. W tej sytuacji należy stwierdzić, że pewność prawa nie powinna być postrzegana z perspektywy tylko jednej ze stron postępowania. Sytuację należy ocenić również z punktu widzenia Zamawiającego, który w innych postępowaniach odwoławczych, w identycznym stanie faktycznym i prawnym uzyskał potwierdzenie wpływu zmian w strukturze właścicielskiej na możliwość zaskarżania podejmowanych przez niego decyzji. Wykonawca natomiast miał wiedzę o zmianie statusu podmiotu prowadzącego postępowania, jak również wiedział, jak tożsamy stan faktyczny i prawny był oceniany przez Izbę. Jakkolwiek rację ma Odwołujący, że skład orzekający w danej sprawie nie jest związany rozstrzygnięciami innych składów orzekających, to właśnie względy pewności prawa powinny skłaniać do wzięcia pod uwagę przy orzekaniu rozstrzygnięć zapadłych w takich samych okolicznościach faktycznych i prawnych. W niniejszej sprawie okoliczności faktyczne są takie same, ale – co więcej – dotyczą tego samego postępowania i tych samych stron, jak w przypadku postanowienia wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20.

Biorąc pod uwagę okoliczności towarzyszące tej sprawie Izba doszła do przekonania, że stwierdzenie dopuszczalności niniejszego odwołania nie tylko nie ma bezpośredniej podstawy ustawowej, ale nie służyłoby realizacji zasady pewności prawa.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4). Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania należy przypisać Odwołującemu, który będąc świadomym zmian w strukturze właścicielskiej spółek z grupy Energa oraz prezentowanego w orzecznictwie Izby w tożsamych okolicznościach stanowiska (m.in. wyrażonego w tym samym postępowaniu) zdecydował się na wniesienie odwołania. W tych okolicznościach nie można bowiem twierdzić, że wykonawca został w jakikolwiek sposób wprowadzony przez drugą stronę postępowania odwoławczego w błąd co do możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Biorąc pod uwagę, że postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, a w imieniu Zamawiającego został złożony jedynie wniosek o odrzucenie odwołania z powołaniem się na argumentację przedstawioną w poprzednim postępowaniu odwoławczym, Izba uznała, że w tej sytuacji koszty wynagrodzenia pełnomocnika nie należą do uzasadnionych kosztów strony postępowania odwoławczego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……