

POSTANOWENIE
z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Ewa Kisiel Marek Koleśnikow Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu 29 lipca 2020 r. i 10 sierpnia 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 czerwca 2020 roku przez:

A. wykonawcę Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1299/20),

B. 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 (KIO 1305/20),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku, przy udziale:

A. wykonawcy Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1305/20 po stronie Zamawiającego,

B. 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, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1299/20 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca oba odwołania,
2. kosztami postępowania o sygn. akt 1299/20 obciąża zamawiającego: Energa- Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Odwołującego: Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
3. kosztami postępowania o sygn. akt 1305/20 obciąża zamawiającego: Energa- Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: 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 tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego: Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Odwołującego: 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 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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: Uzasadnienie

Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA”, nr referencyjny P/1/0121/2018 (dalej: Postępowanie). Postępowanie zostało wszczęte zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej: Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 grudnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 243-556915.

12 czerwca 2020 r. wykonawca Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Odwołujący Mikronika) wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1299/20), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez wadliwą czynność odrzucenia oferty Odwołującego Mikronika

ewentualnie

2.art. 87 ust. 1 oraz 1a Pzp przez zaniechanie dalszego wyjaśnienia oraz sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych przez Odwołującego Mikronika.

Odwołujący Mikronika wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Mikronika, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2.powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Mikronika,

ewentualnie

3.kontynuacji czynności wyjaśniających w zakresie przewidzianego przez Odwołującego Mikronika sposobu realizacji przedmiotu zamówienia po anulowaniu czynności odrzucenia jego oferty .

12 czerwca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający 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 (dalej: Odwołujący PSI) wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 1305/20), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika, mimo że zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

ewentualnie

2.art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Mikronika do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty mimo, że wydawała się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi - jeśli Izba uzna, że ponownie wezwanie wykonawcy Mikronika do złożenia takich wyjaśnień jest dopuszczalne,

3.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika mimo, że nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ),

4.art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

5.art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez

- wykonawcę Mikronika jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.
- a) wyjaśnień wykonawcy Mikronika w zakresie ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w tym dokumencie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - b) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Mikronika w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1a Pzp z 3 i 24 kwietnia 2020 r. oraz uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w tych dokumentach, jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu PSI tych informacji i dokumentów je zawierających,
- 6.art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący PSI wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika ze względu na wszystkie istniejące podstawy odrzucenia tej oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji zawartych w:
 - a) odpowiedzi wykonawcy Mikronika na wezwanie do wyjaśnienia ceny oraz w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych w tym dokumencie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - b) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Mikronika w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z 3 i 24 kwietnia 2020 r. oraz uzasadnienia zastrzeżenia informacji, zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

1299/20

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Mikronika wskazał m. in.:

Zamawiający w celu przygotowania postępowania wszczął i przeprowadził dialog techniczny zgodnie z art. 31a ust. 1 Pzp. Uczestnikami dialogu byli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli w postępowaniu oferty.

Zamawiający przeprowadził w postępowaniu trzykrotne trzydniowe rundy dialogowe z każdym z uczestników dialogu. Po zakończeniu dialogu Zamawiający zaprosił wykonawców do składania ofert przekazując SIWZ wraz z załącznikami. Mimo prowadzenia dialogu na etapie poprzedzającym składanie ofert w postępowaniu wykonawcy kierowali do Zamawiającego liczne pytania wnosząc o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ (ponad 200 pytań w większości dotyczących kwestii technicznych).

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zawiera Załącznik nr 4 do wzoru Umowy, która jest Załącznikiem nr 3 do SIWZ.

Opis zakresu zamówienia ujęty został w szeregu załączników do SIWZ, przy czym istotne dla kwestii poruszanych w odwołaniu to:

- A. Załącznik nr 5, który zawierał szczegółowe wymagania Zamawiającego odnośnie: funkcjonalności SCADA, wymagania funkcjonalne Systemu, wymagania nefunkcjonalne Systemu, wolumetrię Systemu (parametry jakościowe) a także opisywał posiadane przez Zamawiającego środowisko, w tym sterowniki, koncentratory i konfigurację sprzętu dyspozytorów.
- B. Załącznik nr 6, który zawierał wymagania sprzętowe na System.
- C. Załącznik nr 12, który prezentował rysunek poglądowy zawierający opis połączeń logicznych dla pracy systemu w trybie Active Active.
- D. Załącznik nr 13, który prezentował rysunek poglądowy zawierający opis połączeń logicznych dla pracy systemu w trybie Hot Standby.

W zakresie dotyczącym kluczowych dla sprawy wymagań SIWZ Odwołujący wskazał na Załącznik nr 6 - Wymagania sprzętowe na system, pkt 6.1 i 6.6 oraz 7.19:

6. Elementy dostawy/usługi:

6.1 W ramach dostawy sprzętu i oprogramowania Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć, o ile jest takie wymaganie

projektowe do każdej lokalizacji (w ilości wymaganej do realizacji projektu):

- serwery,
- macierze wraz z dyskami,
- licencje na bazy danych,
- licencje na środowisko wirtualne (Zamawiający informuje, że na produkty VMwarena okres 36 miesięcy posiada podpisaną umowę „Enterprise License Agreement” nr 000298/18 z dnia 30.08.2018 i Wykonawca może skorzystać z warunków tej umowy),

6.6 Środowisko Systemu SCADA/ADMS musi być w pełni objęte wirtualizacją (tj. wirtualizacja w oparciu o rozwiązanie VMware lub równoważne). Wyjątkiem są serwery bazodanowe, gdzie dopuszcza się rozwiązanie oparte na sprzęcie fizycznym lub jako maszyny wirtualne.

7.19 Wymagane jest, aby System SCADA działał w oparciu o mechanizmy wirtualizacji. Zamawiający dopuszcza rozwiązania bazodanowe oparte o maszyny fizyczne w przypadku korzystniejszych warunków licencjonowania w stosunku do licencjonowania opartego o wirtualizację.

Procedura wyjaśniająca postanowienia SIWZ miała zasadnicze znaczenie dla ustalenia ostatecznych wymagań Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia.

Pytanie 133 (z 7 lutego 2020 r.)

Dot. punktu 6.1. Wykonawca prosi o potwierdzenie, że zapis punktu 6.1. „W ramach dostawy sprzętu i oprogramowania Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć, o ile jest takie wymaganie projektowe 1...1” oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia jedynie tych elementów sprzętowych lub programowych, których zastosowanie spełni wymagania projektowe. Innymi słowy, jeżeli z punktu widzenia Wykonawcy nie będzie konieczne użycie np. sprzętowych load balancerów lub macierzy, z uwagi na fakt, że Wykonawca zakłada inny sposób zapewnienia wymaganych funkcjonalności i właściwości oferowanego rozwiązania, to Wykonawca nie jest zobowiązany do dostarczenia takich elementów, które w praktyce nie będą wykorzystywane w ramach architektury Systemu. Jednocześnie Wykonawca jest świadomy, że System musi być zaprojektowany zgodnie z założeniami Załącznika nr 12 - Architektura Active-Active lub Załącznika nr 13 - Architektura Hot-Standby. Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie zmienia postanowień SIWZ w zakresie objętym pytaniem. Jednocześnie Zamawiający potwierdza, że Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia jedynie tych elementów sprzętowych lub programowych, których zastosowanie spełni wymagania projektowe.

Pytanie 161 (z 7 lutego 2020 r.)

Czy dostawca ma ująć w ofercie licencje na oprogramowanie do wirtualizacji, czy Zamawiający posiada takie oprogramowanie / licencje i zechce z nich skorzystać (dostawca nie ujmuje kosztów w swojej ofercie)?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie zmienia postanowień SIWZ w zakresie objętym pytaniem. Jeżeli architektura Systemu Wykonawcy wymaga dostarczenia licencji na oprogramowanie do wirtualizacji to Wykonawca musi je dostarczyć wraz z infrastrukturą sprzętową w ilości zapewniającej działanie Systemu SCADA/ADMS. Odpowiedź na te pytanie zależne jest od założonej przez Wykonawcę, a następnie szczegółowo opracowanej na etapie Projektu Technicznego architektury systemu.

W zakresie oprogramowania do wirtualizacji Pytanie 7 (z 17 lutego 2020 r.)

Dot. Odpowiedzi Zamawiającego z dnia 7 lutego br. na pytania nr 44 i 131. Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca właściwie zrozumiał wyjaśnienia Zamawiającego w odniesieniu do w/w pytań, iż Wykonawca nie ma obowiązku użycia oprogramowania NSX w przypadku, gdy założona przez Wykonawcę, a następnie szczegółowo opracowana na etapie Projektu Technicznego architektura systemu nie będzie wymagała użycia komponentu VMware NSX i Zamawiający poniosłby w takim przypadku niepotrzebne koszty związane z zakupem licencji, które nie byłyby wykorzystane w ramach implementacji systemu SCADA stanowiącego przedmiot zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie zmienia postanowień SIWZ w zakresie objętym pytaniem. Jeżeli założona przez Wykonawcę, a następnie szczegółowo opracowana na etapie Projektu Technicznego architektura systemu zakładać będzie wykorzystanie technologii VMware to Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia komponentu VMware NSX.

Analogicznej treści wyjaśnienia SIWZ zawarte zostały w odniesieniu m.in. do pytań nr 44, 130, 131.

Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego jak i oceny treści udzielonych wyjaśnień co do przyjętych przez Odwołującego do wyceny rozwiązań, pominął całkowicie procedurę wyjaśniającą SIWZ mimo, że miała ona zasadnicze znaczenie dla ustalenia wymagań co do przedmiotu zamówienia. Uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego również pomijało treść ww. wyjaśnień treści SIWZ.

Wyjaśnienia treści SIWZ udzielane w trybie art. 38 Pzp mają takie samo znaczenie prawne jak pierwotna treść SIWZ i stanowią jej równorzędną część; de facto często też stanowią modyfikację postanowień SIWZ.

Jak wynikało z powyższych wyjaśnień SIWZ, Zamawiający w odniesieniu do architektury Systemu stawiał przed wykonawcami wymagania o charakterze funkcjonalnym, jednocześnie pozostawiając wykonawcom dobór konkretnych rozwiązań dla uzyskania optymalnych parametrów Systemu. Zamawiający nie wymagał wirtualizacji jako wymagania koniecznego do wykonania Systemu. Dopiero w przypadku, gdyby przyjęte przez konkretnego wykonawcę rozwiązanie techniczne wiązało się z koniecznością wdrożenia wirtualizacji jako elementu niezbędnego dla realizacji wymaganych funkcjonalności Systemu, wykonawcy mieli jej koszt, w tym licencji oprogramowania do wirtualizacji, uwzględnić w cenie oferty. Zamawiający konsekwentnie podkreślał w odpowiedziach na pytania, że konkretne rozwiązania techniczne Systemu i dobór jego elementów składowych są zależne wyłącznie od założonej przez wykonawcę architektury Systemu i przez nią są zdeterminowane.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał od ubiegających się o udzielenie zamówienia złożenia wraz z ofertą Formularza ofertowego — Załącznik nr 1 do SIWZ. Dokument zawierał oświadczenia składającego ofertę wykonawcy m.in. w przedmiocie łącznej ceny ofertowej oraz parametrów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert. Formularz zawierał także oświadczenia: co do złożenia oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, o zapoznaniu się wykonawcy z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ i uznaniu za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami Postępowania jak również o zdobyciu koniecznych informacji potrzebnych do prawidłowego przygotowania oferty.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wszystkie wymagane przez Zamawiającego formularze. Na poziomie złożonej w postępowaniu Oferty, nie ulegało wątpliwości, że treść oferty Odwołującego była w pełni zgodna z treścią SIWZ. Powyższe w konsekwencji oznaczało, że na podstawie treści złożonej oferty, za nieuzasadnione należy uznać, dokonanie odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Pzp przewiduje uprawnienie Zamawiającego do skierowania do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 a Pzp specyficznego na gruncie dialogu konkurencyjnego wezwania, którego przedmiotem może być żądanie od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Nie zmienia to faktu, że podstawa odrzucenia oferty z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp ma w całości zastosowanie także w odniesieniu do tego trybu. W ocenie Odwołującego, konsekwencją braku wymogu złożenia jako elementu oferty w postępowaniu np. koncepcji realizacji zamówienia czy podobnego dokumentu

prezentującego założenia realizacji przedmiotu zamówienia, było pozbawienie się przez Zamawiającego narzędzi do odrzucenia ofert z powodu treści których one nie zawierały. Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego powołał się na art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp i uznał, że mimo, że treść oferty nie zawierała poza Formularzem ofertowym i Cenowym żadnych informacji o zaoferowanym sposobie realizacji zamówienia, to jednak jej treść była niezgodna z treścią SIWZ.

16 marca 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. W szczególności Zamawiający oczekiwał od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyceny wyszczególnionych w treści wezwania pozycji Załącznika nr 2 do SIWZ odnośnie Produktów 1, 2, 3, 10 i 12 dla Etapu I oraz Produktów 9 i 11 dla Etapu II. Produkt 3 Etapu I to pozycja opisana w Załączniku nr 2 jako Licencje na Oprogramowanie Podmiotów Trzecich.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, 26 marca 2020 r. Odwołujący Mikronika złożył wyczerpujące wyjaśnienia ceny wraz z dowodami. W treści wyjaśnień w zakresie Licencji na Oprogramowanie Podmiotów Trzecich zostało podkreślone, że z zadawanych pytań i wniosków innych wykonawców wynikało, że dla realizacji wymagań

postawionych przez Zamawiającego potrzebowali oni zakupić kosztowne licencje firm trzecich na środowisko programistyczne, podczas gdy Odwołujący zaoferował rozwiązanie nie wymagające tak znaczącego kosztowo udziału licencji firm trzecich. To zadecydowało o niższej cenie jego oferty. W szczególności w odniesieniu do Produktu 3 Etapu I Odwołujący wskazał, że kalkulację przeprowadzono na podstawie wstępnej architektury rozwiązania, którą wzorowano na propozycji Zamawiającego zaprezentowanej w załączniku nr 13.

3 kwietnia 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust 1a Pzp wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym do sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych m.in. w zakresie wymagań wskazanych w Załącznikach nr 5 i 6. W szczególności Zamawiający oczekiwał informacji nt. technologii zastosowanej przez wykonawcę wirtualizacji. Odwołujący 17 kwietnia 2020 r. złożył wymagane wyjaśnienia do każdego z punktów wezwania. W odniesieniu do wirtualizacji Odwołujący odwołał się do brzmienia wyjaśnień SIWZ Zamawiającego oraz wskazał, że planowany projekt systemu nie wymagał wykorzystania oprogramowania do wirtualizacji w tym rozwiązań opartych o technologie HCI ani zewnętrznych macierzy dyskowych. Zamawiający pismem z 24 kwietnia 2020 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust 1a Pzp do udzielenia dalszych wyjaśnień. Zamawiający odwołując się do bliżej niesprecyzowanych „wszystkich wymagań postawionych przez Zamawiającego związanych z wirtualizacją”, wezwał do wyjaśnienia czy wirtualizacja będzie wykonana w ramach przedmiotu zamówienia, a jeśli tak to w jaki sposób zostaną zrealizowane wymagania Zamawiającego. Odwołujący w odpowiedzi konsekwentnie wskazał, że nie przewidział dostarczenia oddzielnego narzędzia do wirtualizacji, ponieważ Projekt systemu nie wymagał wykorzystania oprogramowania do wirtualizacji. Odwołujący potwierdził ponadto, że jego oferta spełnia wszelkie wymogi określone w SIWZ, dotyczące wirtualizacji, a w architekturze oferowanego Systemu wszystkie aplikacje SCADA/ADMS będą zainstalowane na serwerach, na których zainstalowane będą bazy danych. Z kolei zgodnie z SIWZ serwery bazodanowe nie wymagały wirtualizacji.

W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę wymóg budowy środowiska Systemu SCADA/ADMS w postaci zwirtualizowanej, skutkowało tym, że serwery te będą musiały być zrealizowane w postaci odrębnych serwerów wirtualnych. Zamawiający odwołał się do wprowadzonego w SIWZ wyjątku od wymogu wirtualizacji systemu, który dotyczył wyłącznie serwerów bazodanowych i tylko w przypadku, gdy rozwiązania licencjonowania motoru baz danych opartego o maszyny fizyczne będą korzystniejsze w stosunku do licencjonowania opartego o maszyny wirtualne.

Zamawiający na podstawie wyjaśnienia ceny przez Odwołującego wywiódł, że wykonawca uwzględnił w ofercie dostawę czterech serwerów fizycznych do realizacji środowiska produkcyjnego SCADA/ADMS — po 2 dla każdej z lokalizacji. Według Zamawiającego Odwołujący zaplanował umieszczenie wszystkich komponentów na jednym serwerze fizycznym, co nie było zgodne z wymaganą architekturą SCADA/ADMS. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z SIWZ również z kilku innych powodów. W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący Mikronika nie zawarł w swojej ofercie wymaganych elementów związanych z wirtualizacją, co w efekcie oznaczało, że oferta nie zawierała tego składnika i była niezgodna z SIWZ. W ocenie Zamawiającego wirtualizacja była wymaganiem koniecznym do realizacji przedmiotu zamówienia. Skutkiem powyższego było odrzucenie oferty Odwołującego.

Faktyczne wymagania Zamawiającego odnoszące się do wymaganej architektury Systemu zawarte były w Załącznikach: nr 5 (Zbiór wymagań do opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz Załączniku nr 6 — (Wymagania sprzętowe na System).

W szczególności w Załączniku nr 5 w wymaganiach нефункциональных określone zostały grupy wymagań (kolumna B) dotyczące wymagań odnośnie architektury Systemu objętego przedmiotem zamówienia:

1. Wymagania нефункциональные - Grupa - Architektura bazodanowa.

W Grupie tej brak było jakiegokolwiek odniesienia do Załączników 12 i 13 oraz do rozwiązań fizycznej realizacji Systemu. W szczególności w Załączniku nr 5 brak było wymagania co do pracy motoru bazy danych na wydzielonej maszynie fizycznej tylko dla tego motoru.

2. Wymagania нефункциональные - Grupa - Architektura aplikacyjna.

W Grupie tej znalazło się odwołanie do załączników 12 i 13 (ID 11) jednak wyłącznie dla określenia zasad działania jednego z dwóch dopuszczonych trybów pracy Activ-Activ i Hot Standby w zakresie zapisu i odczytu danych pomiędzy lokalizacjami dla zapewnienia ciągłości działania Systemu w obu lokalizacjach przy normalnym działaniu Systemu, jak i sytuacji awarii którejś z istotnych części Systemu. W tej Grupie nie było żadnych wymagań w zakresie architektury sprzętowej i ewentualnej konieczności wydzielenia serwerów aplikacyjnych

nienazwanych i nazwanych oraz baz danych za wyjątkiem wymogu dotyczącego niezawodności i niedopuszczenia do powstania pojedynczego punktu awarii (ID 13) oraz rozdzielenia fizycznego części aplikacyjnej tak by użytkownicy „dyspozytorzy” działali niezależnie od użytkowników „Pozostali” w aspekcie wydajnościowym (ID 16).

3. Wymagania niefunkcjonalne - Grupa - Infrastruktura telekomunikacyjna.

W zakresie realizacji architektury Systemu zawierała wymóg (ID 112) odseparowania fizycznego i logicznego środowiska produkcyjnego od pozostałych środowisk (przedprodukcyjnego, i testowego), oraz budowy strefy DMZ (ID 116).

4. Wymagania niefunkcjonalne - Grupa Wymagania dotyczące środowiska użytkowania, specyfikacji technologii.

Wymagane było, aby serwery działały w oparciu o mechanizmy wirtualizacji (VMware Sphere w wersji min. 6.7). Dopuszczane były rozwiązania bazodanowe oparte o maszyny fizyczne w przypadku korzystniejszych warunków licencjonowania (ID 65). Wymagana była budowa strefy DMZ (ID 62).

5. Wymagania niefunkcjonalne - Grupa - Wymagania Bezpieczeństwa, prywatność danych, stosowane rodzaje zabezpieczeń (dostęp do danych, komunikacja i wymiana danych) oraz możliwość dokonywania audytu.

Wymagana była budowa strefy DMZ (ID 103).

Biorąc pod uwagę powyżej przywołane wymagania załącznika 5, postanowienia punktu 6.1, załącznika 6 oraz wyjaśnienia na pytania 133, 161, 7 należało stwierdzić, że Załączniki 12 i 13 nie pokazywały wymaganej architektury sprzętowej systemu w zakresie aplikacyjnych ani bazodanowym. Brak kluczowych z punktu widzenia technologii jak i kosztów wymaganych elementów systemu takich jak podział systemu na środowiska produkcyjne, przedprodukcyjne i testowe oraz brak opisu strefy DMZ wyraźnie wskazywał na poglądowy charakter obu dokumentów.

Wymagana i opisana w SIWZ architektura sprzętowa Systemu musiała być zupełnie inna, niż ta przedstawiona na rysunkach zawartych w Załącznikach 12 i 13. Nawet przy założeniu, że załączniki były opisem architektury sprzętowej, to skoro architektura sprzętowa tzn. warstwa fizyczna miała spełniać przedstawione wymaganie to musiała mieć zupełnie inną konfigurację sprzętu niż konfiguracja przedstawiona w Załącznikach 12 i 13. Jeśli zatem konfiguracja Systemu musiała być inna, to w konsekwencji nie można było uznać, że ta przedstawiona na rysunkach w Załącznikach nr 12 i 13 była wymagana.

Odwołujący zakwestionował również wszystkie pozostałe zarzuty Zamawiającego, które stanowiły elementy uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Mikroniki. Odwołujący podniósł, że decyzja Zamawiającego oparta była na przesłankach, które nie znalazły odbicia w odpowiednich postanowieniach SIWZ.

Odwołujący wskazał, że nie popełnił błędu przy sporządzaniu swojej oferty. Odwołujący bardzo uważnie wczytał się w SIWZ oraz w udzielane przez Zamawiającego wyjaśnienia, mając na uwadze bezpieczeństwo i kosztową efektywność projektu. Na tej podstawie Odwołujący zaproponował architekturę systemu SCADA/ADMS spełniającą wszystkie wymagania SIWZ. Architekturę, której Zamawiający być może na obecnym etapie nie zrozumiał, ale też nie poczynił wystarczających starań, aby ją zrozumieć.

Propozycja Odwołującego była efektywniejsza w stosunku do wizji, którą przyjął wstępnie Zamawiający. Eliminowała istotne elementy ryzyka związane z ciągłością działania systemu, zwiększała bezpieczeństwo oraz ograniczała koszty infrastruktury, co - jak wynikało z kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ - było bardzo istotne dla Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego odrzucenie z postępowania jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisów Pzp.

W ocenie Odwołującego w sprawie wystąpiła sytuacja niewyczerpania przez Zamawiającego procedury art. 87 ust. 1 i ust. 1a Pzp i dokonaniem przedwczesnej i nieuzasadnionej decyzji

Odrzuceniu oferty. Procedura z art. 87 ust 1 i ust 1a Pzp nie została faktycznie zastosowana we właściwy sposób i w odpowiednim zakresie, a w konsekwencji mogła

1powinna być kontynuowana, o co Odwołujący wniósł z ostrożności.

1305/20

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący PSI wskazał m. in.:

Mikronika 16 marca 2020 r. została wezwana przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust 1 i 1a Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty tego Wykonawcy. W przedmiotowym wezwaniu wskazano m.in.: „Zamawiający oczekuje przedstawienia argumentacji wraz z przytoczeniem zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na wskazanym przez Wykonawcę poziomie oraz wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki oraz załączenie dowodów wspierających argumentację.

Wyjaśnienia, które w odpowiedzi złożyła Mikronika nie zostały Odwołującemu udostępnione jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wobec tego Odwołujący nie miał możliwości precyzyjnego odniesienia się do ich treści.

Odwołujący PSI podniósł, że wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę Mikronika były na tyle ogólne, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający powinien uznać, że nie złożono ich w ogóle. Odwołujący przypuszczał, że Mikronika przedstawiła ogólną kalkulację, bez odniesienia się do specyficznych uwarunkowań tego wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Poszczególne koszty zostały zapewne przedstawione (być może poza nielicznymi wyjątkami) w sposób ogólny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, pokazania metodologii ich wyliczenia, sposobu kalkulacji. Dlatego też wyjaśnienia te nie poddają się weryfikacji. Mikronika przedstawiła zapewne jedynie wartości kosztów rodzajowych. Wyjaśnienia nie zawierały cen jednostkowych czy cen wchodzących w skład kosztów rodzajowych, nie wykazywały co było podstawą takiego skalkulowania ceny oferty, co stanowiło o ich wadliwości.

Wykonawca Mikronika nie załączył do wyjaśnień dowodów potwierdzających wysokość kosztów, co dyskwalifikowało te wyjaśnienia. Jeśli zaś przedstawiono jakieś dowody (zostały one zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób bezpodstawny do czego Odwołujący PSI odniósł się w odrębnym zarzucie), to były to jedynie wybiórcze dowody, w zakresie wybranych kosztów. Mikronika nie udowodniła pełnych, a nawet istotnych kosztów wykonania zamówienia.

Mikronika nie uwzględniła wszystkich kosztów, a ponadto prawdopodobnie nie uwzględniła następujących kosztów:

- 1)projektowania,
- 2)pracy - w kalkulacji nie przedstawiono kosztów pracy lub nie wykazano, że koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę,
- 3)zatrudnienia pracowników - nie przedstawiono żadnych dowodów na wykazanie stawek zatrudnienia,
- 4)ogólnozakładowych - koszty obsługi kadrowej, księgowej, prawnej, kadry kierowniczej, które są normalnymi kosztami funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa, a także związane z realizacją zamówienia wynagrodzenie pracowników i utrzymania ich biur,
- 5)pozyskania/wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania zamówienia.

Odwołujący PSI wskazał, że w wielu pozycjach ceny podane przez Mikronikę radykalnie odbiegały od średniej z pozostałych ofert. Mikronika dokonując wyceny projektu informatycznego, wyceniła dwie główne składowe:

- A.koszty robocizny, w tym dostosowania oprogramowania do potrzeb Zamawiającego,
- B.koszty zakupu urządzeń i oprogramowania.

Chcąc rzetelnie pokazać poprawność szacunków wykonawca powinien przedstawić analizę zmian, których musi dokonać, szacunki jej pracochłonności oraz konkretne stawki kosztowe w firmie. Z kolei drugi z czynników wymagał dość szczegółowego zaprojektowania architektury systemu, ustalenia jakie urządzenia będą niezbędne i uzyskaniu ofert na zakup tych urządzeń oraz innych niezbędnych elementów. Oceniając wyjaśnienia należało zwrócić uwagę na to czy wykonawca uwzględnił koszty rozwoju i dostosowania oprogramowania.

Cena zaoferowana przez wykonawcę Mikronika powinna ponadto uwzględniać konieczność dokonania istotnych i pracochłonnych modyfikacji w architekturze oferowanego przez siebie rozwiązania. Jeżeli powyższe koszty i ryzyka nie zostały ujęte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Mikronikę, świadczyło to o braku należytej staranności w ich przygotowaniu, a tym samym o potwierdzeniu, że oferta zawierała rażąco niską cenę. Wezwanie Zamawiającego z 3 kwietnia 2020 r. potwierdzało, iż wykonawca Mikronika nie przedstawił następujących czynników kosztowych tj.:

- 1)podania dokładnej specyfikacji serwerów - pytanie nr 2 i 54,
- 2)podania wielkości przestrzeni dyskowej - pytanie nr 3,
- 3)podania czy w kalkulacji użyto macierzy czy technologii HCI - pytania nr 4, 5 i 11.

4)oprogramowania do wirtualizacji pkt. 20 i 51,

5)podania ilości urządzeń sieciowych - pytania nr 48 i 49,

6) podania dostatecznej (minimalnej) ilości serwerów, spełniającej wymagania Zamawiającego - pytania nr 59-69.

Wobec powyższego Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Mikroniki jako zawierającej rażąco niską cenę - ze względu na zbyt ogólne wyjaśnienia, przygotowane w sposób nierzetelny.

Obowiązkiem wykonawcy wyjaśniającego cenę oferty jest przedstawienie adekwatnych dowodów, potwierdzających zasadność przyjętych w kalkulacji przynajmniej następujących kosztów:

1)zakupu infrastruktury wraz ze wsparciem producenta do końca zadeklarowanego przez wykonawcę w ofercie okresu gwarancji,

2) zakupu licencji firm trzecich wraz ze wsparciem producenta do końca zadeklarowanego okresu gwarancji,

3)dostosowania/wytworzenia oprogramowania,

4)wdrożenia,

5)ryzyka w tym także niedoszacowania,

6)finansowania realizacji przedmiotu zamówienia,

7)obsługi serwisowej - zapewnienie dyżurów 24/7/365 z 1, 2 i 3 linią wsparcia, a także:

8)narzuty na koszty ogólne i koszty zarządu,

9)rezerwę na koszty gwarancji oraz koszt wydłużonej gwarancji - w przypadku Mikroniki na dodatkowy rok.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy Mikronika podniósł, że nie można było spełnić wymogów SIWZ nie korzystając z wirtualizacji. Mikronika zaniżyła więc wartość Produktu 3, ale uzyskane oszczędności były pozorne. Brak wirtualizacji wręcz zwiększył z kolei koszty produktu 2 - serwery, czego wykonawca nie uwzględnił. Nie stosując wirtualizacji, należałoby dostarczyć zdecydowanie większą liczbę serwerów fizycznych w celu spełnienia wymogu SPOF (Z5.WNF-13) oraz wobec braku możliwości innego oddzielenia środowisk PPROD i TEST. Ponadto zgodnie z wymogiem Z5.WNF-11: „Logiczna architektura środowisk PPROD i TST powinna odzwierciedlać architekturę środowiska produkcyjnego i środowiska te muszą być uruchomione w lokalizacjach podstawowych i zapasowych”, zaś zgodnie z Z5.WNF-112: „Wymagana jest architektura systemu, zapewniająca rozdzielenie środowisk:

produkcyjnego, preprodukcyjnego

i testowego tak aby każde z nich działało w sposób niezależny i odseparowany od siebie (środowisko produkcyjne musi być odseparowane fizycznie i logicznie od pozostałych środowisk)”. Brak wirtualizacji powodował, że każde ze środowisk musiałoby być posadowione na odrębnej infrastrukturze, co z kolei wymagałoby zwiększenia wolumenu infrastruktury. Ponieważ minimalne wymogi serwerów są wysokie, byłby to znaczny koszt. Odwołujący PSI w uzasadnieniu odwołania opisał ponadto szereg innych nieprawidłowości oferty wykonawcy Mikronika, które w ocenie Odwołującego miały dowodzić nierzetelności kalkulacji ceny ofertowej Mikroniki, a także wyjaśnień tego wykonawcy złożonych na okoliczność wyjaśnienia ceny jego oferty. Zarzuty i ich uzasadnienie zostało przez Odwołującego poparte szeregiem kalkulacji własnych mających wykazać, że cena oferty wykonawcy Mikronika nie uwzględniała wszystkich niezbędnych elementów oraz, że wynikała z przygotowania oferty w sposób niezgodny z wymaganymi przez Zamawiającego rozwiązaniami technicznymi.

W ocenie Odwołującego PSI o istnieniu rażąco niskiej ceny świadczył także brak jakichkolwiek nadzwyczajnych warunków dostępnych jedynie dla Mikroniki, które pozwoliły temu wykonawcy zrealizować zamówienie za cenę tak niską cenę.

Celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, jest ustalenie przez zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinno być skierowane przede wszystkim do wykonawcy, który rzetelnie udziela odpowiedzi na uprzednie wyjaśnienia. Jeśli wykonawca nie wykazał inicjatywy w wykazaniu, że cena jego oferty nie była rażąco niska, to jego działanie nie powinno zasługiwać na ochronę. Prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może zatem

uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego oferta Mikroniki nie mogła zawierać wszystkich składników produktów, w szczególności produktu: 2, 3 i 5 dla Etapów I i II, oraz 5-letniego serwisu pogwarancyjnego ceny. Brak uwzględnienia w treści oferty Mikroniki wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów przedmiotu zamówienia stanowił

Ojej niezgodności z SIWZ i stanowił podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dowodem na nieuwzględnienie w treści oferty wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów przedmiotu zamówienia są zapewne:

1. wyjaśnienia Mikroniki w zakresie ceny,
2. wyjaśnienia złożone przez Mikronikę w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z 3 i 24 kwietnia 2020 r.

Odwołujący PSI w oparciu o ww. zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Mikronika wskazał również, że domniemany przez Odwołującego sposób konstrukcji

1 kalkulacji oferty Mikroniki powinien prowadzić do wniosku, iż złożenie tej oferty powinno zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji oferta Mikroniki powinna być odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający nie przekazał Odwołującemu PSI wyjaśnień Mikroniki w zakresie ceny, wyjaśnień złożonych przez Mikronikę w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1a Pzp z dnia 3 i 24 kwietnia 2020 r. oraz uzasadnień zastrzeżenia informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym Odwołującemu nie była znana treść tych dokumentów. Odwołujący podniósł, że Mikronika ograniczyła się jedynie do poinformowania, że wyjaśnienia ceny stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa bez wykazania, że tak rzeczywiście było. W zakresie wyjaśnień złożonych przez Mikronikę w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1a Pzp z 3 i 24 kwietnia 2020 r.

Uznając za zasadne poczynione przez Mikronikę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez tego wykonawcę zastrzeżenia. Odwołujący podkreślił, że Mikronika nie wykazała spełnienia wszystkich przesłanek niezbędnych do uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, co powinno prowadzić do decyzji Zamawiającego o odtajnieniu zastrzeżonych danych.

Korzystanie przez wykonawcę z prawa ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i mieć jedynie na celu ograniczenie konkurencyjnym wykonawcom możliwości weryfikacji poprawności czynności podmiotu zamawiającego. Zastrzeżenie winno odnosić się tylko do tych elementów wniosku, które rzeczywiście posiadają walor tajemnicy, ale nie oznacza to możliwości zastrzeżenia całego dokumentu, w którym takie informacje się znajdują.

Odwołujący PSI z ostrożności podniósł również, że powinny zostać odtajnione te części zastrzeżonych dokumentów Mikroniki, które nie zawierały informacji stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie mogły zostać utajnione informacje, które świadczyły wyłącznie o spełnieniu wymogów SIWZ, takiej jak, np. ilości poszczególnych elementów ich wymaganych parametrów czy wymaganego oprogramowania i ilości licencji. Powinny zostać odtajnione w całości wszystkie pozycje nie zawierające tajemnicy przedsiębiorstwa oraz te informacje w zakresie poszczególnych pozycji, które takiego waloru nie posiadają.

27 lipca 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na oba odwołania i wnioś

0ich odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. W uzasadnieniu ww. wniosku Zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli w sprawie nie znajdują zastosowania przepisy tejże ustawy. Zamawiający należy do grupy kapitałowej Energa. 30 kwietnia 2020 r. PKNORLENS.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 PKNORLENS.A. jedynie 27,62% akcjonariatu. Tym samym, w konsekwencji przejęcia grupy kapitałowej Energa przez PKNORLENS.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

1 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 przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, bowiem nie jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, ani też inną państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej.

Zamawiający wskazał, że art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp odnoszący się do podmiotu prawa publicznego nie zawiera definicji ostatniego pojęcia. Zostało ono jednak zdefiniowane w prawodawstwie unijnym, tj. w art. 2 ust. 4 nowej Dyrektywy Klasycznej 1 oraz art. 3 ust. 4 nowej Dyrektywy Sektorowej, które kontynuują posługiwanie się tym pojęciem w uprzednich, uchylonych unijnych dyrektywach (odpowiednio sektorowej 2004/18/WE i klasycznej 2004/18/WE) - wciąż przez „podmiot prawa publicznego” rozumiejąc taki podmiot, który spełnia łącznie następujące warunki/przesłanki:

1. został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;

2. posiada osobowość prawną;

3. jest:

- 3.1 finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego lub

- 3.2 jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów, lub

- 3.3 ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Stąd przy wykładni „podmiotu prawa publicznego” należy uwzględnić również brzmienie ww. Dyrektyw i wykładnię tego pojęcia dokonaną w orzecznictwie TSUE.

Odnosząc się do przesłanki „powołania podmiotu w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego” TSUE wykładając tę przesłankę wskazał, że

1. potrzebą o charakterze ogólnym (powszechnym) jest ta, która z przyczyn związanych z interesem publicznym zaspokajana jest w całości lub w przeważającym zakresie przez państwo i której zaspokajanie związane jest ściśle z jego instytucjonalną działalnością, powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym; objęte tym pojęciem będą wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny; będzie to zatem każda aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu,

2. istnienie prywatnego przedsiębiorstwa oferującego ten sam zakres usług (istnieje konkurencja na rynku określonych świadczeń), nie daje podstaw do bezwarunkowego uznania, iż określona potrzeba może zostać uznana za posiadającą przymiot potrzeby

O charakterze przemysłowym lub handlowym - odmienna interpretacja prowadziłaby do nadmiernego zawężenia pojęcia zamawiającego, a tym samym zakresu stosowania dyrektyw,

3. ocena, czy dany podmiot został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, powinna zostać dokonana z uwzględnieniem oceny wszystkich istotnych czynników prawnych i faktycznych, a także okoliczności towarzyszących jego powstaniu

- 1 warunków, na jakich wykonuje swoje zadania, biorąc w szczególności pod uwagę niezarobkowy cel działalności, fakt nieponoszenia ryzyka związanego z jej prowadzeniem oraz ewentualne finansowanie ze środków publicznych,

4. status podmiotu prawa publicznego nie jest uzależniony od procentowego znaczenia działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego w ramach całej działalności danego podmiotu; nie jest zatem istotne, czy obok obowiązku zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, taki podmiot ma możliwość prowadzenia innej, w tym przypadku całkowicie komercyjnej, działalności (...) rozstrzygające znaczenie ma ocena pierwotnego celu jego utworzenia i rozpoczęcie prowadzenia także działalności gospodarczej nastawionej na zysk, nie niweluje statusu podmiotu prawa publicznego nawet, jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto

handlową.

Powyższe podejście znalazło również odzwierciedlenie w polskim orzecznictwie, w którym przyjmuje się, że słowa „powszechny” nie można interpretować jako „dostępny dla wszystkich”, a jako „dotyczący wielu, dostępny dla wielu”, czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone odpowiedniej rangi przepisami.

Zamawiający wskazał, że nie spełnia warunków do uznania, że 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, że pod tą przesłanką z definicji podmiotu prawa publicznego użytego w Dyrektywach UE, jak i w kontekście art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp, powszechnie rozumie się przekazywanie środków finansowych danej instytucji (podmiotowi prawa publicznego) na jej ogólne funkcjonowanie, skutkującej powstaniem stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta tych środków podmiotom publicznym (np. granty na wsparcie badań naukowych, w sytuacji, gdy środki finansowe są przekazywane instytucji zajmującej się takimi badaniami czy świadczenia na rzecz publicznego nadawcy, dla którego brak świadczenia wzajemnego na rzecz państwa wynika z faktu, iż finansowanie służy wyrównaniu ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej na rzecz państwa, polegającej na zapewnianiu społeczeństwu dostępu do informacji audiowizualnych w sposób pluralistyczny i obiektywny — zrównujący tego nadawcę z innymi służbami publicznymi, które otrzymują od państwa subwencję za wykonanie zadania leżącego w interesie publicznym).

Omawiana przesłanka nie jest spełniona, jeżeli jego 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).

Działalność Zamawiającego, którego 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 jakiegokolwiek podmioty sektora finansów publicznych lub zamawiających klasycznych.

W zakresie przesłanki sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym, na gruncie europejskich zamówień publicznych 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 został 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.

Odwołujący Mikronika i PSI wnieśli o oddalenie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołań.

Odwołujący Mikronika w zakresie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania wskazał m. in.:

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4, Ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez: „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.”

W odniesieniu do Zamawiającego wypełnione zostały obie alternatywne przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp - a mianowicie zarówno w zakresie wykonywania działalności sektorowej na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, jak i w zakresie istnienia dominującego wpływu podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp.

Wykonywanie przez Zamawiającego działalności sektorowej w rozumieniu art. 132 Pzp, w obszarze dystrybucji energii elektrycznej, jest w ocenie Odwołującego Mikronika bezsporne. Okoliczność, iż Zamawiający jest podmiotem wykonującym działalność sektorową na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, jednoznacznie wynika z posiadanego przez niego statusu operatora systemu dystrybucyjnego.

Stosownie do art. 3 ust. 2 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.

Zamawiający korzysta z praw przyznanych mu w drodze następujących decyzji administracyjnych:

- 1.decyzji Prezesa URE z dnia 24 czerwca 2008 r. nr DPE-47-65(6)/2686/2008/BT o wyznaczeniu Zamawiającego operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego,
- 2.decyzji Prezesa URE z dnia 18 listopada 1998 r. Nr PEE/41/2686/U/2/98/BK z późn. zm. o udzieleniu koncesji na dystrybucję energii elektrycznej.

W ocenie Odwołującego decyzja o wyznaczeniu Zamawiającego operatorem systemu dystrybucyjnego (dalej OSD) miała decydujące znaczenie dla uznania, iż działalność sektorowa wykonywana jest przez Zamawiającego na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Uzyskanie koncesji jest bowiem jedynie jednym z warunków koniecznych do uzyskania prawa operatora systemu dystrybucyjnego, które to prawo - jako prawo wyłączne i szczególne - stanowiło dopiero podstawę wykonywania działalności przez Zamawiającego. Sama koncesja w zakresie świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej, bez uzyskania statusu operatora systemu dystrybucyjnego, nie pozwalała na prowadzenie działalności przez Zamawiającego.

Kluczowa regulacja decydująca o uznaniu działalności Zamawiającego za wykonywaną na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych zawarta została w art. 9h ust. 1 w zw. z art. 9h ust. 3 i ust. 4 pkt 1) ustawy Prawo energetyczne. Powołane przepisy stanowią podstawę przyznania prawa wyłącznego do świadczenia usług w zakresie dystrybucji energii elektrycznej tylko podmiotowi będącemu właścicielem sieci dystrybucyjnej oraz posiadającemu koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej z wykorzystaniem tej sieci, jeżeli liczba odbiorców przyłączonych do sieci elektroenergetycznej podmiotu jest większa niż sto tysięcy. W ocenie Odwołującego Mikronika Zamawiający spełnia powyższe wymogi. W zakresie i na obszarze określonym w decyzji Prezesa URE przyznającej podmiotowi status OSD, usługi dystrybucji energii elektrycznej nie może świadczyć żaden inny podmiot poza właścicielem sieci dystrybucyjnej, co jednoznacznie wskazuje na charakter prawny takiego statusu.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający niewątpliwie wykonuje działalność w zakresie dystrybucji energii elektrycznej w oparciu o przyznane prawa wyłączne. Zgodnie bowiem z doktryną, pod pojęciem praw wyłącznych należy rozumieć prawa przyznane przez państwo członkowskie jednemu przedsiębiorstwu za pomocą jakiegokolwiek instrumentu

legislacyjnego, regulacyjnego czy administracyjnego, zastrzegające temu przedsiębiorstwu prawo do prowadzenia działalności na określonej części lub całości terytorium. Prawa wyłączne powinny dotyczyć jednego lub kilku przedsiębiorców - mieć charakter monopolu. Prawo do prowadzenia działalności gospodarczej przyznane na podstawie art. 9h ust. 1 Prawa energetycznego w zakresie jednej sieci dystrybucyjnej jako OSD mogły być przyznane tylko jednemu konkretnemu podmiotowi - właścicielowi tej sieci. W zakresie obszaru znajdującego się w zasięgu jednej sieci dystrybucyjnej uprzywilejowaną pozycję posiada niewątpliwie wyłącznie jej właściciel zgodnie z zasadą, że prawo własności konkretnej sieci dystrybucyjnej uprawnia wyłącznie jeden podmiot do świadczenia ww. usług za jej pośrednictwem.

Wyznaczając Zamawiającego na operatora systemu dystrybucyjnego Prezes U RE obok przyznania prawa wyłącznego, przyznał Zamawiającemu również prawa szczególne. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt III UZP 3/17 z 19 lipca 2017 r.: „istota definicji praw szczególnych z przywołanych przepisów jest wspólna: prawem specjalnym (szczególnym) jest uprawnienie przyznane w dowolnym akcie prawnym co najmniej jednemu podmiotowi, jeżeli uprawnienie to istotnie wpływa na możliwość świadczenia przez inne podmioty tych samych usług”. Przyznanie statusu OSD jedynie właścicielowi sieci dystrybucyjnej wykluczyło możliwość powierzenia świadczenia usług dystrybucyjnych w zakresie objętym przez tę sieć jakimkolwiek innym podmiotom. Dlatego wyznaczanie OSD w drodze decyzji wydanej na wniosek właściciela sieci dystrybucji albo z urzędu w przypadku zaniechania złożenia takiego wniosku ma niewątpliwie charakter przyznania prawa specjalnego (szczególnego), gdyż wywołuje skutek w postaci uprzywilejowania tego konkretnego właściciela na konkretnym obszarze posiadanej infrastruktury.

W ocenie Odwołującego w odniesieniu do Zamawiającego zachodzi w także druga z przesłanek alternatywnie wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b, c, e Pzp, statuująca obowiązek stosowania do udzielania zamówień przepisów Pzp. Przedstawiony przez ustawodawcę katalog przykładowych przejawów dominującego wpływu nie jest zamknięty. Ustawodawca posłużył się bowiem w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp zwrotem „w szczególności”. Dominujący wpływ podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp, może zatem przejawiać się także w innych formach niż wymienione w cytowanym przepisie - i taka sytuacja miała miejsce w odniesieniu do Zamawiającego, szczególności przez wpływ Skarbu Państwa.

Wpływ Skarbu Państwa i kontrolowanych przez niego podmiotów na PKN ORLEN S.A., a tym samym wobec ciągu kolejnych pozycji dominujących (PKN ORLEN S.A. wobec Energa

S.A. i Energa S.A.) świadczy o pośrednim wpływie na Zamawiającego, co nie było przez Zamawiającego kwestionowane. Udział podmiotów prawa publicznego w akcjonariacie PKN ORLEN S.A. jest większy niż podany przez Zamawiającego Udział Skarbu Państwa w strukturze akcjonariatu PKN ORLEN S.A. nie ogranicza się do bezpośredniego udziału Skarbu Państwa (27,52%), ale również poprzez PERN S.A. (4,90%), którego jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Skarbu Państwa, jak również przez Otwarty Fundusz Emerytalny PZU „Złota Jesień” (4,36%), kontrolowany przez PZU Życie S.A., należący do grupy kapitałowej PZU, w której pozycji dominującą ma PZL S.A., a w którym to Skarb Państwa ma dominujący udział.

Jak wynika z treści art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, dominujący wpływ można wywierać pojedynczo lub wspólnie przez kilka podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp, jak również bezpośrednio, jak i pośrednio, tzn. za pośrednictwem innych podmiotów. Mając na uwadze powyższe udział podmiotów publicznych sumuje się, co oznacza, że tylko przy wymienionych wyżej podmiotach oznacza co najmniej 36,8% głosów przysługujących Skarbowi Państwa (Skarb Państwa: 27,52% + PERN S.A.: 4,90% + OFE PZU „Złota Jesień”: 4,36%). Przełożyło się to na Zwyczajne Walne Zgromadzenie PKN ORLEN S.A. z 5 czerwca 2020 r. gdzie podmioty te miały łącznie ponad 50 % głosów.

Ponadto pozycja dominująca Skarbu Państwa w PKN ORLEN S.A. wynika z uwarunkowań prawnych związanych z treścią statutu PKN ORLEN S.A. przewidującego szereg rozwiązań, które stawiają w uprzywilejowanej pozycji Skarb Państwa jako akcjonariusza tego podmiotu. Wynika to m.in. z postanowień § 7 ust. 11 Statutu spółki zgodnie, z którym prawo głosowania akcjonariuszy zostaje ograniczone w ten sposób, że żaden z nich nie może wykonywać na Walnym Zgromadzeniu więcej niż 10% ogólnej liczby głosów istniejących w PKN ORLEN S.A. w dniu odbywania Walnego Zgromadzenia, przy czym nie dotyczy Skarbu Państwa (ani jego podmiotów zależnych zgodnie z ust. 6) i to w sposób bezwarunkowy, co stanowi istotne ograniczenie pozostałych akcjonariuszy. Wobec istotnego rozproszenia akcjonariatu

1statutowym ograniczeniu koncentracji akcjonariatu innego niż Skarb Państwa, posiadana przez Skarb Państwa i jego podmioty zależna liczba głosów pozwala mu na pełną kontrolę PKN ORLEN S.A. i wyłączny wpływ na podejmowane na Walnym Zgromadzeniu decyzje. Dodatkowo należy zauważyć, że zgodnie z § 7 ust. 9 i 9a statutu uchwały walnego zgromadzenia dotyczące istotnych dla spółki spraw wymagają większości odpowiednio 90% lub 75% głosów oddanych, czyli nie mogą zostać podjęte bez zgody Skarbu Państwa, co potwierdza pozycję Skarbu Państwa w tym podmiocie. Statut uprawnia również Skarb Państwa do powoływania - niezależnie od liczby posiadanych akcji - wskazanego wyłącznie przez Skarb Państwa członka zarządu (§ 9 ust. 3 statutu) i członka rady nadzorczej (§ 8 ust.

2statutu), którego zgoda jest konieczna do zbycia lub obciążenia udziałów w spółkach wskazanych w § 8 ust. 12 pkt. 5 zgodnie z § 8 ust. 12 statutu, co również przemawia za pozycją dominującą Skarbu Państwa w PKN ORLEN S.A.

Pozycja dominująca podmiotów publicznych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp wynika również z ich uprawnień wobec Zamawiającego wynikających z uprawnień Prezesa URE, który m.in. zatwierdza taryfy stosowane przez przedsiębiorstwa energetyczne (w tym Zamawiającego), które zgodnie z ustawą - Prawo energetyczne stanowią „zbiór cen i stawek opłat oraz warunków ich stosowania, opracowany przez przedsiębiorstwo energetyczne i wprowadzany jako obowiązujący dla określonych w nim odbiorców w trybie określonym ustawą”. W tym stanie rzeczy odniesieniu do Zamawiającego zachodzi w ocenie Odwołującego także druga z przesłanek alternatywnie wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, statująca obowiązek stosowania do udzielania zamówień przepisów ustawy Pzp, a mianowicie wywieranie na EOP dominującego wpływu przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez 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 utworzony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Pojęcie „utworzenia w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”, należy interpretować możliwie szeroko. Podmioty takie jak Zamawiający, utworzone zostały dla realizacji celu dyktowanego powierzonym im majątkiem w postaci infrastruktury krytycznej. Dystrybucja energii elektrycznej niewątpliwie służy zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Powyższa działalność nie stanowi zwykłej działalności handlowej ani przemysłowej związanej z funkcjonowaniem konkurujących ze sobą przedsiębiorców nastawionych na osiąganie zysku. Niemożliwe jest przy tym ustanie świadczenia tychże usług, albowiem stanowią one zadania ściśle powiązane z instytucjonalną działalnością Państwa.

Nie zmienia tego okoliczność, iż Zamawiający prowadzi działalność w formie spółki prawa handlowego, z definicji nastawionej na osiąganie zysku. Jak wskazuje się w orzecznictwie ETS, podmiot zorganizowany na wzór przedsiębiorcy nastawionego na maksymalizację zysku, np. działający w formie spółki prawa handlowego, może być uznany za prowadzący działalność nieposiadającą charakteru przemysłowego i handlowego, gdy jego działalność jest determinowana (co najmniej również) przez inne, zwłaszcza publiczne, cele.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego w odniesieniu do Zamawiającego zachodziły alternatywnie także przesłanki stosowania do udzielania zamówień przepisów Pzp wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowe zamówienie wypełniało przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, a tym samym nie ma podstaw do odrzucenia odwołania z racji braku kognicji Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Wskazany artykuł ustawy stanowi, iż stosuje się ją do zamówień, w których zachodzą łącznie 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.

W ocenie Odwołującego Mikronika wszystkie wskazane okoliczności zachodziły w postępowaniu.

Przedmiotowe zamówienie jest finansowane w ponad 50% ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu: „Zamówienie będące przedmiotem postępowania (dotyczy tylko Etapu 1) realizowane jest w ramach projektu nr POIS.01.04.01- 00-0012/17 pn. „Przebudowa sieci do standardów Smart Grid poprzez instalowanie inteligentnego opomiarowania i automatyzację sieci w celu aktywizacji odbiorców dla poprawy efektywności użytkowania energii oraz efektywnego zarządzania systemem elektroenergetycznym dla poprawy bezpieczeństwa dostaw. Wdrożenie podstawowe w obszarze Energa-Operator S.A”. Zadanie 5.3.1 Rozwój systemu SCADA”. Potwierdza to również punkt 2.7 protokołu z postępowania. Zgodnie z informacjami znajdującymi się na stronie wspomnianego projektu: „W ramach projektu zrealizowanych zostanie pięć głównych zadań:

1. Zakup i instalacja rozłączników zdalnie sterowanych napowietrznych z pomiarem (1180 szt.),
2. Zakup i instalacja rozdzielnic wewnętrznych zdalnie sterowanych z pomiarem (1148 szt.),
3. Zakup i instalacja sterowników z kanałem komunikacyjnym TETRA (2328 szt.),
4. Zakup, wdrożenie i modernizacja systemów sterowania ruchem klasy SCADA (8 funkcjonalności smart) oraz dostosowanie środowiska IT,
5. Zakup i uruchomienie inteligentnych systemów magazynowania energii przeznaczonych do stabilizacji pracy systemu dystrybucyjnego”.

Nie ulegało więc wątpliwości, iż przedmiotowe zamówienie wchodziło w skład powyższego projektu.

Dofinansowanie projektu wyniesie 166.260.000,00 zł przy łącznej jego wartości wynoszącej 240.600.300,00 zł. Oznacza to, iż projekt jest dofinansowany w prawie 70%. W związku z tym, iż projekt ten zakłada zwrot kosztów kwalifikowanych w wysokości 85% objętych dofinansowaniem UE, należy przyjąć, że przedmiotowe zamówienie również jest objęte tożsamą wysokością dofinansowania. Umowę na dofinansowanie podpisano z Ministerstwem Energii, a środki pochodziły z Programu Infrastruktura i Środowisko 2014-2020.

Określona przez Zamawiającego wartość zamówienia wskazana w punkcie 2.4 protokołu z postępowania wynosiła 37.730.000,00 zł, co stanowiło równowartość 8.750.608,81 EUR. Próg wartości zamówień, które wymagały przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej przyjęty w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2479) na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, obowiązujący dla przedmiotowego postępowania został ustalony na kwotę 443.000 EUR, co zostało istotnie przekroczone w niniejszym postępowaniu (8.750.608,81 EUR). W związku z powyższym wartość przedmiotowego zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że przedmiotowe zamówienie stanowią usługi związane z robotami budowlanymi w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE.

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniach, odpowiedziach na odwołanie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Oba odwołania podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ w sprawie nie mają

zastosowania przepisy ustawy.

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.

Art. 3 Pzp w sposób enumeratywny wymienia kategorie podmiotów zobligowanych do stosowania ustawy, jak również podmioty, które ze względu na określone cechy będą określane mianem zamawiających. Dla oceny zasadności wniosku o odrzucenie obu odwołań konieczne było ustalenie, czy Zamawiający, po zmianie struktury właścicielskiej, jest jednym z podmiotów wymienionych w katalogu art. 3 Pzp.

W zakresie przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp Izba uznała, co następuje: Zamawiającego nie można uznać za jednostkę sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Nie jest on bowiem żadną z kategorii jednostek sektora finansów publicznych, których katalog zawiera 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). Zamawiający z całą pewnością jest spółką prawa handlowego, posiadającą osobowość prawną, działająca na podstawie odrębnych regulacji Kodeksu Spółek Handlowych.

Zamawiający nie jest również podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp bowiem posiada osobowość prawną i nie jest jednostką państwową.

Nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Dla stwierdzenia obowiązku stosowanie przepisów Pzp przez określony podmiot konieczne jest uznanie, że przesłanki określone w tym przepisie zostały spełnione w sposób kumulatywny. W ocenie Izby Zamawiający jest podmiotem, który jako spółka prawa handlowego działa w celu generowania 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.

Wynikiem powyższego jest stwierdzenie, że Zamawiający nie stanowi związku podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3, zatem nie zostały wypełnione przesłanki wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp.

Główną osią sporu między Zamawiającym, a Odwołującymi, w zakresie podstaw do odrzucenia obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp była kwestia wypełnienia przez Zamawiającego przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp w zakresie:

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.

Ad 1.

Izba uznała, że stanowisko Odwołującego Mikronika, który w oparciu o dotyczące Zamawiającego Decyzje Prezesa URE, wywodził, że Zamawiający działa na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych jest niezasadne.

Zgodnie z art. 4e¹ 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. Tym samym dany podmiot uzyska uprawnienie do wykonywania działalności gospodarczej w zakresie przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej dopiero po wyznaczeniu go przez Prezesa URE operatorem danego systemu.

Art. 3 pkt 25 Prawa energetycznego stanowi z kolei, 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.

Dla oceny spełnienia wskazanej w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp przesłanki wykonywania przez Zamawiającego działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych kluczowa jest więc analiza procedury uzyskania statusu operatora systemu dystrybucyjnego oraz uzyskania niezbędnej koncesji.

Zgodnie 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.

Art. 32 ust. 1 pkt 3 Prawa energetycznego stanowi, że uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii, z wyłączeniem: dystrybucji paliw gazowych w sieci o przepustowości poniżej 1 MJ/s oraz przesyłania lub dystrybucji ciepła, jeżeli łączna moc zamówiona przez odbiorców nie przekracza 5 MW.

Przedsiębiorcy występujący z wnioskami o udzielenie koncesji muszą spełniać warunki do jej uzyskania określone w art. 33 Prawa energetycznego. Zgodnie z 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.

Wobec powyższego wskazać należy, że spełnienie określonych warunków umożliwia każdemu zainteresowanemu podmiotowi prowadzenie działalności polegającej na dystrybucji energii elektrycznej. Prawo energetyczne nie wprowadziło w tej mierze żadnych barier o charakterze podmiotowym. Z tego względu Izba uznała, że działanie przez Zamawiającego w oparciu o odpowiednie decyzje Prezesa URE o nadaniu mu statusu operatora systemu dystrybucyjnego oraz o przyznaniu mu koncesji zezwalającej na dystrybucję energii nie dowodzi, że Zamawiający prowadzi działalność na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że każdy podmiot, po spełnieniu określonych wymogów prawnych będzie mógł prowadzić taką samą działalność jak Zamawiający. Oczywistym jest, że do prowadzenia takiej działalności konieczna jest odpowiednia, niezwykle kosztowna infrastruktura techniczna, ale przepisy prawa nie zabraniają nabycia bądź wytworzenia takiej infrastruktury przez zainteresowane podmioty. Nie można wobec tego stwierdzić, że pozycja rynkowa Zamawiającego jest szczególna w ten sposób, że należy on do grona podmiotów uprzywilejowanych, dysponujących zapleczem technicznym dostępnym ze względów prawnych tylko określonej, wąskiej grupie podmiotów.

Decyzje Prezesa URE:

- 1.o przyznaniu Zamawiającemu koncesji w zakresie dystrybucji energii elektrycznej,
- 2.o wyznaczeniu Zamawiającego na Operatora Systemu Dystrybucyjnego.

nie miały charakteru uznaniowego, a uzależniona były od wypełnienia określonych warunków przez Zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że przepisy prawa nie ograniczają liczby podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie im

koncesji w zakresie dystrybucji energii elektrycznej. Przyznanie ww. uprawnień Zamawiającemu nie zależało od arbitralnej i uznaniowej decyzji organu administracji, ale od spełnienia określonych w przepisach prawa przesłanek. W ocenie Izby do praw szczególnych lub wyłącznych nie zaliczają się uprawnienia, które mogą zostać przyznane każdemu podmiotowi spełniającemu określone warunki o charakterze obiektywnym, proporcjonalnym i niedyskryminacyjnym. Jak trafnie wskazano w Postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z 20 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1462/20: „zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP oraz Prezesa URE koncesja na wytwarzanie energii elektrycznej nie stanowi prawa szczególnego lub wyłącznego w rozumieniu ustawy Pzp ani dyrektywy sektorowej. Przyznanie bowiem koncesji odbywa się z uwzględnieniem obiektywnych kryteriów koncesyjnych oraz przy niedyskryminacyjnym charakterze przebiegu postępowania koncesyjnego. 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 C..) 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).

Ad 2.

Argumentacja Odwołującego Mikronika nie daje podstaw do uznania, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b, c, e Pzp. Z kolei Zamawiający na poparcie twierdzenia o braku podstaw do zastosowania powyższego przepisu złożył następujące dokumenty:

1. Struktura akcjonariatu PKN ORLEN S.A.,
2. Regulamin Walnego Zgromadzenia PKN ORLEN S.A.

Dowody te uwiarygodniły twierdzenie Zamawiającego, że Skarb Państwa nie ma dominującego wpływu na Zamawiającego za pośrednictwem PKN ORLEN S.A. oraz Energa S.A. Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wynika, że główni akcjonariusze PKN ORLEN S.A. to:

1. Skarb Państwa - 27,52% udziałów, 27,52% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy,
2. OFE Nationale Nederlanden - 7,34% udziałów, 7,34% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy,
3. OFE Aviva Santander - 6,29% udziałów, 6,29% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy,
4. Norges Bank - 1% udziałów, 9,88% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy.

Odwołujący podniósł, że w zestawieniu udziałowców PKN ORLEN S.A., dla oceny kwestii pośredniego, dominującego wpływu Skarbu Państwa na Zamawiającego powinny zostać uwzględnione dodatkowo PERN S.A. oraz OFE PZU Złota Jesień, jako podmiot kontrolowane przez Skarb Państwa.

Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wynika następujący udział ww. podmiotów w akcjonariacie PKN ORLEN S.A.:

1. PERN S.A. - 4,90% udziałów, 4,90% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy,
2. OFE PZU Złota Jesień - 4,39% udziałów, 4,39% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy.

Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, że jeżeli stanowisko Odwołującego w ww. zakresie było prawidłowe, to łączny udział Skarbu Państwa - bezpośredni i pośredni - w akcjonariacie PKN ORLEN S.A. wynosi maksymalnie 36,81% udziałów i głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy. W toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący Mikronika podniósł, że rzeczywisty udział Skarbu Państwa w PKN ORLEN S.A. jest wyższy, ze względu na dysponowanie przez Skarb Państwa akcjami części podmiotów wchodzących w skład akcjonariatu PKN ORLEN S.A. Tezy tej Odwołujący Mikronika nie wykazał.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazali, by w odniesieniu do Zamawiającego wypełnione zostały przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b, c Pzp. Izba stwierdziła ponadto, że Regulamin 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).

Wskazać przy tym należy, że gdyby twierdzenie Odwołujących o obowiązku stosowania przepisów Pzp przez Zamawiającego ze względu na dyspozycję art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b, c, e Pzp było zasadne, to przypuszczać należy, że obowiązany do stosowania przepisów Pzp byłby również PKN ORLEN S.A. Skoro Zamawiający miałby być obowiązany do stosowania przepisów Pzp ze względu na pośredni, dominujący wpływ Skarbu Państwa, to obowiązek taki ciążyłby również na PKN ORLEN S.A., tj. podmiocie, który „pośredniczy” w przekazywaniu na Zamawiającego tego wpływu. Tymczasem Izba nie znalazła żadnych informacji wskazujących, by PKN ORLEN S.A. udzielał zamówień jako zamawiający w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b, c, e.

Wobec powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający jest obowiązany do stosowania Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Brak podstaw jest również do uznania, że Zamawiający jest zobowiązany do stosowania Pzp zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 5. Między stronami nie było sporu, co do wypełnienia przesłanek określonych w lit. a i b wskazanego przepisu. Odwołujący Mikronika podniósł natomiast, że wypełniona została przesłanka określona w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c, z której wynika, że ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż określone w pkt 14 podmioty, jeżeli 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.

W sekcji II.2.4 "Opis zamówienia" ogłoszenia o zamówieniu z 18 grudnia 2018 r. nr 2018/S 243-556915 Zamawiający wskazał: „Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA zakłada budowę nowego systemu w architekturze rozproszonej obejmującego następujące fizyczne lokalizacje: dwa ośrodki przetwarzania danych (CPD Gdańsk i DRC Płock), oraz trzynaście lokalizacji serwerów blackout'owych, które zostały szczegółowo wymienione w Opisie Potrzeb i Wymagań Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest migracja obecnie istniejących systemów SCADA (centralnego oraz oddziałowych) do nowego centralnego systemu SCADA wraz z rozwojem i odtworzeniem w zakresie funkcjonalnym i нефункциональным dla WN, SN i nn w dwóch etapach:

—Etap 1: F, SC, OWN oraz zakres IT - z terminem realizacji do końca 2021 roku,

—Etap 2: E2 oraz zakres IT - z terminem realizacji od 2021 do 2024.

Zamówienie będące przedmiotem postępowania (dotyczy tylko Etapu 1) realizowane jest w ramach projektu nr P0IS.01.04.01-00-0012/17 pn. „Przebudowa sieci do standardów Smart Grid poprzez instalowanie inteligentnego opomiarowania i automatyzację sieci w celu aktywizacji odbiorców dla poprawy efektywności użytkowania energii oraz efektywnego zarządzania systemem elektroenergetycznym dla poprawy bezpieczeństwa dostaw. Wdrożenie podstawowe w obszarze Energa-Operator SA”. Zadanie 5 3.1 Rozwój systemu SCADA”.

Wobec powyższego nie budzi wątpliwości, że przedmiot zamówienia nie stanowi usług związanych z robotami budowlanymi polegającymi na budowie szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną. Załącznik II do dyrektywy 2014/24/UE wymienia następujące grupy i klasy robót budowlanych:

1. Przygotowanie terenu pod budowę:

a) Burzenie i rozbiórka obiektów budowlanych; roboty ziemne,

b) Próbné wiercenia i wykopy,

2. Wznoszenie kompletnych obiektów budowlanych lub ich części; inżynieria lądowa i wodna:

a) Budownictwo ogólne oraz inżynieria lądowa i wodna,

b) Wykonywanie pokryć i konstrukcji dachowych,

c) Budowa dróg szybkiego ruchu, dróg, lotnisk i obiektów sportowych,

d) Budowa obiektów inżynierii wodnej,

e) Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane,

3. Wykonywanie instalacji budowlanych:

a) Wykonywanie instalacji elektrycznych,

b) Wykonywanie robót budowlanych izolacyjnych,

c) Wykonywanie instalacji ciepłych, wodnych, wentylacyjnych i gazowych,

d) Wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych,

4. Wykonywanie robót budowlanych wykończeniowych:

a) Tynkowanie,

b) Zakładanie stolarki budowlanej,

c) Wykonywanie podłóg i ścian,

d) Malowanie i szklenie,

e) Wykonywanie pozostałych robót budowlanych wykończeniowych,

5. Wynajem sprzętu budowlanego i burzącego wraz z obsługą operatorską:

a) Wynajem sprzętu budowlanego i burzącego wraz z obsługą operatorską. Zachowując stopień ogólności adekwatny do ww. zestawienia robót budowlanych Izba stwierdziła, że przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu są usługi związane z budową systemu informatycznego, a zatem usługi niezwiązane z żadną z ww. kategorii robót budowlanych. W konsekwencji Izba uznała, że stanowisko Odwołującego, co do obowiązku stosowania przez Zamawiającego przepisów Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c Pzp jest niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający w wyniku opisanych wyżej zmian w strukturze własnościowej utracił status zamawiającego w rozumieniu art. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to 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.

Z kolei zgodnie z art. 2 pkt 12 i 13 Pzp:

12. zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy,

13. zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, że 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”.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 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. Brak obowiązku stosowania przepisów Pzp lub ustanie tego obowiązku w toku postępowania wszczętego na podstawie przepisów Pzp skutkować musiał uznaniem, że przedmiotowe postępowanie nie mieści się w zakresie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu

Oprzepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W myśl powołanych przepisów, zwłaszcza § 5 ust. 4, w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego

stosownie do jego wyniku. W ocenie Izby wynik postępowania w tym konkretnym przypadku powinien być badany w odniesieniu do roli poszczególnych podmiotów zaangażowanych w proces udzielenia zamówienia, których działania 1zaniechania doprowadziły do zaistnienia sporu przed Izbą, na co pozwala wskazany § 5 ust. 4 rozporządzenia.

Izba mając na uwadze zasadę słuszności, uznała za zasadne obciążenie Zamawiającego całością kosztów postępowania. Bezspornie bowiem to działania i sposób procesowania tej strony sporu, a w szczególności brak przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu jakiegokolwiek informacji o zmianach podmiotowych po stronie Zamawiającego i grupie Energa spowodował, że Odwołujący zdecydowali się wnieść odwołania. Zamawiający w toku prowadzonego postępowania, w żadnym jego momencie, nie poinformował wszystkich zainteresowanych, że doszło do tak istotnych zmian w strukturze właścicielskiej, że ustał obowiązek stosowania przepisów Pzp do postępowania. Zamawiający utrzymywał wykonawców biorących udział w postępowaniu w błędnym przekonaniu, że postępowanie nadal jest prowadzone w oparciu o przepisy Pzp. Zamawiający naraził tym samym Odwołujących na niezasadne poniesienie kosztów związanych z wszczęciem postępowania odwoławczego. Izba uznała zatem, że to z winy Zamawiającego Odwołujący nie mieli świadomości, że nie przysługują im środki ochrony prawnej określone w Dziale VI Pzp, a wniesione odwołania będą podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący dowiedzieli się o stanowisku Zamawiającego dopiero w momencie złożenia przez niego wniosku o odrzucenie obu odwołań. Odwołujący wdali się z Zamawiającym w spór merytoryczny, co do zasadności ww. wniosku, zatem nie można uznać, że mieli oni możliwość wycofania swoich odwołań przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą stosownego postanowienia.

Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 29 listopada 2016 r., sygn. akt XXII Ga 880/16 wskazał, że wykładnia przepisów zarówno ustawy Prawo zamówień publicznych jak i rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia prowadzi do wniosku, że stosownie do treści art. 192 ust. 10 Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, a zatem nie ulega wątpliwości, że ustawa Pzp przyjmuje zasadę odpowiedzialności za wynik tego postępowania. Za wynik postępowania odwoławczego i konieczność odrzucenia odwołania przez Izbę w całości odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Tym samym względy słusznościowe przemawiają za tym, że Odwołujących nie można było obciążyć kosztami postępowania odwoławczego, skoro zarzuty odwołania mogły okazać się zasadne, a okoliczności niezależne od Odwołujących związane z procedurą o udzielenie zamówienia publicznego zostały wskazane przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania.

Przewodniczący: