Sygn. akt: KIO 518/23

POSTANOWIENIE

z dnia 10 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzeszewski

Maksym Smorczewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 roku przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Rozwoju Przemysłu Spółkę akcyjną w Warszawie

przy udziale wykonawcy MIRBUD Spółka akcyjna w Skierniewicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz.1710 ze zm.), na niniejsze postanowienie, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 518/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka akcyjna w Warszawie (dalej także: „ARP”, „Agencja”) – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa hali produkcyjnej z częścią biurowousługową wraz z niezbędną infrastrukturą zewnętrzną i wewnętrzną oraz zagospodarowaniem terenu – Akceleratora Przemysłowego na działce gruntu o nr ewid. 102/695, obręb 6 HSW w Stalowej Woli, w formule „zaprojektuj i wybuduj” dla Agencji Rozwoju Przemysłu.

W dniu 27 lutego 2023 roku wykonawca Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm. – dalej: ustawa P.z.p.) w zw. z art. 643 oraz w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: „K.c.) poprzez zawarcie w treści Projektu umowy postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy – zarówno w zakresie dokumentacji projektowej, jak i w zakresie robót budowlanych – w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek, również o charakterze nieistotnym, tj. w szczególności:

a) w § 5 ust. 8 lit. c Projektu umowy Zamawiający przewiduje, że jego obowiązkiem jest w szczególności: „protokolarne odebranie od Wykonawcy bezusterkowo kompletnie wykonanej Dokumentacji”, zaś w § 5 ust. 8 lit. f) Projektu umowy przewiduje jako swój obowiązek: „protokólarne przejęcie placu budowy po zakończeniu wykonania robót budowlanych (w dniu podpisania bezusterkowego końcowego odbioru robót)” – postanowienia te wskazują, że obowiązkiem zamawiającego jest odebranie tylko „bezusterkowo” wykonanej dokumentacji i „bezusterkowo” wykonanych robót budowlanych, podczas gdy wprost sprzeciwia się to brzmieniu przepisów art. 643 i 647 K.c.

b) w § 10 ust. 2 Projektu umowy Zamawiający przewiduje, że: „Za datę odbioru przyjmuje się datę podpisania przez Zamawiającego bezusterkowego protokołu odbioru” – podczas gdy pozostaje to w sprzeczności z ww. przepisami K.c. Zamieszczenie tej regulacji i jej ogólność

wskazują, że interpretacja dotycząca możliwości odbioru przez Zamawiającego robót bez jakichkolwiek wad lub usterek rozciągać się może na każdy z przewidzianych w § 10 ust. 1 Projektu umowy rodzajów odbiorów;

c) w § 10 ust. 11 lit. a Projektu umowy Zamawiający reguluje, że: „Jeżeli w toku czynności odbioru stwierdzone zostaną wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: a) jeżeli wady nadają się do usunięcia, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad, (…)" – to postanowienie pozwala Zamawiającemu na przerwanie odbioru (bez precyzowania, o jaki odbiór chodzi) w przypadku istnienia jakichkolwiek wad przedmiotu umowy bądź jego części, także wad o charakterze nieistotnym, tj. takich które pozwalają na korzystanie z przedmiotu umowy i które mogą być usunięte w określonym przez Strony w protokole odbioru terminie; podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego w przypadku umowy o dzieło oraz inwestora (Zamawiającego) w przypadku umowy o roboty budowlane do odmowy odbioru powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (Zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

2. naruszenie art. 462 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 465 ust. 8 ustawy P.z.p w zw. z art. 353^1 K.c. i w zw. z art. 647^1 § 3 K.c. poprzez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie do Projektu umowy postanowień § 6 ust. 9 lit. e, które wprowadzają limit maksymalny wartości danej umowy z podwykonawcą, a także wprowadzenie do Załącznika nr 9 do umowy w pkt. 4 postanowień, które wprowadzają limit maksymalny wartości umów z podwykonawcami, powyżej którego nie będzie możliwe zlecanie robót podwykonawcom, co może prowadzić do paraliżu realizacji umowy.

3. naruszenie art. 16 pkt 1, art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 3 w związku z art. 8 ust 1 ustawy P.z.p., art. 5, art. 58, art. 353^1 w zw. z art. 647, art. 649 i art. 651 K.c. poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne, poprzez uregulowanie w § 8 ust. 5 Projektu umowy, że: „Wynagrodzenie nie ulega zmianie w przypadku przedłużenia terminów realizacji Przedmiotu Umowy", bez zróżnicowania sytuacji w zależności od tego, po czyjej stronie leżą przyczyny ewentualnego przedłużenia terminów realizacji. Tymczasem wykonawca kalkulując swoje wynagrodzenie bierze pod uwagę zakładany czas realizacji, utrzymania zaplecza budowy, zatrudnienia

pracowników i sprzętu, etc. i powinien mieć możliwość rekompensaty tych kosztów, gdyby do przedłużenia terminu realizacji doszło np. z przyczyn, które leżą wyłącznie po stronie zamawiającego bądź są niezależne od stron, a które mogą wystąpić w trakcie realizacji Umowy.

4. naruszenie art. 353^1, art. 58 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 439 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie pozornej klauzuli dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (klauzuli waloryzacyjnej), określającej niejasne i w zasadzie niemożliwe do osiągniecia warunki, oderwane zarówno co do sposobu, jak i wysokości ich liczenia od realiów rynkowych i warunków, a szczególnie planowanego okresu realizacji przedmiotu umowy, w szczególności poprzez:

a. ustalenie w § 18 ust. 5 pkt. 1 lit. e pierwszy myślnik Projektu umowy, że mechanizm waloryzacji zadziała dopiero wówczas, gdy minimalny poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 20% (dwadzieścia procent) w stosunku do cen lub kosztów wskazanych w kosztorysie, sporządzonym na etapie przygotowania Dokumentacji – podczas gdy przepis art. 439 ust. 4 ustawy P.z.p. wymaga odniesienia poziomu zmian cen materiałów lub kosztów do ich poziomu określonego w ofercie wykonawcy, a jednocześnie nie jest jasne zmiana cen jakich materiałów lub kosztów uprawnia o 20% uprawnia do zastosowania przedmiotowej klauzuli, co powoduje że możliwa będzie dowolna interpretacja tych postanowień na etapie realizacji, gdy klauzula powinna mieć zastosowanie;

b. ustalenie w § 18 ust. 5 pkt. 1 lit. e drugi myślnik Projektu umowy, że „poziom zmiany Wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym został sporządzony kosztorys. Za zgodą Stron, dopuszcza się zastosowanie wskaźników publikowanych w aktualnych, wydawanych raz na kwartał wydaniach cennikowych (np. SEKOCENBUD) w odniesieniu do cen i kosztów wskazanych w kosztorysie" – podczas gdy odniesienie się do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie GUS jest nieprecyzyjne i niejasne i rodzić będzie wątpliwości interpretacyjne co do tego jak w rzeczywistości zmieniane ma być wynagrodzenie. Odwołujący wskazuje, że nie istnieje i nie jest publikowany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu- Statystycznego „wskaźnik cen materiałów lub kosztów". Postanowienie dopuszcza np. zastosowanie SEKOCENBUD w przypadku takiego uzgodnienia Stron – co rodzi obawę, że Zamawiający może zachować się różnie w różnych okolicznościach – dążyć do stosowania i ustalenia wskaźników dla siebie dogodnych, podczas gdy przepis art. 439 ustawy P.z.p. wymaga

precyzyjnego ustalenia sposobu waloryzacji wynagrodzenia już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej nie odpowiada przepisom prawa;

c. § 18 ust. 5 pkt. 1 lit. e Projektu umowy stanowi wyłączne odniesienie się do mechanizmu zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen, zatem w ocenie Odwołującego przedmiotowa klauzula nie wypełnia wszystkich wymagań przepisu art. 439 ustawy Pzp, tj. pomija np. -precyzyjne opisanie sposobu zmiany wynagrodzenia, tj. z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności

wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; pomija także opisanie sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz nie określa okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 marca 2023 roku zamawiający podniósł, że w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy P.z.p., a co za tym idzie odwołanie powinno zostać odrzucone. W związku z tym zamawiający wobec treści art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p. wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Powyższe stanowisko zamawiający uzasadnił tym, że nie jest on zobligowany do stosowania przepisów ustawy P.z.p., bowiem nie spełnia on przesłanek określonych w art. 4-6 ustawy P.z.p. Tym samym w przypadku zamawiającego nie zostało spełnione kryterium podmiotowe determinujące obowiązek zastosowania przepisów ustawy P.z.p. Zamawiający stosuje przepisy ustawy P.z.p. dobrowolnie, ale nie jest do tego zobligowany.

W przypadku nieuwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu zamawiający oświadczył, ze uwzględnia zarzuty objęte odwołaniem w całości.

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy, ponieważ nie jest on zamawiającym w rozumieniu przepisów art. 4 pkt 1, 2, 4, art. 5 oraz art. 6 ustawy P.z.p., ponieważ odpowiednio: 1) nie należy do sektora finansów publicznych (odnośnie art. 4 pkt 1 ustawy P.z.p.), 2) jako spółka akcyjna posiada osobowość prawną (odnośnie art. 4 pkt 2 ustawy P.z.p.), 3) nie jest związkiem podmiotów określonych w art. 4 pkt 1 lub 2 ustawy P.z.p., lub podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 3 ustawy P.z.p. (odnośnie art. 4 pkt 4 ustawy P.z.p.), 4) nie prowadzi działalności sektorowej w rozumieniu ustawy P.z.p. (odnośnie art. 5 ustawy P.z.p.), 5) nie udziela zamówień na roboty budowlane wymienione w art.

6 pkt 3 ustawy P.z.p., które byłyby finansowane ze środków publicznych na zasadach określonych w art. 6 pkt 1 ustawy P.z.p. (odnośnie art. 6 ustawy P.z.p.).

Zamawiający podniósł, że status Agencji w świetle przepisu art. 4 pkt 3 ustawy P.z.p. prowadzi do wniosku, że ARP nie jest zamawiającym również w rozumieniu tego przepisu, bowiem ARP nie posiada statusu podmiotu prawa publicznego w kontekście treści art. 2 ust. 1 pkt 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, a ponadto prowadzi działalność o charakterze przemysłowym i handlowym. Zgodnie z art. 4 pkt 3 ustawy P.z.p., przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są inne niż jednostki sektora finansów publicznych:

1) osoby prawne,

2) utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego,

3) jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz jednostki sektora finansów publicznych i państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, 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.

Zamawiający przywołał również art. 2 ust. 1 pkt 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (dalej: „Dyrektywa klasyczna”), który stanowi, że „podmiot prawa publicznego” oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:

a) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;

b) posiada osobowość prawną; oraz

c) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Zamawiający stwierdził, że Agencja nie została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. W ujęciu szerokim, z potrzebami o charakterze powszechnym mamy do czynienia w przypadku potrzeb, które ze swej istoty mają służyć społeczeństwu, jako całości lub jego części (tak np. w uchwale z dnia 27 marca 2009 r., sygn. akt KIO/KD 7/09).

Zamawiający przywołał także wyrok NSA z dnia 12 września 2017 r., sygn. akt II GSK 3597/15, gdzie wskazano, że zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym nie sprowadza się wyłącznie do działalności o charakterze użyteczności publicznej. Charakter przemysłowy lub handlowy determinuje nastawienie na maksymalizację zysku, a co do zasady potrzeby o charakterze przemysłowym lub handlowym zaspakajane są przez konkurencyjnych przedsiębiorców". NSA wskazał również, że potrzeby o charakterze ogólnym (powszechnym) definiowane są w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (wyroki z: 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96; 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96; 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 i 16 października 2003 r. w sprawie C-283/00), jako potrzeby, które z przyczyn związanych z interesem publicznym są zaspokajane w całości lub w przeważającym zakresie przez państwo i których zaspokajanie związane jest ściśle z jego instytucjonalną działalnością, a których realizowanie należy do władzy publicznej albo do podmiotu powołanego przez władzę publiczną i służy społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym. TSUE w swoich wyrokach podkreślał również, że państwo lub jednostki samorządu terytorialnego tworząc podmioty prawa publicznego decydują się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) zaspokajać pewne potrzeby same, lub mieć na ten proces decydujący wpływ (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 maja 2021 r., sygn. Akt I GSK 1765/18, LEX). Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że TSUE w swoim orzecznictwie niejednokrotnie stał na stanowisku, że istnienie konkurencji może świadczyć przeciwko kwalifikowaniu do kategorii podmiotów prawa publicznego (wyroki TSUE w połączonych sprawach C-223/99 i C/260/99). W zakresie omawianej przesłanki należy w konsekwencji sięgać do analizy dokumentów tworzących dany podmiot, dokumentów charakteryzujących jej działalność oraz do wypracowanego w orzecznictwie rozumienia „powszechnego charakteru zaspokajanych potrzeb niemających charakteru przemysłowego ani handlowego".

Zamawiający podniósł, że w ramach działalności komercyjnej Agencji wskazać należy, że ARP oferuje przedsiębiorcom produkty finansowe, czy pozafinansowe wsparcie realizacji przedsięwzięć, m.in. poprzez udostępnianie terenów inwestycyjnych i obiektów produkcyjnych w ramach zarządzanych przez ARP Specjalnych Stref Ekonomicznych. ARP pomaga także przedsiębiorcom w nawiązywaniu współpracy przy realizacji projektów innowacyjnych.

Wspierając przedsiębiorstwa w prowadzeniu i rozwijaniu działalności, a także w realizacji procesów restrukturyzacji nie jest jedynym podmiotem oferującym przedsiębiorcom instrumenty pomocowe czy produkty finansowe. Wskazał, że na rynku tego rodzaju usług panuje duża konkurencja (m.in. z instytucjami bankowymi).

Zamawiający podniósł, że ARP działa w warunkach konkurencji, zaspokajając potrzeby, które można zakwalifikować jako mające charakter przemysłowy czy handlowy i które nie mają charakteru powszechnego. Brak powszechnego charakteru usług świadczonych przez ARP S.A. – potrzeby o charakterze powszechnym w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy P.z.p., które na gruncie Dyrektywy klasycznej określane są mianem potrzeb w interesie ogólnym, były interpretowane szeroko także w polskim orzecznictwie. Zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym rozumie się zasadniczo jako każdą aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, partykularnego i prywatnego celu. Jednak ważne jest nie tylko to, co zostało zapisane w dokumentach statutowych danej instytucji, ale także faktyczny cel powołania osoby prawnej (postanowienie SO w Olsztynie z 30.05.2005 r., IX Ca 196/05, niepubl.). Z kolei orzecznictwo TSUE stanowi, że z potrzebami w interesie ogólnym mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb i których zaspokajanie jest ściśle związane z instytucjonalną działalnością państwa, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ (patrz np. wyr. TSUE z 10.11.1998 r., Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v. BFI Holding, C-360/96, Legalis). Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, wydanym na kanwie nieobowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, przez jednostki wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy należy rozumieć takie jednostki państwowe i komunalne, które zostały utworzone w celu wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej polegających na zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze ogólnym, których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku. Do zadań tych należy m.in. zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa np. poprzez zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, cieplną, gazową, rozwój nauki, utrzymanie dróg i komunikacji, zapewnienie opieki zdrowotnej i oświaty oraz pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych. Działalności Agencji nie można przyporządkować do którejkolwiek z ww. kategorii.

W ocenie zamawiającego, mimo iż działalność ARP S.A. dotyczy wsparcia przedsiębiorstw, to praktyczny wymiar tego wsparcia nie ma charakteru powszechnego i nie może być efektywnie skierowany do ogółu społeczeństwa. Podkreślenia wymaga, że o ile inne

konkurujące z Agencją podmioty na rynku usług finansowych (np. banki) posiadają w swoim portfelu ofertę dla osób fizycznych (przykładowo: usługi rachunku bankowego) a tym samym świadczą usługi o charakterze powszechnym, to ARP S.A. nie posiada takiej oferty, co oznacza, że usług świadczonych przez ARP nie można określić jako mające charakter powszechny. Usługi świadczone przez Agencję w przeważającym zakresie zaspokajają w sposób bezpośredni potrzeby finansowe i gospodarcze przedsiębiorców, przekazując im środki na prowadzenie działalności gospodarczej.

Zamawiający stwierdził, że oprócz braku spełnienia przesłanki powszechności usług świadczonych przez Agencję, wskazać również należy, iż działalność ARP ma charakter przemysłowy i handlowy. Powyższe po raz kolejny potwierdza brak posiadania statusu podmiotu prawa publicznego, a przez to brak obowiązku stosowania przepisów ustawy P.z.p. Jednym z filarów aktualnie obowiązującej Strategii Agencji jest reindustrializacja, w ramach której wymienia się m. in. rozwój przemysłu oraz innowacje i transfer technologii. Tak zakreślone ramy strategii ARP przemawiają za uznaniem potrzeb zaspokajanych przez Agencję jako mających charakter przemysłowy i handlowy. Nie ulega wątpliwości, że działalność Agencji, nastawiona jest na osiągnięcie zysku oraz uzyskanie najlepszych efektów ekonomicznych i odbywa się zgodnie z zasadami rynkowymi właściwymi dla danej dziedziny. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, jeżeli podmiot działa w oparciu o normalne zasady rynkowe, ma na celu osiąganie zysku oraz ponosi ewentualne straty związane z

prowadzoną działalnością, jest mało prawdopodobne, żeby potrzeby, które zaspokaja, miały niehandlowy lub nieprzemysłowy charakter.

Zamawiający wskazał, że statut ARP S.A. stanowi, że Agencja nie posiada mechanizmów kompensacji ponoszonych strat ze środków publicznych. ARP działa w zwykłych warunkach rynkowych, o czym stanowi również § 48 Statutu ARP, który przewiduje zgodnie z art. 396 K.s.h., iż „walne zgromadzenie dokonuje odpisów z zysku na kapitał zapasowy w wysokości co najmniej 8% zysku za dany rok obrotowy dopóki kapitał ten nie osiągnie przynajmniej jednej trzeciej części kapitału zakładowego." Jak wynika z powyższego, ARP, nie przysługują preferencyjne warunki prowadzenia działalności i w razie potrzeby (np. utraty płynności finansowej w wyniku prowadzenia działalności niezgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki), Agencja nie może również liczyć na pomoc Skarbu Państwa, lecz tak jak inne spółki funkcjonujące na rynku, musi zagwarantować środki na pokrycie ewentualnych strat finansowych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy

P.z.p.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania ze względu na to, że w rozpoznawanej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy P.z.p.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., jako że w rozpoznawanej sprawie nie zaszły okoliczności, o których mowa we wskazanym przepisie.

Izba wyjaśnia, że w przypadku istnienia podstaw do odrzucenia odwołania z uwagi na niestosowanie w sprawie przepisów ustawy P.z.p. (których to okoliczności w niniejszej sprawie nie stwierdzono), Izba wydaje postanowienie o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 553 zdanie drugie w związku z art. 528 pkt 1 ustawy P.z.p. Z kolei, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., Izba umarza postępowanie, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Niestosowanie w danym postępowaniu ustawy P.z.p. jest pierwotną niemożnością rozpoznania odwołania w ogóle. Z kolei sytuacja, w której dalsze postępowanie stało się zbędne lub niedopuszczalne, oznacza, że w momencie wniesienia odwołania istniała dopuszczalność jego rozpoznania, natomiast przesłanki uniemożliwiające rozpoznania odwołania odpadły już po jego wniesieniu. Wniosek o umorzenie postępowania z powołaniem na okoliczności, o których mowa w art. 528 ust. 1 ustawy P.z.p. należy uznać za nieprawidłowy.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości okoliczność, że ARP nie jest zamawiającym publicznym w rozumieniu przepisów art. 4 pkt 1, 2, 4, art. 5 oraz art. 6 ustawy P.z.p..

Izba stwierdziła, że ARP nie wykazała, że nie jest zamawiającym publicznym w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy P.z.p.

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zamieszczone na Platformie Marketplanet.

W postępowaniu została sporządzona specyfikacja warunków zamówienia (SWZ). Zgodnie z rozdz. II ust. 1 SWZ, „Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz.1710), zwanej dalej „ustawą Pzp", oraz na podstawie przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie."

Analiza treści SWZ wskazuje, że zawiera ona elementy wymagane przepisami ustawy P.z.p.

Zgodnie z rozdz. XXIII SWZ, „Zasady i tryb postępowania w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej określone zostały w Dziale IX Pzp."

Z powyższego wynika, że zamawiający wszczął postępowanie i prowadzi je zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. W żadnym miejscu SWZ zamawiający nie wskazał, że nie jest obowiązany do stosowania ustawy i że jej stosowanie jest w rozpoznawanym przypadku fakultatywne oraz wynika z wewnętrznych decyzji zarządu ARP, co zamawiający podnosił podczas posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 roku.

Izba wskazuje, że – mimo że zamawiający podnosił, że decyzje o stosowaniu ustawy P.z.p. przy udzielaniu przez niego zamówień wynikają z uchwał zarządu ARP – nie przedstawił żadnej z takich uchwał, zarówno w zakresie stosowania ustawy P.z.p., jak i odstąpienia od jej stosowania.

Zgodnie z art. 4 pkt 3 ustawy P.z.p., przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są 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.

Zgodnie z § 7 Statutu ARP, kapitał zakładowy Spółki wynosi 8.082.743.000,00 zł (słownie: osiem miliardów osiemdziesiąt dwa miliony siedemset czterdzieści trzy tysiące złotych 00/100). W myśl § 8 ust. 1 in principio, kapitał zakładowy Spółki dzieli się na 8.082.743 (słownie: osiem milionów osiemdziesiąt dwa tysiące siedemset czterdzieści trzy) akcje imienne o wartości nominalnej 1.000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) każda. W myśl ust. 2, wszystkie akcje, wymienione w ust. 1, obejmuje Skarb Państwa. Stosownie do § 26 ust. 1, Rada Nadzorcza składa się z 4 do 6 Członków, powoływanych przez Walne Zgromadzenie.

Z powyższego wynika, że została spełniona przesłanka uznania ARP za zamawiającego publicznego w rozumieniu art. 4 pkt 3 lit. b i d ustawy P.z.p.

W myśl § 3 ust. 4 Statutu, zgodnie ustawą z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym Spółka jest spółką realizującą misję publiczną. Zgodnie z § 5

ust. 1, celem Spółki jest prowadzenie, na warunkach rynkowych, działalności gospodarczej określonej w § 6, ukierunkowanej na realizację misji i strategii Grupy Kapitałowej Spółki oraz realizacja misji publicznej Spółki, obejmującej wykonywanie odrębnych zadań publicznych powierzonych Spółce w powszechnie obowiązujących przepisach prawa lub z mocy postanowień rządowych dokumentów programowych określających politykę Rady Ministrów.

Izba wskazuje, że cały wywód zamawiającego zawarty w odpowiedzi na odwołanie sprowadzał się do wykazania, że działalność ARP nie ma charakteru powszechnego oraz że jej działalność od początku powstania miała i ma charakter handlowy. ARP pomija zupełnie, że została powołana nie tylko do prowadzenia, na zasadach rynkowych, działalności gospodarczej, jak i do realizacji misji publicznej opisanej w § 6 Statutu Spółki. Izba wskazuje, że o ile można przyznać rację argumentacji zamawiającego, że działalność gospodarcza zamawiającego jest działalnością handlową, o tyle brak jest podstaw do uznania za taką działalność realizację misji publicznej, która – jak wynika z § 6 Statutu – obejmuje wykonywania zadań publicznych powierzonych ARP bądź na mocy przepisów prawa, bądź aktów niższego rzędu. Izba wskazuje przy tym, że z treści § 6 Statutu nie wynika, by którakolwiek z tych działalności miała charakter priorytetowy wobec drugiej. Podkreślić należy, że w sytuacji, w której dany podmiot wykonuje – obok publicznej – również działalność zarobkową, okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla uznania tego podmiotu za podmiot prawa publicznego. Oczywiste jest bowiem, że podmiot ten w swojej działalności może kierować się aspektami ekonomicznymi, mając na uwadze konieczność zapewnienia sobie możliwości dalszego funkcjonowania. Doniosłe znaczenie ma natomiast pierwotny i podstawowy cel utworzenia podmiotu.

W związku z oświadczeniem zamawiającego, iż w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy P.z.p., zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania w całości, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy P.z.p. Izba umarza postępowanie, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522. Stosownie do art. 522 ust. 1, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku

zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący ……..……..