Sygn. akt: KIO 245/23

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 8 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ROMOGOS sp. z o.o. ENGINEERING Sp.k. siedzibą w Jarocinie, ROMOGOS Gwiazdowscy sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROMOGOS sp. z o.o. ENGINEERING Sp.k. z siedzibą w Jarocinie, ROMOGOS Gwiazdowscy sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROMOGOS sp. z o.o. ENGINEERING Sp.k. z siedzibą w Jarocinie, ROMOGOS Gwiazdowscy sp. z o.o. z siedz w Jarocinie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 245/23

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

Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowiewszczęła, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp"), postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie gazociągu wysokiego ciśnienia DN400 wraz z infrastrukturą towarzyszącą, stanowiącego Zadanie nr 1B, realizowanego w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. „Budowa gazociągu relacji Lubienia – Masłów oraz gazociągu relacji Mójcza – Kielce" (ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2022/S 180-510522). Postępowanie prowadzi Oddział Zakład Gazowniczy w Kielcach.

W dniu 27 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ROMOGOS sp. z o.o. ENGINEERING Sp.k. z siedzibą w Jarocinie, ROMOGOS Gwiazdowscy sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie (da Odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wszczęcia procedury zatrzymania wadium. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b), c) i pkt. 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu,

2) art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego.

a w konsekwencji:

3) art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o:

1)rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

– unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

– w konsekwencji zaniechanie przez Zamawiającego procedury zatrzymania wadium,

– nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2023 r. wniósł drogą elektroniczną odpowiedź na odwołanie w której poinformował, że odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (art. 528 pkt 1 ustawy Pzp) a w konsekwencji odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (art. 528 pkt 2 ustawy Pzp). Dalej Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołanie przysługuje na: (…) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Zamawiający poinformował, że przed terminem składania ofert, Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. (dalej: PSG) poinformowała wykonawców, „iż z dniem 2 listopada 2022 roku utraciła status zamawiającego sektorowego w rozumieniu ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.)".

Powyższe wynika ze zmian właścicielskich w spółce PGNIG S.A., której akcjonariuszem większościowym stał się Orlen S.A., w którym Skarb Państwa posiada jedynie 49,9 % akcji.W konsekwencji zamawiający publiczni, przestali wywierć dominującego wpływ na PSG, w szczególności:

a) nie posiadają ponad połowy udziałów albo akcji lub

b) nie posiadają ponad połowy głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub

c) nie mają prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Zamawiający podał, że PSG nie jest zamawiającym publicznym, a jego działalność nie jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. W związku z powyższym PSG poinformował wykonawców, że „przedmiotowe postępowanie (…) będzie prowadzone zgodnie z zasadami określonymi w dokumentacji postępowania oraz przy zachowaniu zasad określonych w ustawie Pzp" z zastrzeżeniem „że Wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej, określone w dziale IX ustawy Pzp, stosownie do treści art. 505 ust 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 528 pkt 1 ustawy Pzp."

W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że czynności podjęte przez PSG podjęte zostały w przetargu, który nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia, nie są czynnościami zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp, a tym samym nie są niezgodne z przepisami tej ustawy. W konsekwencji, Zamawiający stwierdził, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący, za pismem z dnia 7 lutego 2023 r., podtrzymał dotychczasową argumentację zawartą w odwołaniu, a także stwierdził, że przysługują mu środki odwoławcze określone w ustawie Prawo zamówień publicznych. Dale Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 254 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy albo unieważnieniem postepowania. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane przez Zamawiającego w dniu 19.09.2022 r. Odwołujący podał, że do dnia sporządzenia niniejszego pisma, zarówno nie została zawarta umowa o udzielenie zamówienia w przedmiotowym Postępowaniu, jak i nie zostało ono unieważnione przez Zamawiającego. Tym samym, Odwołujący ocenił, że postępowanie o zamówienie publiczne nadal się toczy i to na zasadach obowiązujących w dniu jego wszczęcia (a zatem Odwołującemu przysługują środki odwoławcze wskazane w Prawie zamówień publicznych). Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 03.10.2000 r., C-380/98 w sprawie The Queen vs. H.M. Treasury, ex parte The University od Cambrige. W ww. wyroku Trybunał stwierdził m.in. że *„Podmiot, który stanowi instytucję zamawiającą w rozumieniu dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37 w momencie rozpoczęcia procedury udzielania zamówienia, podlega, w odniesieniu do tego zamówienia, wymogom tych dyrektyw do czasu, gdy odpowiednia procedura została zakończona". Odwołujący podniósł, że p*rzyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne, nieustannie pozostawaliby w niepewności, co do

tego czy do postępowania w dalszym ciągu mają zastosowanie przepisy ustawy i czy w związku z tym zostanie udzielona odpowiednia ochrona ich uzasadnionych interesów – bowiem w ostatnim czasie mamy do czynienia z nieustannymi przekształceniami właścicielskimi podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy.
Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający do dnia sporządzenia niniejszego pisma nie zmienił Specyfikacji Warunków Zamówienia, zgodnie z którą (pkt. 3.1 SWZ) *„postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zwanej w dalszej części „Ustawą: lub „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego stosownie do art. 132 i nast. Ustawy w zw. z art. 376 i 378 Ustawy.".*

Okoliczność, że Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., w wyniku zmian właścicielskich z dniem 2 listopada 2022 roku utraciła status zamawiającego sektorowego w rozumieniu ustawy Pzp nie była sporna pomiędzy stronami. Odwołujący jej nie kwestionował.
W tym stanie rzeczy Zamawiający –prowadził postępowanie zgodnie z zasadami określonymi w dokumentacji postępowania oraz przy zachowaniu zasad określonych w ustawie Pzp" z zastrzeżeniem „że Wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej, określone w dziale IX ustawy Pzp, stosownie do treści art. 505 ust 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 528 pkt 1 ustawy Pzp." Nie ulega wątpliwości, iż o ile swobodną decyzją Zamawiającego było stosowanie tych reguł w prowadzonym postępowaniu, które na dzień wniesienia odwołania nie podlegało przepisom Pzp, o tyle tryb odwoławczy, określony w Pzp nie mógł zostać zastosowany w przedmiotowej sprawie. Zamawiający przestał spełniać bowiem przesłanki określone w ustawie Pzp.

W przywołanej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił m.in., że nie ma statusu zamawiającego sektorowego, nie jest zamawiającym publicznym, a jego działalność nie jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Przepisy ustawy Pzp określają zamknięty katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy. Izba ustaliła, mając na względzie oświadczenie Spółki, któremu nie zaprzeczył Odwołujący, że Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. nie należy obecnie do żadnej z określonych przepisami ustawy Pzp kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp.

Jak już wskazano powyżej, Odwołujący, uzasadniając w piśmie procesowym swoje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, nie kwestionował, że Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. nie mieści się obecnie w żadnej z kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp. Wywodził natomiast, że skoro postępowanie zostało wszczęte w trybie ustawy Pzp, to Zamawiający zobowiązany jest postępowanie w tym trybie prowadzić do końca.

W związku z powyższym rozważenia wymagało, czy zmiana struktury akcjonariatu dokonana po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogła spowodować, że ustał obowiązek stosowania reżimu przepisów Pzp przez podmiot, który utracił status zamawiającego, a prowadzone postępowanie straciło charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Jak wynika z art. 1 ustawy Pzp ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej "zamówieniami", oraz konkursy (…). Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia –należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Natomiast zgodnie z art. 7 pkt 31 ustawy Pzp pod pojęciem zamawiającego - należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, obowiązaną na podstawie ustawy do jej stosowania. Dalej zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp zamówieniem jest - umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Z kolei zgodnie z art. 7 pkt 35 ustawy Pzp pod pojęciem zamówienia sektorowego - należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ; Zatem momentem udzielenia zamówienia kończącym proces postępowania jest moment podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zaś moment wszczęcia takiego postępowania. Celem postępowania jest popisanie umowy z wybranym wykonawcą i udzielenie zamówienia, przez pryzmat tych czynności należy oceniać kiedy dany podmiot stosować musi regulacje ustawy Pzp. (tak np. KIO w postanowieniu z dn. 1 grudnia 2020 r., w sprawie o sygn. akt KIO 3081/20).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że zmiana akcjonariatu spowodowała, że umowa, która zostanie zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania, nie będzie zawierana przez podmiot będący zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp. Tymczasem zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie na

niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia (…) lub zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (…), do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. W związku z tym należało stwierdzić, że przedmiotowe postępowanie nie mieści się w zakresie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba podziela stanowisko Izby wyrażone w postanowieniach z 10 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1299/20, KIO 1305/20, a także w postanowieniu z 20 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1462/20.

Odwołujący, wywodząc obowiązek stosowania ustawy mimo utraty statusu zamawiającego, powołał się na brzmienie ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oraz pogląd prezentowany w orzecznictwie TSUE, dotyczący zasadności kontynuowania postępowania zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp, w celu zagwarantowania pewności prawa. Odnosząc się do tego stanowiska, Izba zwraca uwagę na okoliczności towarzyszące temu konkretnemu postępowaniu. Po pierwsze, Zamawiający, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, już przez upływem terminu składania ofert poinformował wykonawców, że utracił status zamawiającego sektorowego w rozumieniu ustawy Pzp, ponadto Zamawiający poinformował wykonawców, że „przedmiotowe postępowanie (…) będzie prowadzone zgodnie z zasadami określonymi w dokumentacji postępowania oraz przy zachowaniu zasad określonych w ustawie Pzp" z zastrzeżeniem „że Wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej, określone w dziale IX ustawy Pzp, stosownie do treści art. 505 ust 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 528 pkt 1 ustawy Pzp." W ocenie Izby, o ile można mieć wątpliwości co do kontynuowania postępowania z powoływaniem się na przepisy ustawy Pzp bez pełnego jej stosowania, to okoliczność ta nie zmienia jednak formalnego statusu spółki Polska Spółka Gazownictwa. Ponadto, co istotne – w niniejszej sprawie Odwołujący nie został zaskoczony faktem zmiany tego statusu. Jak wskazano powyżej Zamawiający poinformował o tej zmianie jeszcze przed upływem terminu składania ofert, ponadto Zamawiający w sposób przejrzysty poinformował wykonawców o regułach i zakresie przepisów mających zastosowanie do niniejszego postępowania, tym samym w ocenie Izby zrealizował zasadę pewności prawa. Jednocześnie wobec przywołanych powyżej definicji i przepisów ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, że odwołanie jest niedopuszczalne, a na skutek zmiany statusu zamawiającego w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 553 zd. drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……