

Sygn. akt: KIO 1487/20

POSTANOWIENIE
z dnia 27 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu w dniu 25 sierpnia 2020 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 roku przez wykonawcę Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku

przy udziale:

- A. wykonawcy Zakład Usługowo Produkcyjny Emiter spółka jawna S. B., P. L. z siedzibą w Limanowej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1487/20 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy Apator Elkomtech spółka akcyjna z siedzibą w Łodzi zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1487/20 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie wykonawcze (P/1/0030/2020) do umów ramowych zawartych w ramach zamówienia publicznego, sektorowego pn.: *„Dostawa zestawów telesterowania dla stacji SN/nn 3, 4 i 5 polowych”*.

Postępowanie zostało wszczęte zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986; dalej: ustawa lub Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2019 roku pod numerem 2019/S 159-393466.

W dniu 2 lipca 2020 roku wykonawca Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: Mikronika) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 22 czerwca 2020 roku, a polegającej na wyborze ofert najkorzystniejszych w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6 w postępowaniu wykonawczym (nr P/1/0030/2020) do umów ramowych zawartych w ramach zamówienia publicznego, sektorowego (postępowanie nr P/1/0086/2019) na *„Dostawę zestawów telesterowania dla stacji SN/nn 3,4 i 5 polowych”*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ustawa ZNK) przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Apator Elkomtech spółka akcyjna w zakresie części nr 1,2,3,4,5, mimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Zakład Usługowo-Produkcyjny Emiter spółka jawna S. B., P. L. w zakresie części nr 1,2,3,4,5,6, mimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez nieodrzućenie ofert wykonawców Zakład Usługowo-Produkcyjny Emiter spółka jawna S. B. P. L. w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 oraz

Apator Elkomtech spółka akcyjna w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5, mimo że złożenie ofert przez tych wykonawców jest wynikiem zmywy przetargowej, naruszającej warunki uczciwej konkurencji,

4. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 101a ust. 9 ustawy oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK przez:

- dokonanie oceny ofert w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5 z udziałem oferty wykonawcy Apator Elkomtech spółka akcyjna, mimo że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- dokonanie oceny ofert w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 z udziałem oferty wykonawcy Zakład Usługowo-Produkcyjny Emiter spółka jawna S. B. P. L., mimo że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- dokonanie wyboru oferty wykonawcy Apator Elkomtech spółka akcyjna jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3 i 4, mimo że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- dokonanie wyboru oferty wykonawcy Zakład Usługowo-Produkcyjny Emiter spółka jawna S. B. P. L. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 i 2, mimo że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 5 i 6, podczas gdy oferta tego wykonawcy - mając na uwadze kryteria oceny ofert określone w dziale XVI ust. 4 SIWZ oraz konieczność odrzucenia wskazanych wyżej ofert stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji - winna być uznana jako oferta najkorzystniejsza w zakresie części nr 3 i 4, względnie w zakresie części nr 1 i 2;

5. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w postępowaniu nr P/1/0030/2020 w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6;

- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawcy Apator Elkomtech spółka akcyjna w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usługowo-Produkcyjny Emiter spółka jawna S. B. P. L. w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6 celem ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych;
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Za pismem z dnia 31 lipca 2020 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy, ewentualnie o jej oddalenie.

W uzasadnieniu stanowiska dotyczącego odrzucenia odwołania Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt. 1 ustawy, odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli w sprawie nie znajdują zastosowania przepisy tejże ustawy.

Zamawiający - Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku wyjaśnił, że należy do grupy kapitałowej ENERGA. W dniu 30 kwietnia 2020 r. PKN ORLEN SA dokonał nabycia wszystkich akcji przysługujących Skarbowi Państwa w ENERGA SA (51 ,52 procent akcji tej spółki) i dysponuje obecnie 80,1 procent akcji tej spółki. Skarb Państwa posiada w PKN ORLEN SA jedynie 27,62 procent akcjonariatu. Tym samym, w konsekwencji przejęcia grupy kapitałowej ENERGA przez PKN ORLEN SA. Skarb Państwa z dniem 30 kwietnia 2020 r. przestał posiadać dominujący wpływ (pośrednio przez ENERGA SA) na Zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust 1 pkt 4 ustawy.

Oznacza to, że z chwilą ww. nabycia akcji Zamawiający utracił status zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy Zamawiający kontynuował postępowania zgodnie z regułami określonymi w przepisach ustawy, dla zapewnienia przestrzegania zasad przejrzystości i konkurencyjności prowadzonego postępowania, Jednakże nie ulega wątpliwości, iż o ile jest swobodną decyzją Zamawiającego stosowanie tych reguł w prowadzonym postępowaniu, które po dniu 30 kwietnia 2020 r. nie podlega przepisom ustawy, o tyle tryb odwoławczy, określony w ustawie nie może znaleźć zastosowania w przedmiotowej sprawie, co uzasadnia odrzucenie wniesionego odwołania.

Wskazał, że przedmiotowe zagadnienie było przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1462/20, w której to Zamawiającym była spółka z Grupy Kapitałowej ENERGA tj. ENERGA Informatyka i Technologie Sp. z o.o., która to prowadziła postępowanie publiczne na rzecz zamawiającego Sektorowego ENERGA Obrót SA. Przedmiotowe postępowania, zostało wszczęte przed 30 kwietnia 2020 r. i kontynuowane na zasadach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W dniu 20 lipca 2020 r, zapadło orzeczenie w ww. sprawie, na mocy którego KIO odrzuciło odwołanie wykonawcy uznając, iż Izba nie posiada kognicji do orzekania, w związku z utratą statusu Zamawiającego przez stronę.

Jako że podobne przesłanki występują również w niniejszej sprawie, odwołanie winno zostać odrzucone. Bez znaczenia dla uprawnienia wykonawcy co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający dobrowolnie do prowadzonego postępowania stosuje określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie (post. z dnia 03.06.2015 r. (KIO 1027/15), post. z 31.072017 r. (KIO 1504/17).

W odniesieniu do art. 3 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy wskazał, że nie budzi wątpliwości, że Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku, nie spełnia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy, bowiem nie jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, ani też inną państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej.

W odniesieniu do art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy (zamawiający klasyczny) wskazał, że analizując punkt 3 w art. 3 ust. 1 ustawy tj. odnoszący się do podmiotu prawa publicznego, ustawa nie precyzuje tego ostatniego pojęcia. Zostało ono jednak zdefiniowane w prawodawstwie unijnym, tj. w art. 2 ust. 4 nowej Dyrektywy Klasycznej (Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r, w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/181WE) oraz art. 3 ust. 4 nowej Dyrektywy Sektorowej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r, w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, L 94/243), które kontynuują posługiwanie się tym pojęciem w uprzednich, uchylonych unijnych dyrektywach (odpowiednio sektorowej 2004/18/WE i klasycznej 2004/17/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

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

W odniesieniu 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 (wyrok TSUE z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C - 360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden vs. BFI Holding oraz wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C -44196 Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH) :

- 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;
- 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 prowadziłyby do nadmiernego zawężenia pojęcia zamawiającego, a tym samym zakresu stosowania dyrektyw;
- 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 i 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 (wyrok TSUE z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C — 373/00 A. T. GmbH v. Bestattung Wien GmbH),
- 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 wskazał Zamawiający podejście znalazło również odzwierciedlenie w polskim orzecznictwie (Postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r., (sygn. akt IX Ca 196/05 niepubl.), 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.

Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej: EOP) 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, co wynika z

- 1) analizy zadań jakie stawiane są EOP przez regulacje (w szczególności prawo energetyczne), jako „dużemu” operatorowi systemu dystrybucyjnego (jednemu z pięciu kluczowych w Polsce) w obszarze dystrybucji energii elektrycznej, utrzymania sieci, zapewnienia jej dostępności i obowiązków przyłączenia;
- 2) wykładni omawianego zagadnienia dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny (Uchwała z dnia 12 marca 1997 roku W8/96) stwierdzając, że przez "zadania (...) mające charakter 'użyteczności publicznej' należy rozumieć możliwie najszerzej i wydaje się, że winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym między innymi: zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną gazową i ciepłą utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych itp. Realizacja tych zadań może odbywać się w różnych formach organizacyjnych, nie tylko w formie prawnej przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, określonej w ustawie o przedsiębiorstwach państwowych.";
- 3) pkt 1 Preambuły Dyrektywy Sektorowej zgodnie z którą: „za właściwe wydaje się zachowanie przepisów regulujących udzielanie zamówień (publicznych) przez podmioty działające w sektorach gospodarki m.in. energetyki (...) ponieważ organy krajowe mogą nadal wywierać wpływ na zachowanie tych podmiotów, łącznie

z udziałem w ich kapitale oraz obecnością w ich organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych";

- 4) ustawy o zarządzeniu mieniem państwowym (art. 2 pkt 8 lit b tej ustawy Dz. U. z 2016 poz. 2259), w której przyjęto, że każdy OSD, a więc i EOP, jest „spółką realizującą misję publiczną” (choć w rozumieniu tej ustawy), to jednak wprowadzenie tego do ustawy wydaje się istotne, gdyż przed tą ustawą/2016 r. takiej regulacji nie było);
- 5) historii powstania EOP, której odzwierciedlenie znalazło się choćby w 53 ust. 1 Statutu, zgodnie z którym: Spółka (EOP) powstała w wyniku przekształcenia w spółkę przedsiębiorstwa państwowego: „Zakład Energetyczny Gdańsk” na podstawie ustawy z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych.

W odniesieniu do przesłanki „finansowania zamówienia w przeważającej części przez podmioty publiczne” 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) ustawy, 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 (wyrok TSUE z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 czy świadczenia na rzecz publicznego nadawcy (wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2007 roku w sprawie C-337/06), 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 u podmiotu nie jest spełniona, jeżeli jego finansowanie 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). Ponadto - zdaniem TSUE - należy wziąć pod uwagę cały dochód uzyskiwany przez daną instytucję, włączając w to dochód z działalności komercyjnej, a ustalenie takie w odniesieniu do danego podmiotu powinno następować corocznie na podstawie danych dostępnych na początku roku budżetowego; ponadto zmiany

w strukturze finansowania podmiotu nie mają wpływu na wszczęte i prowadzone postępowania w sprawach zamówień publicznych, które podlegają dyrektywom, do czasu ich zakończenia.

Wskazał w swoim stanowisku, że działalność EOP, 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 EOP wnoszą odbiorcy (uczestnicy rynku). Tym samym EOP nie jest finansowany przez środki publiczne, w szczególności przez Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub jakiegokolwiek podmioty sektora finansów publicznych lub zamawiających klasycznych.

Dokonując analizy przesłanki „sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym”, na gruncie europejskich zamówień publicznych przesłankę tę należy rozumieć, jako możliwość wywierania wpływu na decyzje instytucji zamawiającej, przy użyciu środków oddziaływania przysługujących innym zamawiającym, tzw. klasycznym (tych z art. 3 ust. 1 pkt 1-3 ustawy) - nadzór tej innej instytucji publicznej ma być tego typu, że może ona zmienić się w formę koordynacji lub kierowania działalnością nadzorowanego podmiotu. Zdaniem TSUE (wyrok TSUE z dnia 1 lutego 2001 roku C-237/99) 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.

Przekładając powyższe na EOP, po sprzedaży przez Skarb Państwa akcji ENERGA SA, nie można stwierdzić w EOP (lub względem niego) występowania nadzoru o powyższej charakterystyce. W szczególności takiego typu nadzoru nie stanowią uprawnienia Prezes URE. Choć zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy prawo energetyczne są one szerokie, to mają co do zasady regulować działalność przedsiębiorstw energetycznych zgodnie z ustawą pr.en. i polityką energetyczną państwa, zmierzając do równoważenia interesów tych przedsiębiorstw i odbiorców paliw i energii - odbywa się to przede wszystkim przez udzielanie koncesji na prowadzenie działalności w obszarze energetyki (np. dystrybucji energii), zatwierdzania taryf (rozumianych jako cenniki maksymalne), ale i wydawania władczych, jako organ administracji, orzeczeń mających zastosowanie do uczestników rynku/stron postępowania administracyjnego (decyzje zastępujące umowy o przyłączenie lub dystrybucji energii itp.). Niemniej uprawnienia tego organu względem EOP nie mają cech szczególności, odmienności od tych jakie stosuje organ względem innych podmiotów wykonujących tożsamą jak EOP działalność - uprawnienia te są bowiem oparte o przepisy, a zatem relacja pomiędzy organem, a przedsiębiorstwem energetycznym (EOP)

ma charakter administracyjno-prawny (w tym pozwalający organowi nakładać kary pieniężne), co wyklucza zatem relację nadzorczą zbliżoną do relacji właścicielskiej (jak tego wymaga omawiana przesłanka).

Analizując przesłanki, że „osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności” EOP wskazała, że przesłanka ta na gruncie przepisów ustawy nie posiada charakteru samoistnego, lecz subsydiarny; należy rozumieć ją jako wskazówki interpretacyjne w kontekście pierwszego elementu definicji, tj. warunku powołania podmiotu w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Niemniej dla wykładni przesłanki również należy odwołać się do motywu 10 Dyrektywy Klasycznej i motywu 12 Dyrektywy Sektorowej, w których wskazano, że *podmiot działający w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za „podmiot prawa publicznego”, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania, których ten podmiot został założony lub zaspokajanie, których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy.* W odniesieniu do tej przesłanki wskazał EOP na rozstrzygnięcia TUSUE zgodnie z którymi: mając na uwadze główny cel unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest unikanie ryzyka preferowania krajowych wykonawców we wszystkich przypadkach udzielania zamówień przez instytucje i podmioty zamawiające, powoduje, że samo występowanie konkurencji nie wystarcza do wykluczenia możliwości by podmiot prawa publicznego mógł się kierować względami innymi niż ekonomiczne - taki podmiot może bowiem uznać za właściwe ponoszenie strat finansowych, po to by stosować zasady dotyczące polityki zakupowej sformułowane przez podmiot, od którego jest ściśle zależny (TSUE w sprawie z 1998 r. z udziałem BFI Holding); wymaganie by nie istniały prywatne przedsiębiorstwa mogące zaspokajać potrzeby, w celu zaspokajania, których dany podmiot został utworzony, sprawiłoby, że termin "instytucja prawa publicznego" byłby pozbawiony znaczenia; istnienie znaczącej konkurencji, a w szczególności fakt, że dany podmiot musi stawić czoło konkurencji na rynku, może świadczyć o przemysłowym i handlowym charakterze potrzeb w interesie ogólnym, do których zaspokajania dany podmiot został powołany lub których zaspokajanie zostało mu powierzono; za podmiot prawa publicznego podmiotu nie uznał podmiotu powołanego do organizacji targów, wystaw i konferencji, argumentując, że podmiot ten w swojej działalności kieruje się kryteriami wydajności, skuteczności i efektywności kosztowej oraz ponosi ryzyko gospodarcze związane z prowadzoną działalnością z uwagi na brak mechanizmu kompensowania ewentualnych strat finansowych (Trybunał podtrzymał to stanowisko w wydanym w 2001 r. orzeczeniu

w sprawach połączonych Agorá i Excelsior). Trybunał stwierdził, że istnienie znaczącej konkurencji samo w sobie nie pozwala wysnuć wniosku, że nie mamy do czynienia z potrzebami w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego (wyrok Trybunału z 2003 r. w sprawie Komonen; która dotyczyła miejskiej spółki prawa handlowego zajmującej się kupnem, sprzedażą i najmem nieruchomości oraz zarządzaniem nimi w celu stworzenia korzystnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej (a zatem handlowej i przemysłowej) na terenie gmin będących jej udziałowcami.). Jeżeli podmiot działa w normalnych warunkach rynkowych, jest nastawiony na osiągnięcie zysku i ponosi straty w związku z prowadzoną działalnością jest mało prawdopodobne, że potrzeby, które ma na celu zaspokajać, nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego - wówczas zastosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych nie jest konieczne, ponieważ podmiot nastawiony na osiągnięcie zysku i samodzielnie ponoszący ryzyko związane z prowadzeniem działalności nie będzie wydatkował swoich środków na warunkach, które nie są ekonomicznie uzasadnione.

Mają na uwadze powyższe wskazano, że EOP nie spełnia warunków również trzeciego podwarunku, bowiem jego działalność pomimo istnienia licznych obowiązków o charakterze publicznoprawnym (zawieranie umów o przyłączenie lub umów dystrybucyjnych itd.) - nakierowana jest na wypracowywanie zysku, i nie jest wykluczone ponoszenie strat wynikających z prowadzenia działalności dystrybucyjnej.

Na powyższe nie wpływa to, że EOP działa w obszarze monopolu naturalnego, a więc zwykle brakuje alternatywnego, konkurencyjnego podmiotu, który zapewnić mógłby przyłączenie do sieci elektroenergetycznej i dostarczać energię. Niemniej nie przesądza to o tym, że działalność EOP nie jest nastawiona na zysk. Takiej wykładni wydają się nie przeczyć zasady (wynikające z par. 22 rozporządzenia taryfowego - Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 6 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną Dz. U. poz. 503), jak i praktyka uzgadniania taryfy z Prezesem URE - choć przyjmowane w taryfie stawki opłat dla odbiorców mają pokryć uzasadnione koszty funkcjonowania EOP, to równocześnie mają gwarantować uzasadniony zwrot z zaangażowanego kapitału, a więc właśnie zysk. Fakt, że realizowana przez EOP działalność przynosiła dotychczas zyski nie oznacza, że tak będzie w przyszłości. Niemniej i to dowodzi, że prowadzenie tej - jakkolwiek istotnej dla społeczeństwa - działalności przynosić ma zyski właścicielowi (akcji/udziałów). Rozwinięcie tego założenia znajduje się w art. 9d ust. 4 pr. en., w którym ustawodawca nakładając obowiązek zapewnienia niezależności dla OSD funkcjonującego w ramach grupy kapitałowej, równocześnie uznał, że *właściciel OSD ma posiadać mechanizmy koordynacyjne zapewniające ochronę praw właścicielskich w zakresie nadzoru nad wykonywanym przez OSD zarządem i wykonywaną przez niego działalnością gospodarczą w odniesieniu do*

rentowności zarządzanych przez niego aktywów, w szczególności dotyczących sposobu zarządzania zyskiem z udziałów kapitałowych i ustalania ograniczeń w zakresie poziomu całkowitego zadłużenia jego przedsiębiorstwa. Również publicznie dostępne informacje nt. Orlen wskazują że po zakupie akcji Energii oczekiwane jest zwiększenie m.in. EBITDA całej Grupy ENERGA, a więc przede wszystkim zysku, którego głównym 'dostawcą' był właśnie OSD (EOP).

Podsumowując, choć EOP może być postrzegany jako podmiot powołany lub ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, to w obowiązującym stanie prawnym oraz zastanym stanie faktycznym brak jest pozostałych przesłanek obligujących EOP do uznania go zamawiającym klasycznym (z art.3 ust. 1 pkt 3 ustawy) czy podmiotem prawa publicznego w rozumieniu europejskich regulacji zamówień publicznych.

W odniesieniu do art. 3.ust 1 pkt. 4 ustawy (zamawiający sektorowy).

Nie budzi wątpliwości to że działalność EOP w obszarze dystrybucji energii elektrycznej stanowi działalność sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt. 3 ustawy.

Zgodnie jednak z art. 3 ust. 1 pkt. 4 PZP status Zamawiającego sektorowego ma jedynie taki podmiot który wykonuje działalność sektorową 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) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji
- b) lub posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji,
- c) lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

Skarb Państwa lub inni zamawiający klasyczni (podmioty prawa publicznego) nie spełniają względem EOP przesłanek dotyczących „posiadania ponad połowy akcji lub udziałów” lub „prawa powoływania ponad połowy członków organu nadzorczego lub zarządzającego podmiotu prawa publicznego przez jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz inne podmioty prawa publicznego” (art. 3 ust. 1 pkt. 3 lit. b i d ustawy).

Analizując czy ww. działalność sektorowa EOP jest wykonywana na podstawie „praw szczególnych lub wyłącznych” (art 3 ust. 3 pkt. 4 in fine ustawy) podał, że pojęcie ww. praw zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 2 ustawy, przez które rozumie się: 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.

Definicja praw szczególnych (specjalnych) i wyłącznych zawarta jest również w Dyrektywie Sektorowej - jej przepisy były implementowane do polskiego porządku prawnego (do ustawy), stąd istotne jest brzmienie i rozumienie tego pojęcia dokona przez ustawodawcę europejskiego.

W motywie 20 tej Dyrektywy wskazano m.in., że „Udzielenie koncesji - które przyznano w drodze innych procedur opartych na obiektywnych kryteriach i w przypadku których zapewniono odpowiednie upublicznienie postępowania, nie stanowią praw specjalnych lub wyłącznych do celów określenia zakresu podmiotowego niniejszej dyrektywy”. Rozwinięcie powyższego znalazło się w art. 4 ust. 3 Dyrektywy Sektorowej, który *„prawa specjalne lub wyłączne” określa jako: „prawa przyznane przez właściwy organ państwa członkowskiego w drodze dowolnych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które skutkują zastrzeżeniem wykonywania rodzajów działalności określonych w art. 8-14 dla jednego lub kilku podmiotów oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania takiej działalności przez inne podmioty. ”*

Zdaniem przedstawicieli doktryny prawa pojęcie „prawa specjalne lub wyłączne” powinno być interpretowane:

- 1) w sposób użyty w art. 106 TFUE *w odniesieniu do przedsiębiorstw, w stosunku do których państwa członkowskie zostały zobowiązane do niewprowadzania i nieutrzymywania środków sprzecznych z unijnym prawem konkurencji i zasadą niedyskryminacji* (A. Sołtyśńska, Wprowadzenie (w:) Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Sektor użyteczności publicznej, Warszawa 2000, s. 19.) i choć w większości przypadków prawa specjalne i wyłączne są przyznawane w sposób bezpośredni i jasny, jednak definicja z art. 106 TFUE powinna również obejmować i takie sytuacje, w których państwa członkowskie swoje rzeczywiste zamiary skrywają pod pojęciem licencji, zezwoleń czy upoważnień, a podjęte w praktyce zachowania stwarzają wybranym przedsiębiorcom wyłączność na prowadzenie określonej działalności gospodarczej z wyłączeniem innych podmiotów;
- 2) jako środki podjęte przez państwa członkowskie w ramach wykonywania funkcji publicznych, w drodze których pewna wyłączność jest udzielona - na mocy jakiegokolwiek instrumentu prawnego - na korzyść pojedynczego przedsiębiorstwa, prywatnego lub publicznego, i dotyczy wykonywania określonej działalności ekonomicznej na określonym terytorium i w ramach sprecyzowanego terminu.

Podkreślenia wymaga, że prawa wyłączne muszą być środkami przedsięwziętymi przez państwa członkowskie działające jako władza publiczna lub w obszarze wykonywania kompetencji uregulowanych w krajowym porządku prawnym. Dla wykładni omawianego pojęcia te funkcje państw członkowskich muszą być wyraźnie odróżnione od tych, które mają charakter przemysłowy lub handlowy. Prawa wyłączne mogą być bowiem przyznane zarówno podmiotom prywatnym, jak i przedsiębiorstwom publicznym czy też innym organom publicznymi (L. Buendia Sierra, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty, Oxford 1999, rozdział 1, za: U. Neergaard, The Concept of Concession in UE Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law (w:) The New EU Public..., eds. R.Nielsen, S. Treumer, s. 167).

Zdaniem TSUE (w sprawie C-302/94 The Queen v. of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications PIC, Rec. 1996, s. 1-6417, „British Telecommunications”) pod pojęciem praw specjalnych i wyłącznych należy rozumieć takie prawa, które:

- 1) przyznane są przez władze Państwa Członkowskiego jednemu lub większej (ograniczonej) liczbie podmiotów,
 - 2) istotnie wpływają na zdolność innych podmiotów do wykonywania analogicznej działalności w analogicznych warunkach,
 - 3) przyznane są w inny sposób, niż w oparciu o niedyskryminujące i obiektywne kryteria.
- Pojęcie praw specjalnych i wyłącznych powinno być zatem rozumiane szeroko, lecz musi spełniać jeden zasadniczy wymóg - wyłączność jest rezultatem jedynie samej arbitralnej woli państwa członkowskiego. W ten sposób udzielenie prawa konkretnemu przedsiębiorcy wiąże się z możliwością wpływania przez państwo członkowskie na jego postępowanie w trakcie wykonywania określonej działalności gospodarczej

EOP podkreśliła, że koncesja na dystrybucję energii elektrycznej, w oparciu o którą EOP prowadzi swoją działalność dystrybucyjną nie stanowi praw szczególnych lub praw wyłącznych, o których mowa w art. 3 ust. 2 ustawy. Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający prowadzi swoją działalność dystrybucyjną w oparciu o:

- a) Koncesję w zakresie dystrybucji energii elektrycznej (dalej Koncesja)
- b) Decyzję o wyznaczeniu EOP na OSD dalej (Decyzja OSD)

jednakże ww. decyzje nie stanowią praw szczególnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 3 ust 2 ustawy.

Odnosząc się do kwestii koncesji, należy zauważyć, że podstawa i warunki wydania koncesji w zakresie dystrybucji energii elektrycznej zawarte są w art. 33 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 32 ust. 1 pkt. 3 i nast. pr.en. Pierwszy z przepisów wymienia warunki jakie musi spełnić dany podmiot, aby uzyskać koncesję. Konstrukcja przedmiotowego przepisu, a w szczególności zwrot „Prezes URE udziela koncesji...”, wskazuje, iż charakter tej koncesji nie ma charakteru

uznaniowego. W każdym bowiem przypadku spełnienia przez wnioskujący o koncesję podmiot przesłanek pozytywnych i braku występowania przesłanek negatywnych organ winien udzielić mu koncesji. Podkreślenia wymaga, że organ zobowiązany jest dokonać oceny wniosku w oparciu o kodeks postępowania administracyjnego, co oznacza obowiązek dokonania oceny ww. nieostrych pojęć zgodnie z jego zasadami, w tym wynikającymi z art. 7 k.p.a. regulującym tzw. uznanie administracyjne. Wobec ugruntowanej linii orzeczniczej i opinii doktryny ww. uznanie nie oznacza dowolności przy rozstrzygnięciu sprawy lub wydawaniu decyzji, bowiem organy winny wykazać, że w konkretnej sprawie istniały przesłanki uzasadniające daną czynność. Organ nie jest zwolniony z obowiązku przeprowadzenia pełnych i precyzyjnych ustaleń co do stanu faktycznego i oceny, czy okoliczności sprawy odpowiadają przesłankom udzielenia wnioskowanej decyzji. Organ administracji zanim podejmie rozstrzygnięcie i zdecyduje, w jakim zakresie uczyni użytek ze swoich uprawnień, ma obowiązek: wyjaśnić wnikliwie i wszechstronnie stan faktyczny sprawy, wysłuchując strony w trakcie postępowania, a przed wydaniem decyzji rozpatrzeć stan faktyczny w świetle wszystkich przepisów prawa materialnego mogących mieć zastosowanie w sprawie. Podjęte przez niego ustalenia i czynności muszą następnie znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia (decyzji administracyjnej).

Ponadto, o uzyskanie koncesji może ubiegać się nieograniczona liczba wnioskujących, pod warunkiem, iż spełniają oni wymagania określone przepisami prawa. Z powyższych względów na przestrzeni ostatnich lat w doktrynie prawa ugruntowało się stanowisko, zgodnie z którym koncesje wydawane przez Prezesa URE na podstawie pr.en. nie stanowią praw szczególnych lub też praw wyłącznych. Taką interpretację potwierdza również Urząd Zamówień Publicznych (dalej UZP) w prezentowanych stanowiskach wskazując, że: *„prywatne przedsiębiorstwa energetyczne prowadzące działalność na podstawie koncesji udzielonych przez prezesa Urzędu Regulacji Energetyki WRE) nie są zobowiązane do stosowania ustawy, bo koncesje te nie są „prawami szczególnymi lub „łącznymi” w rozumieniu 3.2 Pzp i 2.3 dyrektywy 2004/17ME”*.

Decyzja o wyznaczeniu danego przedsiębiorcy na OSD, analogicznie jak koncesje wydawana jest przez Prezesa URE na wniosek właściciela sieci dystrybucyjnych, na czas określony nie dłuższy niż okres obowiązywania koncesji (art. 9h ust. 1 ustaw). Ewentualna odmowa wyznaczenia danego podmiotu OSD następuje również w formie decyzji administracyjnej, od której służy odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Wskazane w części dot. Koncesji wywody, dotyczące uznania administracyjnego, mają odpowiednie zastosowanie do sposobu procedowania wydania przez Prezesa URE Decyzji o wyznaczeniu OSD.

Bezspornie, z uwagi na posiadaną infrastrukturę, na terenie na którym EOP prowadzi działalność może być postrzegany jako monopolista. Należy odróżnić jednak monopole

naturalne od monopolii legalnych (prawnych). Monopole legalne przyznawane na podstawie przepisów lub decyzji administracyjnych i w sposób prawnie skuteczny, wykluczający podjęcie danej działalności przez jakikolwiek inny podmiot. Monopole naturalne są natomiast wynikiem warunków ekonomicznych. Warunki ekonomiczne jakie aktualnie posiada EOP niewątpliwie dają jej przewagę nad potencjalnymi podmiotami, które chciałyby podjąć analogiczną działalność na podobną skalę. Podkreślić należy jednak, iż poza ww. sytuacją ekonomiczną EOP nie uzyskała praw szczególnych czy wyłącznych, które stawiały by ją w uprzywilejowanej pozycji względem innych podmiotów, czy też wyłączały by możliwość prowadzenia przez nie tożsamej działalności na tym terenie.

Istnieje na rynku świadczenia usług dystrybucji bariera „wejścia”, w postaci wymogu posiadania środków finansowych na budowę sieci - nie jest to jednak bariera prawna. Tym samym potencjalny, konkurencyjny podmiot ma możliwość spełnienia tożsamych warunków prawnych, do tych jakie stawiane są EOP, jeżeli będzie posiadał ku temu wystarczające środki finansowe. Dla przykładu przedsiębiorca „XYZ Sp. z o.o.” chcąc świadczyć tożsame usługi, na obszarze na którym świadczy je EOP, nie będzie „ograniczony” obowiązującymi regulacjami, czy też decyzjami organów państwowych, a jedynie ewentualnie finansowaniem (a więc okolicznościami zależnymi stricte od niego).

Ponadto powszechnie obowiązujące przepisy nie wykluczają działania kilku OSD na tym samym obszarze geograficznym (co już jest spotykane w praktyce, kiedy dla jednego podmiotu (odbiorcy) sąsiadujący ze sobą OS) (np. EOP i PGE-Dystrybucja czy EOP i PKP ENERGETYKA) są w stanie wydać odrębne warunki przyłączenia do sieci elektroenergetycznej każdego z nich. Procedury przyznawania uprawnień warunkujących możliwość podjęcia takiej działalności wprowadzały ilościowe lub ustawowe ograniczenia - te ostatnie występują jedynie w zakresie możliwości umiejscowienia infrastruktury sieciowej w tym samym (fizycznie) obszarze.

Tym samym monopol w którym znalazła się EOP, nie jest wynikiem przyznania na jego rzecz żadnych praw szczególnych czy wyłącznych a jedynie wynika z posiadanej infrastruktury. Każdy inny przedsiębiorca ma jednak możliwość postawienia analogicznej infrastruktury, jeżeli tylko posiada ku temu wystarczające środki finansowe, a po jej wybudowaniu wnioskować do Prezesa URE o wyznaczenie go na OSD.

Prezes URE podejmując decyzję o wyznaczeniu ww. podmiotu na OSD lub też wydając decyzje odmowną będzie zobowiązany oprzeć się na regulacjach zwartych w art. 9h ust. 7 i ust 8 pr.en., które to określają kryteria, jakie musi wziąć pod uwagę (zarówno przesłanki pozytywne jak i negatywne).

Podsumowując, ścieżka przyznawania przedmiotowych obu uprawnień (Koncesji i Decyzji o wyznaczeniu OSD), zgodnie z tym, co zostało wyżej wskazane, oparta jest na weryfikowalnych, obiektywnych i podlegających kontroli kryteriach, nie mających cech

arbitralności czy dowolności. Nie stanowią też wyłącznego uprawnienia dla OSD na prowadzenie czy wykonywanie działalności w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dla oceny omawianego zagadnienia istotne jest również to, że Prezes UZP w dniu 28 lipca 2016 r. na podstawie art. 3 ust. 2a ustawy - w swoim obwieszczeniu wskazał na pr.en. jako akt prawny wdrażający przepisy określone w załączniku II do Dyrektywy sektorowej 2014/25/UE zawierające procedury zapewniające upublicznienie postępowania prowadzącego do przyznawania na ich podstawie praw i oparcie przyznawania tych praw na obiektywnych kryteriach. W konsekwencji zamieszczenia w tym Obwieszczeniu odesłania do procedur wynikających z przepisów pr.en., a więc również do procedur z art. 33 i art. 9h - należy stwierdzić, że Koncesja oraz Decyzja o wyznaczeniu OSD, nie stanowią praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 3 ust. 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, prowadzenie przez EOP działalności sektorowej w zakresie dystrybucji energii elektrycznej nie skutkuje uznaniem go za zamawiającego sektorowego, zobligowanego do stosowania ustawy przy udzielaniu zamówień związanych z przedmiotową działalnością (art. 3 ust. 1 pkt. 4 ustawy).

Odnośnie art. 3 ust. 1 pkt. 5 PZP - EOP zamawiający finansujący zakupy ze środków publicznych.

Wyżej wymieniony przepis nakłada na podmioty - które co do zasady nie są zobowiązane do jej stosowania - obowiązek udzielania określonych zamówień w reżimie ustawy, jeżeli spełnione zostaną łącznie przesłanki:

- a) ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowana 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.

Przedmiotowa regulacja stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 13 Dyrektywy Klasycznej. Przepis ma w założeniu uszczelnienie systemu zamówień publicznych i ograniczenia możliwości wydatkowania środków publicznych poza tym systemem. W odniesieniu do poszczególnych przesłanek wskazał, że aby dane zamówienie podlegało pod ww. regulację (poza innymi przesłankami) musi dotyczyć robót budowlanych wymienionych w ww. artykule oraz w załączniku do Dyrektywy klasycznej, do której odsyła,

lub usług związanych z takimi robotami. Z punktu widzenia działalności prowadzonej przez EOP przedmiotowe zamówienie musiałyby dotyczyć budowy linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych lub usług związanych z takimi robotami. Nie budzi zatem wątpliwości iż przedmiot niniejszego postępowania nie wypełnia ww. przesłanki.

W podsumowaniu EOP wskazała, że po zbyciu akcji ENERGA SA na rzecz PKN Orlen SA brak jest podstawy prawnej, która nakazywałaby uznawać EOP za zamawiającego klasycznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 3 PZP lub za zamawiającego sektorowego, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 4 in fine PZP.

Izba ustaliła:

Odwołanie dotyczy postępowania wykonawczego do umów ramowych zawartych w ramach zamówienia publicznego, sektorowego dotyczącego „Dostawy zestawów telesterowania dla stacji SN/nn 3, 4 i 5 połowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2019/S 159393466 z dnia 20.08.2019 r.

W dniu 2 lipca 2020 roku Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie (wskazane powyżej).

Postępowanie ww. przedmiocie prowadzi Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku. W dniu 31 lipca 2020 do akt sprawy wpłynęło pismo ww. podmiotu „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” zawierające wniosek o odrzucenie odwołania (uzasadnienie wniosku powyżej).

W dniu 30 lipca 2020 roku Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniosła o odroczenie posiedzenia i rozprawy w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym *w związku z istotnymi kwestiami podlegającymi rozpoznaniu w innej tożsamej zakresowo sprawie zawisłej przed Krajową Izbą Odwoławczą do czasu ich rozstrzygnięcia.*

Postanowieniem z dnia 10 sierpnia 2020 roku w sprawach połączonych sygn. akt KIO 1299/20 i KIO 1305/20 z odwołania odpowiednio (A) wykonawcy Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1299/20) oraz (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 Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku – odrzuciła odwołania. Oba odwołania Izba odrzuciła na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy ponieważ w sprawie nie miały zastosowania przepisy ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019, pozy. 1843 ze zm.).

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawę 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.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy oraz oceny zasadności wniosku Energa Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej: EOP) o odrzucenie odwołania było stwierdzenie, czy EOP w wyniku zmiany struktury właścicielskiej jest podmiotem określonym w art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawy). Izba w całości podzieliła argumentację przedstawioną w uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 sierpnia 2020 roku o sygn. akt KIO 1299/20 i KIO 1305/20.

Mając powyższe na uwadze Izba wskazuje, w odniesieniu do przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Izba uznała, co następuje: EOP nie jest jednostką 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. EOP nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy - posiada osobowość prawną i nie jest jednostką państwową. Nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy. Dla stwierdzenia obowiązku stosowanie przepisów ustawy przez określony podmiot konieczne jest uznanie, że przesłanki określone w tym przepisie zostały spełnione w sposób kumulatywny.

EOP jest natomiast podmiotem, który jako spółka prawa handlowego działa w celu generowania zysku. Mając na uwadze stanowisko pisemne EOP należy stwierdzić, że EOP nie 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.

EOP nie stanowi również 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 ustawy.

EOP również nie jest podmiotem jaki został określony w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy na co w uzasadnieniu swojego stanowiska szeroko wskazał EOP w złożonym do akt sprawy piśmie. Izba dostrzegła, że dany podmiot uzyska uprawnienie do wykonywania działalności gospodarczej w zakresie przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej dopiero po wyznaczeniu go przez Prezesa Urzędu Regulacji i Energetyki (dalej: Prezesa URE) operatorem danego systemu (odpowiednio art. 4e¹ i art. 3 pkt 25 Prawa energetycznego). Mając na uwadze regulacje Prawa energetycznego (art. 9h ust. 3, art. 32 ust. 1 pkt 3 Prawa energetycznego) należy wskazać, że spełnienie określonych w przepisach warunków umożliwia każdemu zainteresowanemu podmiotowi prowadzenie działalności polegającej na dystrybucji energii elektrycznej i nie zostały w tym zakresie wprowadzone ograniczenia podmiotowe. Tym samym, w ocenie Izby działanie przez EOP w oparciu o decyzje Prezesa URE tj. Decyzji Prezesa Urzędu Regulacji i Energetyki z dnia 18 listopada 1998 roku o udzieleniu na rzecz Spółki koncesji na dystrybucję energii elektrycznej z późn. zm. obowiązującą do dnia 31 grudnia 2030 roku oraz Decyzji Prezesa Urzędu Regulacji i Energetyki z dnia 24 czerwca 2008 roku o wyznaczeniu spółki na operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego z późn. zm. obowiązującą do dnia 31 grudnia 2030 roku nie pozwala na przyjęcie, że EOP prowadzi działalność na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Wymienione powyżej decyzje wydane zostały po spełnieniu przez podmiot o nie się ubiegający określonych przepisami prawa warunków.

Możliwość prowadzenia działalności takiej jak EOP nie zostało ograniczone podmiotowe, wymagane natomiast jest spełnienie określonych przepisami wymagań, które jednakże nie stanowią prawnego ograniczenia w prowadzeniu działalności. Dostrzegalne jest również, że przepisy obowiązującego prawa nie ograniczają ilości podmiotów, które przy spełnieniu określonych wymagań mogą ubiegać się o udzielenie im odpowiednich koncesji.

Za postanowienie z dnia 10 sierpnia 2020 roku sygn. akt KIO 1299/20 i KIO 1305/20 Izba wskazuje, że *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).

Mając powyższe na uwadze, jak również uwzględniając stanowisko prezentowane przez EOP w piśmie procesowym Izba stwierdziła, że nie decyzje, o których mowa wyżej nie stanowią praw szczególnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 3 ust. 2 ustawy. Kluczowe jest odnotowanie, że choć pojęcie praw szczególnych lub wyłącznych powinno być rozumiane szeroko, to zgodnie z orzecznictwem TSUE aby można było uznać je za takie prawa to muszą one być przyznane przez Państwo jednemu lub większej (ograniczonej) liczbie podmiotów istotnie wpływają na zdolność innych podmiotów do wykonywania analogicznej działalności w analogicznych warunkach oraz przyznane są w innych warunkach, niż w oparciu o niedyskryminujące i obiektywne kryteria. W przedmiotowym przypadku okoliczności te nie mają miejsca, tym samym EOP nie działa w oparciu o prawa szczególne lub wyłączne.

W odniesieniu do przesłanek z art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. b, c, e ustawy Izba wskazuje, że do pisma z dnia 31 lipca 2020 roku EOP załączyła między innymi dokumenty: Struktura akcjonariatu PKN ORLEN S.A. oraz Statut PKN ORLEN S.A. oraz Zawiadomienie o powstaniu stosunku dominacji z dnia 30 kwietnia 2020 roku i Zawiadomienie o zmianie stanu posiadania akcji z dnia 30 kwietnia 2020 roku.

Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wynika, że główni akcjonariusze PKN ORLEN S.A. to:

1. Skarb Państwa - 27,52% udziałów w kapitale podstawowym, 27,52% w ogólnej liczbie głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy, liczba głosów 117 710 196 (z 427 709 061), liczba akcji 117 710 196;
2. OFE Nationale Nederlanden - 7,34% udziałów w kapitale podstawowym, 7,34% w ogólnej liczbie głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy, liczba głosów 31 391 297 (z 427 709 061), liczba akcji 31 391 297;
3. OFE Aviva Santander - 6,29% udziałów w kapitale podstawowym, 6,29% w ogólnej liczbie głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy, liczba głosów 26 898 000 (z 427 709 061), liczba akcji 26 898 000;
4. Pozostali – 58,85% udziałów w kapitale podstawowym, 58,85 % w ogólnej liczbie głosów na Walnym Zgromadzeniu. liczba głosów 251 709 568 (z 427 709 061), liczba akcji 251 709 568.

Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, że udział Skarbu Państwa – bezpośredni i pośredni – w akcjonariacie PKN ORLEN S.A. nie przekracza połowy liczby akcji oraz nie posiada ponad połowy głosów wynikających z akcji.

Zgodnie z § 9 ust. 3 Statutu PKN ORLEN S.A. jeden członek Zarządu powoływany i odwoływany jest przez podmiot uprawniony do wykonywania prawa z akcji należących do Skarbu Państwa, do czasu zbycia przez Skarb Państwa ostatniej akcji Spółki. Zarząd liczy od pięciu do dziewięciu 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 sześciu do dziesięciu członków powoływanych przez Zgromadzenie Wspólników Spółki (§ 8 ust. 2 Statutu).

Wobec powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający jest obowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu o art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy.

EOP nie jest również zobowiązana na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy do stosowania Prawa zamówień publicznych przy zawieraniu kontraktu. Zgodnie z powyżej wskazanym przepisem podmiot obowiązany jest do stosowania ustawy jeżeli spełnione zostaną łącznie przesłanki: (-) ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowana ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, (-) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, (-) 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.

Należy odnotować, że zamówienie to 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 nr 4 - 2.2 Montaż rozdzielnic wewnętrznych SN wraz z pozostałą infrastrukturą sprzętową oraz montaż modemów TETRA dla nowych łączników – co zostało wskazane w dokumentacji postępowania w punkcie 6 Rozdziału III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z dokumentacją postępowania, Rozdział IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotem zamówienia jest dostawa dla ENERGA-OPERATOR SA zestawów telesterowania dla stacji SN/nn 3, 4 i 5 po-łowych, w których skład wchodzi m.in.: szafki AMI/SG typu 2W, sensory napięciowe SN, cewki Rogowskiego, zespoły sterownika oraz głowice kablowe SN wraz z ogranicznikami przepięć SN oraz konfiguracja sterownika wraz z uruchomieniem obiektów, zwanych dalej „zestawami telesterowania”, zamówienie obejmuje 6 części. Kod wg Wspólnego Słownika Zamówień CPV: 31200000-8 Aparatura do przesyłu i eksploatacji energii elektrycznej. Zamawiający wskazał również w kolejnych punktach Rozdziału III, że wymaga się udzielenia gwarancji na okres nie krótszy niż 5 lat, licząc od daty odbioru przedmiotu zamówienia bez zastrzeżeń przez zamawiającego; Wszystkie dostawy realizowane będą wraz z rozładunkiem i załadunkiem, siłami i na koszt wykonawcy oraz organizowanym przez niego transportem. Natomiast w paragrafie 1 pkt 1 Umowy wykonawczej stanowiącej załącznik nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia podano ponownie, że przedmiotem umowy jest sukcesywna dostawa przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego zestawów telesterowania dla stacji SN/nn, zwanych dalej „zestawami telesterowania”.

Tym samym, przedmiot zamówienia nie stanowi robót budowlanych 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.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba stwierdziła, że w wyniku zmiany z dnia 30 kwietnia 2020 roku i nabycia przez PKN ORLRN S.A. wszystkich akcji przysługujących Skarbowi Państwa w ENERGA S.A. spowodowało, Energa Operator S.A. nie jest podmiotem określonym w art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i do zamówienia udzielanego przez ten podmiot nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy Zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba

prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Wykazano powyżej, że EOP nie stosuje ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielanego zamówienia, nie jest obowiązana do jej stosowania – co oznacza, że nie jest „Zamawiającym” w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wymaga wskazania, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy 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. Tym samym, skoro EOP nie jest „Zamawiającym” w rozumieniu przepisów ustawy to od czynności czy zaniechań EOP nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W orzecnictwie wskazuje się, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że dany podmiot - nie będąc do tego zobligowanym treścią ustawy - stosuje do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie. Podkreślenia wymaga, że również błędna informacja w dokumentacji postępowania co do charakteru danego postępowania także nie stanowi uzasadnienia do stosowania ustawy, bowiem - na co wskazuje orzecnictwo - to ustawa określa reguły obowiązujące dla zamówień określonego rodzaju, a nie decyduje o nich sam podmiot prowadzący dane zamówienie.

W ocenie Izby brak obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych lub, tak jak w tym przypadku, ustanie tego obowiązku w toku prowadzenia postępowania wszczętego na podstawie przepisów ustawy skutkować musiało odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....