

Sygn. akt: KIO 2515/12

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 27 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk  
Przemysław Dzierzędzki  
Anna Chudzik

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **27 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2012 r. przez wykonawcę – **D..... Z..... P..... sp. k., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **EDF Rybnik S.A., Ul. Podmiejska, 44-207 Rybnik**, przy udziale wykonawcy - **CMS C..... M.K..... D..... G..... Sp. k., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – D..... Z..... P..... sp. k., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – D..... Z..... P..... sp. k., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 2515/12**

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Domański Zakrzewski Palinka sp. k. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zm.) (ustawa Pzp) od czynności Zamawiającego - EDF Rybnik S.A. z siedzibą w Rybniku, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego – jak stwierdził - w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie pełnej obsługi prawnej w zakresie realizowanej inwestycji obejmującej budowę nowego Nadkrytycznego Bloku Węglowego o mocy 900 MW w Elektrowni. Zaskarżonej czynności zarzucono naruszenie: (1) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i art. 3 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów jego oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i art. 3 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż nie zawiera ona ceny rażąco niskiej. Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia podjętych przez niego czynności polegających na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu. Odwołujący wskazał, że informację o czynności Zamawiającego będącej przedmiotem niniejszego odwołania, na skutek doręczenia mu, zgodnie z art. 27 ust. 1 Pzp, informacji o dokonanej ocenie ofert, pocztą elektroniczną powziął w dniu 9 listopada 2012 roku. Stwierdził także, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w Postępowaniu oraz w wyniku wskazanych w odwołaniu naruszeń przepisów Pzp może ponieść szkodę. Na skutek zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia jego oferty, Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Podkreślił również, że gdyby Zamawiający uczynił zadość obowiązującym przepisom Pzp, oferta złożona przez Odwołującego, w świetle przepisów Pzp i przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu. W świetle powyższego Odwołującemu niewątpliwie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania od niezgodnych z przepisami Pzp działań i zaniechań Zamawiającego. Ponadto podniósł, że Zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czym naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że w dniu 25 października 2012 roku Zamawiający skierował do Odwołującego zaproszenie do wzięcia udziału w Postępowaniu. Zgodnie z zaproszeniem, przedmiotem zamówienia miało być świadczenie pełnej obsługi prawnej w zakresie polskiego prawa oraz zagadnień prawnych dotyczących projektu RUDA, w szczególności w

zakresie prawa energetycznego, prawa zamówień publicznych, prawa cywilnego, w tym, reprezentacji przed kompetentnymi sądami, instytucjami oraz innymi organami publicznymi. Usługi prawne miały być świadczone w szczególności w formie opinii prawnych, raportów, projektów umów oraz projektów pozostałych dokumentów w formie pisemnej lub elektronicznej, porad prawnych i/lub wyjaśnień realizowanych pocztą elektroniczną, telefonicznie lub podczas spotkań. Przedmiotem zamówienia miało być również świadczenie usług prawnych niezbędnych do prawidłowej realizacji Projektu RUDA. Podał także, że Odwołujący złożył ofertę, w której zaproponował wynagrodzenie godzinowe z tytułu świadczenia usług prawnych w okresie realizacji umowy - wyrażone, jako stawka godzinowa, przy założeniu, iż wykonanie przedmiotu zamówienia będzie wymagało świadczenia usług obsługi prawnej w wymiarze 2000 godzin, wyniosło 100,00 złotych netto, tj. 123,00 złotych brutto. Łączny koszt wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia przy powyższym założeniu wyniósłby zatem 200.000 złotych netto. W dniu 25 października 2012 roku. Zamawiający przesłał do Odwołującego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oraz o odrzuceniu jego oferty. W wyniku przeprowadzonej czynności oceny ofert w Postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Oferenta - CMS C..... M.K..... D..... G..... sp. k. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a odrzucił ofertę złożoną przez Oferenta – D..... Z..... P..... sp. k. z siedzibą w Warszawie, jako niespełniającą wymogów Zamawiającego, tj. zawierającą niewiarygodnie niską cenę. Podkreślił, że przed dokonaniem oceny ofert Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia jego oferty w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Odwołującego opisana powyżej czynność oceny ofert została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem obowiązujących przepisów, a także uzasadnionych interesów Odwołującego. Wobec powyższego jest czynnością wadliwą i powinna zostać unieważniona. Wykonawca podniósł jednocześnie, że wątpliwości wzbudza także przyjęty przez Zamawiającego tryb prowadzenia Postępowania, tj. oparcie go na uregulowaniach Kodeksu cywilnego z całkowitym pominięciem przepisów Pzp. Zwrócił uwagę, że w świetle dotychczasowej praktyki Zamawiającego, istotne wątpliwości wzbudza przyjęty przez Zamawiającego tryb prowadzenia Postępowania, tj. oparcie go wyłącznie na uregulowaniach Kodeksu cywilnego z całkowitym pominięciem przepisów Pzp, pomimo, iż mamy do czynienia z postępowaniem o wartości przekraczającej tzw. progi unijne, tj. o wartości ponad 400.000 euro dla usług. Przyznał, że analiza struktury właścicielskiej Zamawiającego wskazuje, iż nie jest on podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp. Zgodnie bowiem z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej Zamawiającego, jest on spółką, w której akcje posiadają Electricité de France International S.A.S. - 46,07 %, EDF Investment II B.V. - 32,45 %, Elektrociepłownia

Wybrzeże S.A. - 18,82 % oraz osoby fizyczne - 2,66 %. Są to podmioty, które nie są zależne w jakikolwiek sposób od podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt l-3a Pzp, tj. polskich podmiotów publicznych. Z wyjątkiem osób fizycznych, wszyscy ww. akcjonariusze Zamawiającego są bowiem zależni pośrednio lub bezpośrednio od francuskiego Skarbu Państwa. Odwołujący zwrócił również uwagę, iż dotychczas Zamawiający stale prowadził postępowania o udzielenie zamówień publicznych na podstawie przepisów Pzp, co potwierdza dokumentacja licznych postępowań tego rodzaju dostępna na stronie internetowej Zamawiającego [www.polska.edf.com](http://www.polska.edf.com) w zakładce „Przetargi”. Tytułem przykładu wskazał na postępowanie o zamówienie sektorowe p.n. "Zaprojektowanie, wytworzenie, dostawa, montaż, testy i uruchomienie Systemu Kabli Podziemnych 400 kV na potrzeby projektu Ruda w Rybniku" (ogłoszenie w Dz. U. UE numer 2012/S 178-292671 z dnia 15 września 2012 roku) oraz na postępowanie o zamówienie sektorowe p.n. „Projekt, badania, zakupy, produkcja, transport, montaż, testy i rozruch Systemu Sterowania Cyfrowego, i związana z nim Długoterminowa Umowa Serwisowa na potrzeby projektu RUDA w Rybniku, Polska." (ogłoszenie w Dz. U. UE 11062012/2012), w których stosowano przepisy Pzp. Jego zdaniem, zamiana strategii i podstaw prawnych prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień przez Zamawiającego jest niezrozumiała i może naruszać uzasadnione interesy Odwołującego i innych potencjalnych wykonawców. Jego zdaniem (...) Wobec zasygnalizowanych powyżej wątpliwości, dla dokonania oceny prawidłowości przyjętej przez Zamawiającego strategii prowadzenia Postępowania, konieczne jest jednoznaczne wskazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, czy Zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp w prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówień czy też obowiązek taki na nim nie ciąży”. Dalej wykonawca podał, że (...) wbrew dyspozycji wynikającej z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający nie wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, postępowanie związane z badaniem ceny oferty składa się z dwóch etapów - w pierwszym Zamawiający stwierdza, czy cena oferty może uzasadniać przypuszczenie, że jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powzięcie wątpliwości w tym zakresie skutkuje po stronie Zamawiającego obowiązkiem wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

W konkluzji wykonawca ponownie podał, że (...) Zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej czym mógł również naruszyć art. 11 ust. 7 ustawy Pzp i w przypadku (...) gdyby Postępowanie było prowadzone w oparciu o

przepisy Pzp, mogłoby to wskazywać, iż prowadząc Postępowanie Zamawiający skorzystał ze szczególnych uregulowań zawartych w przepisie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, dotyczącym usług niepriorytetowych (usług prawnych). O ile jednak intencją Zamawiającego faktycznie nie było skorzystanie z tego przepisu, dokonanie przez niego wyboru oferty z rażącym naruszeniem Pzp oraz stwierdzenie przez Zamawiającego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania (brak prawidłowej weryfikacji wartości ceny ofertowej Odwołującego), jak również brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, daje podstawę do łącznego zastosowania art. 146 ust. 1 z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Oznacza to, że powyższe uchybienie Zamawiającego może stać się podstawą zarówno do unieważnienia Postępowania, jak również do unieważnienia ewentualnie zawartej umowy z wyłonionym wykonawcą. Z tego względu dokonanie przez Krajową Izbę Odwoławczą oceny prawidłowości sposobu prowadzenia i przyjętych podstaw prawnych Postępowania już na obecnym etapie, ma szczególnie istotne znaczenie”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie na podstawie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks Cywilny (Dz. U. 1964, Nr 16, poz. 93, ze zmianami) („Kodeks cywilny”) po stronie Zamawiającego - Wykonawca - CMS C.....M...K..... D..... G..... Spółka komandytowa („CMS Cameron McKenna”), Wniósł o odrzucenie odwołania, lub ewentualnie o jego oddalenie jako bezzasadnego. W uzasadnieniu podał, że CMS C..... M.....K..... posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego, ponieważ oferta złożona przez Przystępującego w ramach Postępowania została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Tymczasem Odwołanie zmierza do zmiany tego stanu. Stwierdził także, że (...) przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego składane jest wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności. Zamawiający zgodnie z prawem przeprowadził postępowanie przetargowe na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego i brak jest podstaw prawnych do wszczęcia postępowania odwoławczego uregulowanego w ustawie - Prawo zamówień publicznych. W szczególności podał, że (...) zamawiający udzielający zamówienia w celu wykonywania działalności sektorowej są zobowiązani do stosowania przepisów tej ustawy, jeżeli: a) działalność sektorowa jest prowadzona na podstawie praw szczególnych i wyłącznych (co zgodnie z powszechnie przyjętą interpretacją PZP w przypadku działalności prowadzonej przez Zamawiającego nie ma jednak miejsca), lub b) podlegają dominującemu wpływowi podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 3a PZP. Ponieważ nie zachodzi żaden z przypadków wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 2 - 3a PZP, potencjalnie jedyną przesłanką, z której można byłoby wywodzić obowiązek stosowania PZP przez Zamawiającego jest art. 3 ust. 1 pkt 1 PZP. Podkreślił, że

przedmiotem wywierającym dominujący wpływ na danego zamawiającego musi być jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, Ustawa o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 roku (Dz. U. 2009, Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.) w art. 9 wymienia podmioty tworzące sektor finansów publicznych, takie jak organy władzy publicznej (np., Sejm, Senat). W efekcie zamawiający kontrolowany przez podmiot publiczny z innego państwa (w niniejszym przypadku Skarb Państwa Republiki Francuskiej), nie podlega obowiązkowi stosowania polskiego prawa zamówień publicznych, gdyż taki wniosek stałby w sprzeczności z treścią, systematyką i celem ustawy o finansach publicznych. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający, jako jednostka, która nie jest kontrolowana przez podmioty wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a PZP, natomiast kontrolowana jest wyłącznie przez państwo francuskie, nie spełnia przesłanek z art. 3 ust. 1 pkt 4 PZP i nie jest zobowiązana do stosowania przepisów PZP. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie przetargowe na podstawie Kodeksu cywilnego”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że podobnie jak pozostałe spółki z grupy kapitałowej EDF w Polsce, nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp w prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówień. W konsekwencji Zamawiający wszczął i przeprowadził Postępowanie w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego, z uwzględnieniem przepisów Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. seria L 134, str. 1 i nast. ze zm.) („Dyrektywa”) oraz Dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. UE z 23 marca 1992 r., seria L 76, str. 14 i nast. ze zm.) („Dyrektywa odwoławcza”), a nie w oparciu o przepisy Pzp. Podał także, że Zamawiający prowadzi działalność w zakresie wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej, w oparciu o decyzję o udzieleniu koncesji wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, a zatem jest podmiotem prowadzącym tzw. działalność sektorową w rozumieniu Dyrektywy oraz Dyrektywy odwoławczej. Wskazał także, że Spółki Grupy EdF w Polsce kontrolowane są, pośrednio (za pośrednictwem spółki EdF International SAS) przez Electricite de France S.A. z siedzibą w Paryżu oraz, że Electricite de France S.A. jest w 84,4 % własnością francuskiego Skarbu Państwa. Okoliczność tę potwierdzają załączone skonsolidowane sprawozdanie finansowe Electricite de France za 2011 rok, w którym na stronie 56 (Nota 28.1) wskazano, iż w spółce tej 84,4% akcji posiada francuski Skarb Państwa oraz wydruk

ze strony internetowej Electricite de France S.A. obrazujący strukturę akcjonariatu tego podmiotu. Tym samym (...) Analiza struktury własnościowej wymienionych powyżej akcjonariuszy Zamawiającego prowadzi do następujących wniosków: Electricite de France International S.A.S. jest w 100 % własnością Electricite de France S.A., a zatem pośrednio francuskiego Skarbu Państwa (...). Z kolei EDF Wybrzeże S.A. jest w 99,75 % własnością Electricite de France International S.A.S., a zatem także pośrednio francuskiego Skarbu Państwa, a w 0,25 % osób fizycznych. Powyższa analiza jednoznacznie wskazuje, iż wszystkie opisane powyżej podmioty, będące akcjonariuszami Zamawiającego, są podmiotami, które nie są zależne w jakikolwiek sposób od podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 3a Pzp, tj. polskich podmiotów publicznych. Z wyjątkiem osób fizycznych, wszyscy ww. akcjonariusze Zamawiającego są, bowiem zależni pośrednio lub bezpośrednio od francuskiego Skarbu Państwa. W konkluzji stwierdził, że (...) Zamawiający nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, a zatem nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp. Powołał się również na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wynikające m.in. z pisma z dnia 27 września 2012 roku adresowanym do Prezesa Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych, gdzie wskazano, iż (...) zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, zakresem zastosowania tej ustawy są objęte poddane reżimowi prawa polskiego przedsiębiorstwa publiczne zależne od Państwa polskiego lub polskich podmiotów prawa publicznego albo przedsiębiorstwa prowadzące działalność sektorową na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych przyznanych przez państwo polskie". Jego zdaniem (...) przepis art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, w odniesieniu do zagadnienia związanego z kwalifikacją podmiotów wywierających dominujący wpływ na działalność sektorową, odwołuje się do podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 3a Pzp. Wobec powyższego, jeżeli podmiot prowadzący działalność sektorową nie podlega dominującemu wpływowi państwa lub podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 3a tej ustawy albo nie prowadzi takiej działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych przyznanych przez państwo polskie, wówczas nie są spełnione przesłanki pozwalające na zakwalifikowanie danego podmiotu do kategorii zamawiających sektorowych (art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp). Wskazał również na pismo Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 września 2012 roku adresowanym do wiceprezesa EDF Polska CUW Sp. z o.o., podkreślając, że (...) Zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp również ze względu na fakt, iż nie jest podmiotem prawa publicznego w rozumieniu (...) art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp gdyż nie posiada statusu podmiotu prawa publicznego. Podkreślił, że podmioty z grupy EDF w Polsce, w tym Zamawiający, są podmiotami, nad którymi żaden z podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 Pzp nie sprawuje jakiegokolwiek kontroli, ani w sposób bezpośredni, ani pośredni. W konkluzji stwierdził, że (...) Literalna wykładnia przepisów Pzp wskazuje, że podmioty z grupy EDF w Polsce nie podlegają nie tylko

dominującemu, ale wręcz jakimkolwiek bezpośredniemu lub pośredniemu wpływowi jednostek sektora finansów publicznych lub innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp lub podmiotów prawa publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i nie są podmiotami publicznymi w rozumieniu ustawy Pzp. W konsekwencji także z tego powodu, Zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp”. Zatem (...) Mając na względzie zaprezentowaną powyżej argumentację, odnoszącą się do aspektów podmiotowych, właścicielskich oraz podstaw prawnych prowadzenia działalności sektorowej przez spółki z grupy EDF w Polsce, w tym Zamawiającego, należy stwierdzić, iż podmioty te nie są zobowiązane do stosowania przepisów Pzp w prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówień. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo wszczął i przeprowadził Postępowanie w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego, z uwzględnieniem uregulowań Dyrektywy i Dyrektywy odwoławczej”.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 oraz w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba wykonawca zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oparł na naruszeniu art. 3 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba uwzględniała przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie, z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu i tylko tych zarzutów, które zostały podniesione w terminie określonym art. 182 ustawy Pzp. Ustalenie wartości zamówienia w odwołaniu nie zostało zakwestionowane i jak wynika z pkt I.2 Zaprośzenia do wzięcia udziału w postępowaniu ofertowym Zamawiający stwierdził, że wartość ta została oszacowana na kwotę nie mniejszą niż 400.000 euro. Tym samym w odniesieniu do podnoszonego zarzutu naruszenia art. 3 ust.1 pkt 4 zastosowanie ma pkt 1 ust. 3 wskazanego art. 182 ustawy Pzp. Zgodnie z ustaleniami Izby, Zaprośzenie do udziału w przetargu „na świadczenie pełnej obsługi prawnej w zakresie realizowanej inwestycji obejmującej budowę nowego Nadkrytycznego Bloku Węglowego o mocy 900 MW w Elektrowni” zostało skierowane w dniu 25 października 2012 r. W tym Zaprośzeniu, jako podstawę przetargu wskazano przepisy Kodeksu cywilnego. Także w tej dacie, tak jak wskazuje sposób doboru uczestników przetargu, wykonawca powziął informację o prowadzeniu procedury wyboru wykonawcy bez zastosowania ustawy Pzp. Tym samym zarzut braku publikacji Ogłoszenia o zamówieniu, a zatem naruszenia art.



11 ust.7 ustawy Pzp oraz zarzut prowadzenia postępowania z naruszeniem art. 3 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp są spóźnione i nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w związku z odpowiednim zastosowaniem art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Analogiczne uregulowanie, – co potwierdza orzecznictwo KIO – ma zastosowanie także w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu z uchybieniem wymaganego ustawą terminu. Z uwagi, że przepisy Pzp nie przewidują odrzucenia odwołania w części, to z tego względu takie zarzuty Izba pozostawia bez rozpoznania. Na marginesie Izba wskazuje, że zarzut naruszenia wskazanych przepisów –prowadzenie przetargu na uregulowaniach Kodeksu cywilnego z całkowitym pominięciem przepisów Pzp - Odwołujący oparł tylko na wątpliwościach z uwagi na dotychczas prowadzone postępowania na podstawie ustawy Pzp, przyznając jednocześnie, (...) że analiza struktury właścicielskiej Zamawiającego wskazuje, iż nie jest on podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, a zatem nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp. W tym przypadku rozpoznając zarzuty podnoszone w terminie w odwołaniu – jak już wskazano – Izba musi mieć na względzie także wytyczne z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a nie wątpliwości, a takie dowody nie zostały podniesione. Wobec powyższych ustaleń, także w pozostałym zakresie dotyczącym naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu, albowiem w tym postępowaniu, Zamawiający, zapraszając wykonawcę rozstrzygnął definitywnie o braku zastosowania przepisów ustawy Pzp i ta okoliczność z upływem terminu do wniesienia odwołania uprawomocniła się. Izba na tym etapie postępowania – w okolicznościach niniejszej sprawy - nie jest uprawniona w toku posiedzenia do prowadzenia postępowania dowodowego, celem ustalenia, czy decyzja Zamawiającego jest trafna, co do zastosowania dla wyboru wykonawcy wskazanej usługi przepisów Kodeksu cywilnego, w miejsce przepisów ustawy Pzp. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że zdaniem Izby mając na uwadze art. 32 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych brak jest podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego wyrażonego w toku posiedzenia, (...) że udzielona usługa to usługa niepriorytetowa, a zatem [oprócz sporządzania specyfikacji technicznej] (...) spółka zobowiązana była tylko do szacowania przedmiotu zamówienia należycie oraz do stosownego powiadomienia o udzieleniu zamówienia”.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, postanawiając o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust.1 pkt 1 ustawy, uwzględniając jednocześnie pkt 3 ust.1 tego artykułu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....