

POSTANOWIENIE
z dnia 8 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Małgorzata Stręciwilk
Marek Szafraniec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 8 stycznia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2012 roku przez **D..... Z..... P..... spółkę komandytową w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **EDF Rybnik Spółkę Akcyjną w Warszawie**

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża D..... Z..... P..... spółkę komandytową w Warszawie i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D..... Z..... P..... spółkę komandytową w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – EDF Rybnik SA w Rybniku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie „Pełnej obsługi pranej projektu połączenia spółek z Grupy EDF w Polsce”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U z 1964 roku Nr 16, poz. 93 ze zmianami) oraz z poszanowaniem zasad udzielania zamówień wynikających z Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 roku seria L 134, str. 1 i nast. ze zm.) 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 roku, seria L, str. 14 i nast. ze zm.).

W dniu 18 grudnia 2012 roku wykonawca D..... Z..... P..... sp.k. (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec treści opublikowanego przez zamawiającego zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu na świadczenie pełnej obsługi prawnej projektu połączenia spółek z Grupy EDF w Polsce oraz czynności wszczęcia postępowania w oparciu o jego treść.

Zaskarżonej treści zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu oraz czynności wszczęcia postępowania w oparciu o zaproszenie, odwołujący się zarzucił naruszenie:

1. art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku –Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez wszczęcie postępowania w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego, a nie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, pomimo, iż zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów Pzp przy udzielaniu zamówień,

2. art. 36 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie w treści zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu wszystkich elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymaganych ww. przepisami,

3. art. 11 ust. 7 Pzp, poprzez brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. stosowania przepisów ustawy Pzp w postępowaniu, gdyż zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

2. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

W przypadku nieuwzględnienia przez Izbę powyższego wniosku o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, fakultatywnie odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. stosowania przepisów Pzp w postępowaniu, gdyż zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp,

2. dokonania publikacji ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zgodnie z art. 11 ust. 7 Pzp,

3. dokonania publikacji SIWZ obowiązującej w postępowaniu zawierającej wszelkie elementy wymagane treścią art. 36 ust. 1 i 2 Pzp,

4. wyznaczenie terminu składania ofert w postępowaniu uwzględniającego publikację ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ zgodnych z wskazanymi powyżej przepisami Pzp oraz czas niezbędny do przygotowania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Zamawiający prowadzi działalność w zakresie wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej, na podstawie decyzji o udzieleniu koncesji wydanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Jest zatem podmiotem prowadzącym działalność sektorową w rozumieniu wskazanych wyżej Dyrektyw.

Poza sporem jest, iż wszystkie spółki Grupy EDF, w tym również zamawiający, są kontrolowane pośrednio (za pośrednictwem spółki EDF International SAS) przez Electricite de France SA z siedzibą w Paryżu. Electricite de France SA jest w 84,4% własnością francuskiego Skarbu Państwa. Oznacza to, że zamawiający nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem nie jest objęta zakresem podmiotowym Pzp i nie stosuje się jej przepisów w celu wyboru wykonawcy w zamówieniu publicznym.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zakresem podmiotowym ustawy Pzp 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. Wynika to bezpośrednio z treści art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który w odniesieniu do określenia kręgu podmiotów wywierających dominujący wpływ, wskazuje wprost podmioty wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Wobec powyższego, jeżeli podmiot prowadzący działalność sektorową nie podlega dominującemu wpływowi podmiotu lub podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp 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 ustawy Pzp).

Odwołujący się nie wykonuje działalności sektorowej w oparciu o prawa szczególne lub wyłączne. Odwołujący się wykonuje działalność na podstawie koncesji udzielonej na podstawie obiektywnych, proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych kryteriów, co nie stanowi udzielenia praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 3 ust. 2 ustawy Pzp.

Z załączonych do odpowiedzi na odwołanie pism Urzędu Zamówień Publicznych z 27 września 2012 roku wynika, że podmioty prowadzące na terytorium państwa polskiego

działalność sektorową, utworzone zgodnie z polskim prawem i poddane reżimowi tego prawa, mogą pozostawać w stosunku zależności od innych Państw Członkowskich. Uznanie kwalifikacji podmiotów prowadzących działalność sektorową poddanych zależności innych Państw Członkowskich lub podmiotów prawa publicznego utworzonych przez te państwa, oznacza objęcie ich przepisami dyrektywy 2004/17/WE. W konsekwencji wydaje się, że podmioty te są zobowiązane do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z przepisami ww. dyrektywy, a więc że posiadają status podmiotów zamawiających. Niemniej jednak ustawa Pzp nie objęła swoim zakresem tego rodzaju podmiotów, jak zamawiający w niniejszym postępowaniu, brak jest zatem podstawy prawnej do stosowania przez niego przepisów ustawy. I

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

.....
.....
.....