

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Daniel Konicz
Izabela Kuciak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **12 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **30 marca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **E.S. S.A z siedzibą w K.** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach administracyjnych miasta Gorzowa Wlkp. w okresie od 01 sierpnia 2017 r. do 31 lipca 2021 r.* prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gorzów Wielkopolski**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, E.S. S.A z siedzibą w K., i:

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego, E.S. S.A z siedzibą w K.**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **odwołującego, E.S. S.A z siedzibą w K.**, na rzecz **zamawiającego, Miasta Gorzów Wielkopolski**, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

1

Sygn. akt KIO 625/17

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Sygn. akt KIO 625/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski – wszczął na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach administracyjnych miasta Gorzowa Wlkp. w okresie od 01 sierpnia 2017 r. do 31 lipca 2021 r.*

20 marca 2017 r. Zamawiający zamieścił na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji publicznej {www.bip.wrotalubuskie.pl/umgorzow/} informację o zamiarze zawarcia umowy z l.

R. sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim {dalej również: „I. R.”}. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

30 marca 2017 r. Odwołujący – E.S. S.A. z siedzibą w K. – wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano oznaczeń innych aktów prawnych) {lista zarzutów}:

1. Art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 11 pkt 5 oraz art. 10 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE {dalej również: „dyrektywa zamówieniowa”, „dyrektywa 2014/24” lub „dyrektywa”} – przez zastosowanie trybu z wolnej ręki, w sytuacji gdy Zamawiający nie wykazał, że zachodzą przesłanki do skorzystania z tego trybu, w szczególności gdy tryb ten w tym przypadku narusza naczelne zasady udzielania zamówień, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji.
2. Art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a – polegające na tym, że Zamawiający nie sprawuje nad I. sp. z o.o. {dalej również: „I.”} oraz nad I. R. sp. z o.o. kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na wywieraniu przez Zamawiającego decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje I. sp. z o.o. oraz I. R. sp. z o.o.
3. Art. 68 ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 – przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz niedający

3

Sygn. akt KIO 625/17

możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

4. Art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej również: „k.c.” lub „kc”} – polegające na obejściu przez Zamawiającego prawa w zakresie udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, tj. udzielenie zamówienia spółce związanej jedynie w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, w sytuacji gdy istniejąca spółka należąca do Zamawiającego sama nie mogła spełnić przesłanek do uzyskania zamówienia w opisanym trybie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący ponadto sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący skonstatował, że w ustawie pzp zamówienia zamówienia *in-house* udzielane są w trybie z wolnej ręki, odmiennie niż w dyrektywie, która – w razie spełnienia wszystkich warunków określonych w art. 12 ust. 1 – nie obejmuje ich swoim zakresem zastosowania. Odwołujący ocenił, że taka implementacja dyrektywy do krajowego porządku prawnego jest zbyt wąska i niepełna, co nie zwalnia z obowiązku przeprowadzenia tzw. prounijnej wykładni przepisów krajowych.

Odwołujący zacytował zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z 31 marca 2016 r. (sygn. akt II GSK 2371/14): *Skoro tryby udzielania zamówień publicznych, wymienione w art. 10 ust. 2 p.z.p. (zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie) mają charakter wyjątkowy, to nie tylko powinny być interpretowane ściśle przesłanki ich zastosowania, ale i na korzystającym z tych trybów ciąży obowiązek wykazania, że musiał je zastosować zamiast trybów podstawowych (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., według którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej).*

Odwołujący wywiódł, że wobec tego do zamówień *in-house* stosuje się wszystkie

zasady przewidziane dla zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 10 pzp), w tym te wynikające z dyrektyw. A prounijna wykładnia przepisów krajowych nakazuje zamawiającemu wykazanie, że wyjątkowe okoliczności zmusiły go do wybrania trybu z wolnej ręki zamiast

4

Sygn. akt KIO 625/17

procedury konkurencyjnej, który to obowiązek ma oddzielny i pierwotny charakter względem uzasadnienia wyboru trybu *in-house*. Skoro ustawodawca krajowy nie przesądził o treści obligatoryjnego uzasadnienia wyboru trybu, nie można z góry przyjąć, że samo oświadczenie o spełnianiu przesłanek wynikających z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp jest wystarczające. Zamawiający powinien uprzednio przeprowadzić analizę rynku, na który wpłynie udzielenie zamówienia, w celu ustalenia, czy sytuacja na tym rynku uprawnia do zastosowania wyjątkowej procedury zamówienia *in-house*.

Odwołujący przytoczył treść art. 18 ust. 1 dyrektywy z podkreśleniem zdania: *Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców*. Ponadto podniósł, że z motywów dyrektywy zamówieniowej wynika, że:

- udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich musi być zgodne m.in. z zasadą równego traktowania, zasadą niedyskryminacji, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości, a krajowy ustawodawca powinien zagwarantować, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję;
- przepisy dot. zamówień publicznych mają zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw.

Odwołujący powołał się również na orzecznictwo, zgodnie z którym: *główny cel zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, to jest swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, oznacza obowiązek stosowania zasad dotyczących postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych przewidzianych przez właściwe dyrektywy, jeżeli instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, zamierza zawrzeć z innym prawnie odrębnym podmiotem pisemną odpłatną umowę, niezależnie od tego, czy podmiot ten jest sam instytucją zamawiającą czy nie. (...) Każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega ścisłej wykładni* {wyrok TSUE w sprawie C- 553/15}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wbrew art. 18 ust. 1 dyrektywy sztucznie zawężił konkurencję. Pomimo że na rynku funkcjonują podmioty, które są w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie, i nie zachodzi konieczność wszczęcia procedury z wolnej ręki, Zamawiający całkowicie uniemożliwił ubieganie się o udzielenie zamówienia wszystkim wykonawcom poza I. R.. Samo przywołanie przez Zamawiającego w informacji przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp nie może wyczerpać obowiązku badania dopuszczalności skorzystania z instytucji *in-house*, który wynika z przywołanych wyżej naczelných zasad udzielania zamówień pzp.

5

Sygn. akt KIO 625/17

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że nie została spełniona przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a pzp, gdyż Zamawiający nie sprawuje zarówno nad spółką I., jak i I. R. kontroli analogicznej do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, gdyż nie posiada żadnej skutecznej możliwości wydawania wiążących wytycznych (poleceń), którym muszą być podporządkowane cele strategiczne i istotne decyzje zarządów tych spółek. Z informacji zamieszczonej przez Zamawiającego w ogóle nie wynika, jaka kontrola jest przez niego sprawowana nad I. R.. Samo przedstawienie stosunków kapitałowych (struktury własnościowej) nie potwierdza automatycznie, że kontrola ta spełnia opisane wymogi, gdyż nie da się wywieść poziomu kontroli nad podmiotem. A umowy tych spółek wskazują, że kontrola ta nie odbiega od określonej w ustawie z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. 2016 poz. 1578 ze zm.) {dalej również: „ksh”} kontroli sprawowanej przez wspólników spółek komercyjnych.

Odwołujący wskazał, że zakład budżetowy (jako przykład jednostki organizacyjnej gminy, nad którą gmina sprawuje kontrolę zgodnie z dyrektywami unijnymi) wszelką działalność prowadzi w imieniu i na rachunek gminy, w zakresie udzielonych przez gminę pełnomocnictw. Gmina sprawuje całkowitą kontrolę nad działalnością takiego zakładu.

Według utrwalonego orzecznictwa „analogiczna kontrola” istnieje, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje. Chodzi o możliwość przesadzającego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej jednostki (www. wyroki: w sprawie Parking Brixen, pkt 65; w sprawie Coditel Brabant, pkt 28; w sprawie Sea, pkt 65). Innymi słowy, instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką (www. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 26). Trybunał wymaga również, aby kontrola była skuteczna (www. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 46) (wyrok TSUE w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 - ASPERM).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzeczeniem TSUE z 11 marca 2006 r. w sprawie Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA (C 340/04), jeśli statuty spółek przyznają zarządowi każdej z tych spółek pełne kompetencje do prowadzenia spraw z zakresu zwykłych czynności spółki, jak i spraw przekraczających ten zakres i nie zastrzegają na rzecz gminy szczególnego prawa głosu w celu ograniczenia swobody działania przyznanej zarządom spółek, to kontrola sprawowana przez gminę nad spółkami sprowadza się zasadniczo do swobody, jaką prawo spółek przyznaje większości akcjonariuszy, co w sposób znaczący ogranicza jej możliwości wywierania wpływu na

6

Sygn. akt KIO 625/17

podejmowane przez nie decyzje. Ponadto według TSUE ewentualny wpływ gminy na decyzje spółki, wywierany za pośrednictwem innej spółki, może osłabiać jakąkolwiek kontrolę sprawowaną przez instytucję zamawiającą nad spółką, która ma świadczyć usługi w ramach *in-house* jedynie z tytułu pośredniego posiadania części jej kapitału zakładowego.

Z kolei w sprawie C-573/07 Sea Srl przeciwko Commune di Ponte Nossa (wyrok z 10 września 2009 r.) Trybunał wskazał, jakiego rodzaju mechanizmy mogą wskazywać na analogiczną kontrolę gminy wobec spółki do ko kontroli sprawowanej przez gminę nad jej własnymi służbami:

81 (...) *Chodzi w szczególności o zapewnienie wzmocnionej kontroli poprzez, po pierwsze, połączony komitet, a po drugie, komitet techniczny dla każdego działu odpowiedzialnego za różne działalności spółki Setco.*

82 *Jak wynika art. 8b i 8c rzeczonego statutu, połączony komitet i komitety techniczne składają się z przedstawicieli będących współnikami samorządów. Każdy z tych samorządów ma jeden głos w ramach tych komitetów, niezależnie od wielkości samorządu czy posiadanych przezeń akcji.*

83 *Ponadto art. 8a-8c statutu Setco przyznaje połączonemu komitetowi i komitetom technicznym szerokie uprawnienia kontrolne i decyzyjne.*

84 *Równocześnie art. 14 statutu Setco ogranicza uprawnienia walnego zgromadzenia zobowiązując je do uwzględnienia wytycznych i ewentualnych instrukcji wydanych przez rzeczony komitety oraz wymagając pozytywnej opinii połączonego komitetu przed wydaniem zgody przez walne zgromadzenie na wykonanie pewnych czynności przez zarządzających spółką.*

85 *Także art. 16 statutu Setco ogranicza autonomię decyzyjną zarządu zobowiązując go do poszanowania uprawnień zastrzeżonych rzeczonym komitetom i podporządkowując /ego decyzje wytycznym przez nie wydanym.*

86 *Uwzględniając ustanowiony zakres uprawnień kontrolnych i decyzyjnych przyznanych komitetom oraz okoliczność, że komitety te składają się z delegatów samorządów będących akcjonariuszami, przepisy statutowe, takie będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym przepisy spółki, której udzielono zamówienia, należy uznać za umożliwiające samorządom będącym współnikami, sprawowanie, za pośrednictwem tych komitetów, decydującego wpływu zarówno na strategiczne cele jak i na istotne decyzje tej spółki.*

87 *Sąd krajowy uważa jednakże, iż art. 8a-8c statutu Setco, w zakres w jakim dotyczy połączonego komitetu i komitetów technicznych, są podobne do umów akcjonariuszy objętych art. 2341a włoskiego kodeksu cywilnego. Wywodzi on z tego, że kontrola*

Sygn. akt KIO 625/17

służbami, przewidziana przez mechanizm rzeczonych komitetów, może być nie mieć zastosowania.

Odwołujący zauważył, że istotne decyzje spółki nie są również tożsame ze sprawami spółki przekraczającymi zwykły zarząd. „Istotne decyzje osoby prawnej” to pojęcie prawa unijnego, które obejmuje szerszy katalog niż czynności przekraczające zwykły zarząd w rozumieniu ksh, skoro mają potwierdzać, że zakres kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą nad osobą prawną odpowiada tej sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi.

Odwołujący powołał się na stanowisko prezentowane w doktrynie, że zakres zwykłych czynności spółki należy ustalić z uwzględnieniem czynników obiektywnych (zewnętrznych), jak i subiektywnych (wewnętrznych). Te pierwsze odwołują się do różnego rodzaju uwarunkowań kształtujących tło działania spółki, jak np. wskaźniki ekonomiczne, sytuacja na rynku. Z tego punktu widzenia czynnością obiektywnie nieprzekraczającą zwykły zarząd będzie np. decyzja o zatrudnieniu szeregowego pracownika, a przekraczającą zwykły zarząd będzie np. decyzja o ustaleniu ceny za realizację wielomilionowego zamówienia. Do spraw przekraczających zakres zwykłych czynności należy zaliczyć wszelkie sprawy nietypowe, wyjątkowe, o znacznym ciężarze gatunkowym. Czynniki subiektywne są natomiast ściśle związane z bytem danej spółki – jej charakterem, zakresem i skalą prowadzonej działalności, kondycją finansową, liczbą wspólników itp. Ta sama czynność, np. decyzja o wyborze maszyny do produkcji (nie jej zakup, który mieści się już w sferze reprezentacji), w przypadku jednej spółki stanowi czynność zwykłego zarządu, a w przypadku innej spółki jest czynnością przekraczającą ten zakres. O ostatecznym charakterze czynności tego typu zdecyduje zaś взгляд na indywidualne właściwości danej spółki i znaczenie danej czynności dla całokształtu spraw w spółce {por. M. Rodzyńkiewicz, Komentarz do art. 208 KSH, LexPolonica 2014; J.P. Naworski, komentarz do art. 202, [w:] Potrzeszcz, Siemiątkowski, Komentarz KSH, LexPolonica 2014; tak Kidyba, Komentarz sp. z o.o., 2009; K. Kruczałak, Komentarz do art. 205 KSH, LexPolonica 2014; R. Pabis, [w:] Bieniak i in., Komentarz KSH, 2012, s. 804}.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ I. R. jest spółką z kapitałem zakładowym 5000 zł, bez żadnego własnego majątku, zasobów, personelu (poza członkami organów), niemal każda decyzja przekraczać będzie zwykły zarząd spółki i niemal każda decyzja przewyższająca kilkukrotnie zobowiązania powyżej 5000 zł będzie tym samym istotna dla spółki. W takich sprawach Zamawiający powinien mieć decydujący wpływ na spółkę I. R.. Tym niemniej taka decyzja w spółce I. nie będzie już wymagała uchwały wspólników lub zgody jej rady nadzorczej. Przy czym nawet w sprawach przekraczających zwykły zarząd w

Sygn. akt KIO 625/17

obu spółkach niemal wszystkie decyzje odnośnie tego rodzaju czynności podejmuje samodzielnie zarząd.

Odwołujący skonstatował, że z przepisów ksh wynika, co następuje;

- Zgodnie z art. 201 zarząd spółki z o.o. prowadzi sprawy spółki i reprezentuje ją na zewnątrz. Żaden inny organ nie ma uprawnień do tego, aby ograniczyć zarząd spółki w określaniu wszystkich celów strategicznych, jak i w podejmowaniu wszystkich istotnych decyzji spółki.
- Wspólnik i rada nadzorcza w spółce z o.o. mają ograniczone uprawnienia w zakresie wpływu na cele strategiczne spółki, jak i na istotne decyzje spółki. Zgodnie z art. 212 wspólnikowi służy ogólne prawo kontroli. Ponadto zarząd może odmówić wspólnikowi wyjaśnień oraz udostępnienia do wglądu ksiąg i dokumentów spółki, jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że wspólnik wykorzysta je w celach sprzecznych z interesem spółki i przez to wyrządzi spółce znaczną szkodę.
- Zgodnie z art. 219 rada nadzorcza sprawuje głównie nadzór nad działalnością spółki i stosownie do § 2 tego artykułu nie ma prawa wydawania zarządowi wiążących poleceń

dotyczących prowadzenia spraw spółki.

– Wprawdzie umowa spółki zgodnie z art. 220 może rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, ale konieczność uzyskania zgody rady nadzorczej może dotyczyć oznaczonych czynności (a nie wszystkich istotnych decyzji). Podobnie zawieszenie przez radę członka zarządu może dotyczyć wyłącznie ważnych powodów, a nie oceny przez członków rady, że należy w danej istotnej sprawie podjąć inną decyzję.

Odwołujący stwierdził, że:

– Zgodnie z treścią umów spółek I. oraz I. R. rady nadzorcze w tych spółkach nie mają wpływu i nie wywierają decydującego wpływu na cele strategiczne oraz wszystkie istotne decyzje w tych spółkach.

– Zgodnie z ksh zgromadzenie wspólników może podejmować uchwały dotyczące kilku istotnych decyzji w spółce, a umowa spółki może ten katalog rozszerzyć. Jak wskazuje treść umów spółek I. oraz I. R., katalog ten nie obejmuje możliwości wywierania decydującego wpływu na cele strategiczne i na wszystkie istotne decyzje, lecz jedynie bardzo ograniczoną liczbę tych decyzji.

Odwołujący podsumował, co następuje:

– Niezależnie od wpływu organów korporacyjnych na kilka istotnych decyzji w spółkach, Zamawiający za pośrednictwem I. nie kontroluje skutecznie I. R., a model przyjęty dla tej ostatniej spółki całkowicie odbiega od skutecznych mechanizmów kontrolnych przewidzianych wobec spółki Setco w orzeczeniu w sprawie Seo Srl.

Sygn. akt KIO 625/17

– Zamawiający nie ma możliwości skutecznie wpłynąć na istotne decyzje zarządu spółki I. R. i w konsekwencji na istotne decyzje zarządu spółki I.. Kontrola jest bardzo ograniczona, a ponadto przechodzi przez tak wiele szczebli (organów spółek), że realny wpływ Zamawiającego na cele strategiczne i istotne decyzje podejmowane przez zarząd I. R. jest znikomy.

– Ustalanie budżetu stanowi o wyznaczeniu celów strategicznych spółki oraz o wpływie na istotne decyzje dotyczące działalności spółki. Zamawiający (w tym przez zgromadzenie wspólników, jak i radę nadzorczą I.) nie ma żadnego realnego wpływu na jego określenie przez zarząd w spółce I. (§ 11 i 12 umowy spółki innego). Zamawiający nie ma również żadnego wpływu na ustalenie budżetu w spółce I. R. (§ 14 i 17 umowy spółki I. R.).

– Mając na uwadze treść ww. umów spółek, które nie zawierają postanowienia, że przedstawiciele Zamawiającego mają prawo wywrzeć decydujący wpływ na wszystkie cele strategiczne i istotne decyzje zarówno I., jak i I. R., należy uznać, że kontrola sprawowana przez Zamawiającego w tych spółkach jest pozorna.

– Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że ani Zamawiający, ani I. nie posiada nad I. R. skutecznej kontroli strukturalnej i funkcjonalnej w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp oraz odnoszącego się do kryteriów *in-house* orzecznictwa.

Na końcu Odwołujący zwrócił uwagę, że Polski ustawodawca wraz z dopuszczeniem w określonych przypadkach udzielenia zamówienia w trybie *in-house* nie wprowadził w ksh odnośnie spółek mających realizować zamówienia w tym systemie odmiennego mechanizmu kontroli niż standardowo przewidziany dla komercyjnych spółek handlowych. Stąd pozostaje otwartą kwestia, czy oparcie uprawnień kontrolnych i decyzyjnych wspólnika i jego przedstawicieli w radzie nadzorczej sp. z o.o. wyłącznie na dopuszczalnym przez ksh poziomie zapewnia możliwości wdrożenia takiej kontroli, jakiej wymaga art. 67 ust. 1 pkt 12 a) pzp w zw. z art. 12 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że warunki postawione w postępowaniu nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nie umożliwiają oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Po pierwsze – gdyż Zamawiający nie postawił żadnego warunku dotyczącego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy. W przeciwieństwie do analogicznego postępowania z terminem wykonania zamówienia od 1 października 2016 r.

Sygn. akt KIO 625/17

do 21 maja 2017 r., gdzie określił minimalne warunki dotyczące doświadczenia (co najmniej jedna usługa dotycząca utrzymania czystości i przejezdności dróg na terenie miasta w okresie zimowym, o wartości nie niższej niż 300.000 zł średniomiesięcznie brutto, z tym że okres realizacji usługi nie może być krótszy niż 4 miesiące). A aktualnie prowadzone postępowanie obejmuje aż 4 okresy zimowe.

Po drugie – gdyż warunek posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 1 mln zł, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz okresu trwania umowy. Ponieważ takiej kwoty Zamawiający wymagał w odniesieniu do 1 sezonu, w odniesieniu do 4 sezonów wymóg powinien być proporcjonalnie wyższy.

Odwołujący podsumował, że utworzona *ad hoc*, wyłącznie na potrzeby tego postępowania spółka I. R. nie została poddana nawet próbie obowiązkowej weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający jako podmiot publiczny jest zobowiązany do działania na podstawie i w granicach prawa. Jednocześnie wszczęcie postępowania jest czynnością prawną, która tworzy po stronie Zamawiającego zobowiązanie. Jednocześnie postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny, jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, sądów powszechnych i sądów administracyjnych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 58 § 1 kc czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. *Komentowany przepis na równi z czynnościami prawnymi sprzecznymi z ustawą traktuje czynności prawne mające na celu obejście ustawy (dokonane in fraudem legis). Przez czynność dokonaną in fraudem legis rozumie się taką czynność, która wprowadza nie jest objęta zakazem prawnym, ale zostaje przedsięwzięta dla osiągnięcia skutku zakazanego przez prawo. Z punktu widzenia formalnego umowa taka ma cechy niesprzeciwiające się ustawie, gdyż jej treść nie zawiera elementów wprost zabronionych przez prawo. Natomiast faktycznie (w znaczeniu materialnym) czynność taka służy realizacji celu zabronionego przez ustawę (zob. wyr. SN z dnia 25 lutego 2004 r., II CK 34103, Lex nr 174159; wyr. WSA w Szczecinie z dnia 15 grudnia 2004 r., SA/Sz 1108/03, Lex nr 258567; wyr. SA w Lublinie z dnia 31 stycznia 2006 r., III AUa 1879/05, OSA 2008, z.3, poz. 7; wyr. SN z dnia 23 lutego 2006 r., II CSK 101/05, Lex nr 180197). Ustalenie, że umowa zmierza do obejścia prawa, wymaga poczynienia konkretnych ustaleń faktycznych dotyczących okoliczności jej zawarcia, celu, jaki strony zamierzały osiągnąć, a także wszystkich koniecznych elementów konstrukcyjnych stosunku*

11

Sygn. akt KIO 625/17

prawnego (post. SN z dnia 20 stycznia 2010 r., IIUK 264/09, Lex nr 960475) {A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II, WKP 2012}

Odwołujący dodał, że judykaturze sformułowano pogląd, że o czynności prawnej sprzecznej z ustawą lub mającej na celu obejście ustawy można mówić tylko wtedy, gdy czynność taka pozwala na uniknięcie zakazów, nakazów lub obciążeń wynikających z przepisu ustawy i tylko z takim zamiarem została dokonana (wyrok SN z dnia 1 czerwca 2010 r., II UK 34/10). W wyroku z 5 lipca 2012 r. (sygn. akt I UK 101/12) Sąd Najwyższy stwierdził, że *czynność prawna mająca na celu obejście ustawy polega na takim ukształtowaniu jej treści, które z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane*.

Odwołujący wywiódł, że dla ważności umowy o zamówienie publiczne istotne znaczenie ma więc również cel zawarcia takiej umowy, który w szczególności nie może sprzeciwiać się ustawie czy prowadzić do obejścia jej stosowania, zgodnie z art. 58 kc.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dopuścił się obejścia przepisów pzp. Ponieważ Zamawiający nie mógł udzielić zamówienia *in-house* spółce I., o kapitale zakładowym 17.947.000 zł, która w 100% do niego należy, realizuje zadania własne gminy od 2004 r. i ma

w przedmiocie działalności także usuwanie odpadów, wobec niespełnienia przesłanki dotyczącej przychodu z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b), podjął decyzję o utworzeniu nowego podmiotu – spółki I. R., która w innym razie w ogóle nie powstałaby. Zdaniem Odwołującego cała ta konstrukcja ma charakter sztuczny, gdyż utworzenie w lutym 2017 r. podmiotu z kapitałem zakładowym 5.000 zł miało na celu wyłącznie osiągnięcie przez Zamawiającego korzyści w postaci możliwości udzielenia I. R. przedmiotowego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, w sytuacji gdy art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp zakazywał udzielenia tego zamówienia spółce I..

Ponadto Odwołujący zarzucił, że niezgodnie z celem art. 12 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej, Zamawiający dopuścił do sytuacji, w której nowo powstała spółka I. R. – nieposiadająca odpowiedniego majątku, środków trwałych, doświadczenia, personelu i w dodatku niegwarantująca prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia – uzyskała zamówienie będąc *de iure* fasadą spółki I.. Realizując przedmiotowe zamówienie, spółka I. będzie korzystała z zasobów udostępnionych jej przez I., co faktycznie będzie sprowadzało się do tego, że zamówienie będzie wykonywane przez podmiot, który nie spełnia wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. Taka sytuacja w ogóle nie jest zamiarem prawodawcy unijnego i krajowego, stoi w sprzeczności z regulacją *in-house*.

12

Sygn. akt KIO 625/17

11 kwietnia 2017 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie {z 8 kwietnia 2017 r.}, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko

Zdaniem Zamawiającego w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, które podał w informacji zamieszczonej na stronie podmiotowej BIP, wykazał spełnienie przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, gdyż podał, że:

1. Zamawiający sprawuje nad I. R. kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez Zamawiającego w taki sam sposób.
Miasto Gorzów Wlkp. (Zamawiający) posiada 100% udziałów w spółce I., która z kolei w I. R. ze 100 równych udziałów posiada 99, a 1 udział posiada inna spółka zależna od I. – „E.” sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim {dalej również: „E.”}.
2. Ponad 90% działalności I. dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Miasto Gorzów Wielkopolski (Zamawiającego) sprawującego kontrolę lub przez I., nad którą Zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w pkt 1.
I. R. działa na podstawie umowy (statutu) sporządzonej w formie aktu notarialnego 10 lutego 2017 r. Repertorium A nr 825/2017 2 i została wpisana do rejestru przedsiębiorców w KRS pod numerem 0000667717 09.03.2017 r. Podstawowym przedmiotem działalności spółki, wynikającym z umowy spółki jest całoroczne utrzymanie dróg oraz chodników na terenie Miasta Gorzowa Wlkp. Wykazane w prognozie finansowej przychody netto w latach 2017-2020 dotyczą w całości wykonywania zadań na rzecz Miasta Gorzowa Wlkp., czyli Zamawiającego.
3. W spółce I. R. nie ma kapitału prywatnego.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Zamawiający podniósł, że żaden przepis pzp, jak i dyrektywy zamówieniowej nie nakłada na zamawiającego, który planuje udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, obowiązku wykazania, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób niż odwołujący się do przesłanek wymaganych w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp dla zastosowania tej podstawy prawnej.

13

Sygn. akt KIO 625/17

Zamawiający oświadczył, że w pełni podziela w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w podobnej sprawie toczącej pod sygn. akt KIO 96/17 zajęła stanowisko, że ustawa pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie art. 12 dyrektywy zamówieniowej) nie przewidują obowiązku przeprowadzenia analizy, na którą wskazywał odwołujący (podobnie jak Odwołujący w tym postępowaniu).

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że implementacja dyrektywy zamówieniowej okazała się zbyt wąska i niepełna.

Zamawiający podniósł, że regulacje ustawy pzp, zawarte m.in. w kwestionowanym art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz w ust. 9 i 11, są konsekwencją wdrożenia przepisów dyrektywy zamówieniowej do polskiego systemu prawnego. W początkowej fazie prac nad projektem nowelizacji ustawy pzp zaproponowano odwzorowanie postanowień dyrektywy w zakresie instytucji *in-house*, która w art. 12 stanowi, że te zamówienia udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy. W toku dyskusji nad projektem w drodze kompromisu przyjęto wersję zaproponowaną w rządowym projekcie ustawy z 24 marca 2016 r. (druk Sejmu VIII kadencji nr 366) w wyniku którego zamówienia *in-house* zostały objęte reżimem zamówień publicznych, z zastrzeżeniem, że będą udzielane w trybie niekonkurencyjnym – zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji należy uznać, że przepisy dotyczące instytucji *in-house* wprowadzone do ustawy pzp zostały dostosowane do Dyrektywy jak i TFUE, a jednocześnie ustawodawca krajowy określił dodatkowe wymagania i tryb, w którym takie zamówienia mogą być udzielane (stanowisko takie podzieliła Izba w sprawie o sygn. akt KIO 96/17).

Zamawiający stwierdził, że ustawodawca krajowy zmodyfikował przesłanki wynikające z dyrektywy w taki sposób, aby podmioty, które będą otrzymywały zlecenia bez przetargu, w zasadzie nie uczestniczyły w konkurencji na otwartym rynku.

Ponadto Zamawiający zauważył, że ustawa pzp wprowadziła również regulację, że organ sprawujący nadzór nad zamawiającym, w razie stwierdzenia, że nie zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie *in-house*, zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy w wyznaczonym przez organ terminie. W razie bezskutecznego upływu powyższego terminu organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części.

Zamawiający zwrócił uwagę, że art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 2 pzp nie sposób rozumieć w ten sposób, że w każdym przypadku, gdy na rynku jest podmiot trzeci zdolny do wykonania zamówienia, należy zastosować procedurę konkurencyjną.

Zamawiający stwierdził, że przywołany przez Odwołującego wyrok NSA w Warszawie

Sygn. akt KIO 625/17

z 31 marca 2016 r. (sygn. akt II GSK 2371/14) dotyczył zupełnie innego stanu faktycznego, a co istotne, potwierdza rozumienie tego przepisu przez Zamawiającego. Sąd wskazał bowiem, że w przypadku wszystkich trybów niemających charakteru podstawowego (przetargowego), czyli w przypadku zamówień z wolnej ręki, zamawiający jest uprawniony zastosować ten tryb tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w art. 67 ust. 1 pzp okoliczności. Zatem warunkiem zastosowania trybu z wolnej ręki przez zamawiającego jest ustalenie, że w tej konkretnej sytuacji zachodzą przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pzp. I tylko wystąpienie tych przesłanek zamawiający ma udowodnić. W takim kontekście należy rozumieć sformułowanie w przedmiotowym wyroku tezy, że (...) *na korzystającym z tych trybów ciąży obowiązek wykazania, że musiał je zastosować zamiast trybów podstawowych* (...).

Zdaniem Zamawiającego nie można tego obowiązku wywieść z art. 18 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej, w której notabene art. 12 dotyczący *in-house* znajduje się w Tytule I, Rozdziale I „Zakres stosowania i definicje”, Sekcji 3 „Wylączenia”, natomiast art. 18 ust. 1, na który powołuje się Odwołujący, umiejscowiony jest w Tytule I, Rozdziale II „Przepisy ogólne”. Artykuł 12 dyrektywy nie przewiduje dokonania analizy przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki. Co więcej z Dokumentu roboczego służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”) wydanego przez Komisję Europejską, rozdział 3.2.: *Trybunał uznał więc prawo instytucji*

zamawiających do samoorganizacji i stwierdził, że unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych (tzn. nie tylko dyrektywy, ale również zasady Traktatu) nie mają zastosowania, w przypadku gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia osobie trzeciej, która jest od niej niezależna wyłącznie formalnie, natomiast zasadniczo pozostaje jej podległa.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego zarzut został wywiedziony jedynie w oparciu o wybiórczą analizę przepisów ksh dotyczących sp. z o.o., danych zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowego dot. spółek l., E.s i l. R., a także treści umów spółek l. i l. R., z pominięciem przepisów ustawy o gospodarce komunalnej, przepisów nowej ustawy kominowej (które wzmocniły kontrolę właścicielską nad spółkami komunalnymi) oraz wszelkie regulacji wewnętrznych obowiązujących zarówno u Zamawiającego, jak i wewnątrz ww. spółek, co ma kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy.

Zamawiający zgodził się z Odwołującym, że kontrola sprawowana przez

15

Sygn. akt KIO 625/17

zamawiającego nad własnymi jednostkami organizacyjnymi ma szerszy zakres niż kontrola sprawowana przez wspólników spółek komercyjnych określona w ksh.

Zamawiający podniósł jednak, że pzp nie wprowadza definicji kontroli i nie odsyła również w tym zakresie do innych aktów prawnych. W szczególności art. 67 pzp nie zawiera odniesień do art. 4 ksh (w zakresie stosunku dominacji czy spółek powiązanych), art. 4 uokik (w zakresie grup kapitałowych), czy do kompetencji kontrolnych funkcjonujących na gruncie prawa administracyjnego. Charakterystyka kontroli zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 12-14 pzp ma charakter jedynie ogólny, przy czym pewne kryteria nawiązują do przesłanek funkcjonujących na gruncie prawa cywilnego lub prawa administracyjnego

Zamawiający stwierdził, że w tym przypadku spełnione są warunki wynikające z przepisów z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE. W wyroku z 29.11.2012 r. w połączonych sprawach C-182/11 i C-183/11 Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i in. Trybunał wyjaśnił pojęcie „kontroli analogicznej”, stwierdzając, że powinno chodzić o możliwość decydującego wpływu instytucji zamawiającej zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje wykonawcy oraz że kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą powinna być skuteczna, strukturalna i funkcjonalna. Z kolei w wyroku z 8.5.2014 r. w sprawie C-15/13, Technische Universität Hamburg-Hamburg i Hochschul-Informationssystem GmbH przeciwko Datenlotsen Informationssysteme GmbH Trybunał wskazał, że kontrola powinna dotyczyć wszystkich celów statutowych kontrolowanej osoby prawnej, a nie tylko wycinka kompetencji („całego obszaru działalności podporządkowanego podmiotu”).

I. sp. z o.o. z racji tego, że jest spółką komunalną posiada organ kontrolny w postaci rady nadzorczej. Obowiązek posiadania tego organu wynika wprost z art. 10a ustawy o gospodarce komunalnej. Obowiązek posiadania tego organu wynika wprost z art. 10a ustawy o gospodarce komunalnej. Podobnie l. R. sp. z o.o. z racji tego, że jest spółką zależną od spółki komunalnej posiada organ kontrolny w postaci rady nadzorczej. Obowiązek posiadania tego organu wynika wprost z art. 10b w zw. z art. 10a ustawy o gospodarce komunalnej.

Rada nadzorcza zgodnie z art. 219 ksh sprawuje stały nadzór nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. Do szczególnych obowiązków rady nadzorczej należy ocena sprawozdań, o których mowa w art. 231 § 2 pkt 1 ksh, w zakresie ich zgodności z księgami i dokumentami, jak i ze stanem faktycznym, oraz wniosków zarządu dotyczących podziału zysku albo pokrycia straty, a także składanie zgromadzeniu wspólników corocznego pisemnego sprawozdania z wyników tej oceny. W celu wykonania swoich obowiązków rada nadzorcza może badać wszystkie dokumenty spółki, żądać od zarządu i pracowników sprawozdań i wyjaśnień oraz dokonywać rewizji stanu majątku spółki.

16

Sygn. akt KIO 625/17

Co więcej każdy członek rady nadzorczej może samodzielnie wykonywać prawo nadzoru,

gdyż umowa spółki nie stanowi inaczej.

Zgodnie z umowami spółek I. i I. R. do kompetencji rad nadzorczych funkcjonujących w tych spółkach należy:

- 1) powoływanie i odwoływanie członków zarządu,
- 2) zawieszanie w czynnościach, z ważnych powodów, poszczególnych lub wszystkich członków zarządu,
- 3) wybór biegłego rewidenta, który przeprowadzać będzie badania sprawozdania finansowego spółki,
- 4) konsultacje, doradztwo zarządowi spółki,
- 5) opiniowanie dokumentów i wniosków zarządu, przedkładanych pod obrady zgromadzenia wspólników,
- 6) opiniowanie propozycji w zbycia lub zarządu sprawie nabycia, obciążenia nieruchomości,
- 7) zgłaszanie zgromadzeniu wspólników propozycji zmian wynagrodzenia prezesa zarządu,
- 8) przyznawanie nagród członkom zarządu z wyłączeniem prezesa zarządu,
- 9) nadzór nad realizacją uchwał zgromadzenia wspólników,
- 10) rozpatrywanie sporów pomiędzy zarządem a wspólnikiem.

Zamawiający dodał, że zgodnie z załącznikiem do zarządzenia nr 106/1/2017 Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego z dnia 30 marca 2017 r. w sprawie zasad nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem Gminy Miasto Gorzów Wielkopolski członkowie rad nadzorczych reprezentujących miasto zobowiązani są do:

- 1) dbania i przestrzegania przez zarząd i radę nadzorczą obowiązujących przepisów prawa i postanowień umów spółek,
- 2) niezwłocznego informowania Prezydenta Miasta, w formie pisemnej za pośrednictwem pracowników sprawujących nadzór, o zaistniałych nieprawidłowościach w działalności lub o podejrzeniach, że działania podejmowane przez organy spółek mogą być niekorzystne dla Miasta,
- 3) informowania Prezydenta Miasta, za pośrednictwem pracowników sprawujących nadzór, o pojawiających się istotnych problemach w działalności, poważnych zmianach w sytuacji finansowej, problemach społecznych oraz wydarzeniach mających istotny wpływ na działalność spółki,
- 4) przekazywania pracownikom sprawującym nadzór uchwalonych regulaminów wewnętrznych funkcjonowania organów spółki oraz kopii zatwierdzonych protokołów

17

Sygn. akt KIO 625/17

z posiedzeń rad nadzorczych wraz z podjętymi uchwałami, niezwłocznie po ich uchwaleniu lub zatwierdzeniu,

- 5) przedstawienia rocznego sprawozdania z działalności rady nadzorczej,
- 6) sporządzenia informacji o realizacji celów zarządczych przez członków zarządu,
- 7) informowania o wszelkich zmianach swojego adresu i numeru telefonu oraz o wszelkich zdarzeniach utrudniających i uniemożliwiających wypełnianie obowiązków członka rady nadzorczej.

Natomiast w przypadku spółek posiadających udziały w innych spółkach, zobowiązane są one m.in. do przekazywania:

- 1) zatwierdzonego rocznego sprawozdania zarządu z działalności spółki wraz ze sprawozdaniem finansowym za rok ubiegły – niezwłocznie po zatwierdzeniu;
- 2) rocznego planu finansowego i prognoz inwestycyjnych w terminie pierwszego kwartału roku, którego dotyczą.

Zgodnie z regulaminem rady nadzorczej I. R. zatwierdzonym Uchwałą nr 3/2017 z dnia 21 marca 2017 r. nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników I. R. sp. z o.o. oprócz kompetencji wynikających z ksh i umowy spółki rada może w każdym czasie badać wszystkie dokumenty Spółki I. R., żądać od zarządu i pracowników spółki sprawozdań i wyjaśnień oraz dokonywać rewizji stanu majątkowego Spółki.

Rada ma obowiązek co najmniej raz w miesiącu przygotowywać szczegółowy raport na temat działalności spółki przedstawiając w nim działania podejmowane przez zarząd, możliwe konsekwencje tych działań oraz niebezpieczeństwa i ryzyka dla spółki. Raport rada

ma obowiązek niezwłocznie przekazywać zgromadzeniu wspólników oraz radzie nadzorczej I. oraz bezpośrednio zgromadzeniu wspólników I. (czyli prezydentowi Gorzowa Wlkp.).

Rada może zwoływać zgromadzenie wspólników, jeżeli czynności tej nie dokona w przewidzianym terminie zarząd.

Posiedzenia rady odbywają się także w wypadku pisemnego wniosku zarządu, członka rady albo jednego ze wspólników. Żądający zwołania rady powinien określić temat posiedzenia i porządek obrad. Posiedzenie powinno dojść do skutku w terminie 10 dni od otrzymania przez przewodniczącego rady wniosku lub żądania.

Zamawiający stwierdził, że co prawda zgodnie z art. 201 § 1 ksh zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje ją na zewnątrz, zaś według art. 219 § 2 ksh rada nadzorcza nie ma prawa wydania zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki, nie można zapominać o art. 208 § 4 ksh dotyczącym prowadzenia spraw nieprzekraczających

18

Sygn. akt KIO 625/17

zakresu zwykłych czynności spółki, jak i o treści art. 203 § 1 w związku z art. 10a ust. 6 ustawy o gospodarce komunalnej, z którego wynika, że członek zarządu może być w każdym czasie odwołany uchwałą rady nadzorczej, którą w przypadku I. w całości powołuje jedyny wspólnik, tj. Miasto Gorzów Wielkopolski (Zamawiający). Z kolei w przypadku I. R. członek zarządu może być w każdym czasie odwołany uchwałą rady nadzorczej, którą w całości powołuje I. posiadająca 99% udziałów w spółce, kontrolowana przez Miasto Gorzów Wielkopolski (Zamawiającego), który posiada 100% udziałów spółki i E. posiadająca 1% udziałów w spółce, kontrolowana przez I., która posiada 100% udziałów spółki.

Zgodnie z Regulaminem pracy zarządu I. R. zatwierdzonym Uchwałą nr 2/2017 z dnia 21 marca 2017 r. nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników I. R. zarząd ma obowiązek ustosunkowania się do wniosków i opinii rady nadzorczej. Zarząd ma również obowiązek bieżącego informowania rady nadzorczej na temat działalności spółki, przedstawiając działania podejmowane przez Zarząd, możliwe konsekwencje tych działań oraz niebezpieczeństwa i ryzyka dla Spółki. Co najmniej raz w miesiącu zarząd ma obowiązek przekazywać radzie nadzorczej, zgromadzeniu wspólników oraz bezpośrednio zgromadzeniu wspólników I. sp. z o.o. (prezydentowi Gorzowa Wlkp.) szczegółowy raport w przedmiocie, o którym mowa w zdaniu powyżej. Zarząd ma także obowiązek konsultować i uzyskiwać opinię rady nadzorczej oraz zgromadzenia wspólników we wszystkich istotnych sprawach Spółki w tym w zakresie decyzji związanych z celami strategicznymi. Ponadto w posiedzeniach zarządu mają prawo uczestniczyć z głosem doradczym członkowie rady nadzorczej oraz inne osoby zaproszone przez zarząd

Zamawiający wskazał również, że jednemu wspólnikowi I. (Zamawiającemu) – oprócz uprawnień wynikających wprost z ksh, tj. z art. 156 w związku z art. 12 ust. 4 ustawy o gospodarce komunalnej (uprawnienia jedynego wspólnika), art. 212 (prawo kontroli przysługujące wspólnikowi), art. 228 (konieczność podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników), art. 229 (umowy wymagające uchwały wspólników), art. 230 (czynności przewyższające dwukrotną wartość kapitału), art. 236 (żądanie zwołania zgromadzenia wspólników), art. 239 (powzięcie uchwały nieobjętej porządkiem obrad) i art. 240 (powzięcie uchwały bez formalnego zwołania zgromadzenia), jak i z ustawy o gospodarce komunalnej, tj. z art. 10a (rady nadzorcze i zarządy w spółkach z udziałem jednostek samorządu terytorialnego), art. 12 (udziały i akcje w spółkach samorządowych) przysługują również uprawnienia wynikające z umowy spółki, tj. wynikające z § 6 i § 11 przedmiotowej umowy.

Odpowiednio wspólnikom spółki I. R., tj. spółce I. (kontrolowanej przez Miasto Gorzów Wielkopolski – Zamawiającego), który posiada 100% udziałów spółki posiadającej

19

Sygn. akt KIO 625/17

99% udziałów w spółce) i spółce E. (kontrolowanej przez I. sp. z o.o., która posiada 100% udziałów spółki) posiadającej 1% udziałów w spółce), oprócz uprawnień wynikających wprost z powyżej wyszczególnionych przepisów ksh, przysługują również uprawnienia wynikające z

§ 8, § 9 i § 14 umowy spółki.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z ustawą o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami, tj. z art. 4 ust. 5 ustawy część zmienna wynagrodzenia członka organu zarządzającego, stanowiąca wynagrodzenie uzupełniające za rok obrotowy spółki, uzależniona jest od poziomu realizacji celów zarządczych określonych przez walne zgromadzenie w drodze uchwały. Wagi celów zarządczych, a także obiektywne i mierzalne kryteria ich realizacji i rozliczania są ustalane dla poszczególnych lub wszystkich członków organu zarządzającego. W przypadku spółek realizujących misję publiczną albo spółek realizujących zadania publiczne przy określeniu celów zarządczych, ich wagi oraz kryteriów ich realizacji i rozliczania uwzględnia się także stopień realizacji misji publicznej albo stopień realizacji zadań publicznych, w okresie stanowiącym podstawę ustalenia wynagrodzenia uzupełniającego. Część zmienna wynagrodzenia w spółce nie może przekroczyć 50%, a w spółkach publicznych oraz innych, o których mowa w ust. 2 pkt 5 ww. artykułu, 100% wynagrodzenia podstawowego członka organu zarządzającego w poprzednim roku obrotowym.

Cele zarządcze, o których mowa w ustawie, mogą stanowić w szczególności:

- 1) wzrost zysku netto albo zysku przed pomniejszeniem o odsetki, podatki i amortyzację albo dodatnia zmiana tempa wzrostu jednego z tych wyników;
- 2) osiągnięcie albo zmiana wielkości produkcji albo sprzedaży;
- 3) wartość przychodów, w szczególności ze sprzedaży, z działalności operacyjnej, z pozostałej działalności operacyjnej lub finansowej;
- 4) zmniejszenie strat, obniżenie kosztów zarządu lub kosztów prowadzonej działalności;
- 5) realizacja strategii lub planu restrukturyzacji;
- 6) osiągnięcie albo zmiana określonych wskaźników, w szczególności rentowności, płynności finansowej, efektywności zarządzania lub wypłacalności;
- 7) realizacja inwestycji, z uwzględnieniem w szczególności skali, stopy zwrotu, innowacyjności, terminowości realizacji;
- 8) zmiana pozycji rynkowej spółki, liczonej jako udział w rynku lub według innych kryteriów lub relacji z kontrahentami oznaczonymi jako kluczowi według określonych kryteriów;
- 9) realizacja prowadzonej polityki kadrowej i wzrost zaangażowania pracowników.

W I. uchwały, o których mowa w zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami, podejmuje jedyny wspólnik, tj. Zamawiający. Zaś cele

20

Sygn. akt KIO 625/17

zarządcze ustala rada nadzorcza. Również rada nadzorcza informuje prezydenta miasta o realizacji celów zarządczych przez członków zarządu spółki.

Ponadto Zamawiający w oparciu o zarządzenie nr 106/1/2017 Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego z dnia 30 marca 2017 r. w sprawie zasad nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem Gminy Miasto Gorzów Wielkopolski za pośrednictwem swoich merytorycznych komórek organizacyjnych sprawuje nadzór merytoryczny, ekonomiczno-finansowy i formalny (w tym przypadku Wydział Ochrony Środowiska i Rolnictwa – nadzór merytoryczny i formalny, Wydział Obsługi Inwestora i Biznesu – nadzór ekonomiczno-finansowy) m.in. nad I.. Kwestie nadzoru merytorycznego określa § 4 załącznika do zarządzenia. Nadzór ten obejmuje m.in. bieżącą współpracę ze spółką przy realizacji jej zadań, opiniowanie i weryfikowanie projektów uchwał kierowanych do rady miasta lub na zgromadzenie wspólników, koordynowanie zgodności działań spółek z obowiązującymi strategiami i planami miejskimi oraz wieloletnią prognozą finansową.

Pracownicy pełniący nadzór w przypadku powzięcia informacji o jakichkolwiek nieprawidłowościach w zakresie czynności zarządu spółki, mają obowiązek niezwłocznie poinformować o tym radę nadzorczą danej spółki.

Nadzór ekonomiczno-finansowy został określony w § 6 załącznika do zarządzenia. W ramach sprawowanego nadzoru prezydent miasta może żądać: raportów miesięcznych lub tygodniowych z realizowanych przez spółkę zadań bieżących oraz stosownych wyjaśnień i dokumentów od zarządu spółek i rad nadzorczych oraz korzystać z prawa kontroli przysługującej wspólnikowi.

Nadzór formalny określony został w § 7 załącznika do zarządzenia. Zarząd każdej spółki obowiązany jest w przypadku zwołania zgromadzenia wspólników do przekazania

pracownikom sprawującym nadzór zawiadomienia o zwołaniu zgromadzenia wraz z kompletem dokumentów dotyczących spraw wskazanych w proponowanym porządku obrad. Dokumenty powinny między innymi zawierać opinie rady nadzorczej wyrażone w formie uchwał w sprawach będących przedmiotem obrad.

Ponadto do zadań wieloosobowego stanowiska ds. nadzoru nad spółkami komunalnymi w Wydziale Obsługi Inwestora i Biznesu zgodnie z Zarządzeniem Nr 32/W/II/2017 Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego z dnia 14 lutego 2017 r. należy m.in. analizowanie sytuacji finansowej spółek, współpraca ze spółkami i ich radami nadzorczymi, przedkładanie prezydentowi miasta wszelkich analiz o sytuacji spółek, przygotowywanie wszelkich koncepcji oraz planów restrukturyzacji i przekształceń spółek komunalnych, prowadzenie nadzoru właścicielskiego.

Według Zamawiającego w okolicznościach sprawy niezwykle istotne są również

21

Sygn. akt KIO 625/17

uchwały nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników I. R. nakładające na zarząd i radę nadzorczą dodatkowe obowiązki informacyjne oraz konsultacyjne.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego wymagane warunki są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiają Zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający podał, że w przedmiotowym zamówieniu wymaga, aby wykonawca:

- 1) posiadał środki finansowe w wysokości minimum 1.000.000,00 zł lub zdolność kredytowaną kwotą minimum 1.000.000,00 zł,
- 2) dysponował sprzętem specjalistycznym, niezbędnym dla właściwej realizacji utrzymania czystości i przejeźdźności dróg, spełniającym poniższe wymagania (tzw. minimum sprzętowe):
 - a) pługopospypywarka – min. 10 szt. (...), b) ładowarka – min. 1 szt. (niezależnie od ładowarki do załadunku na pługopospypywarki środków do likwidacji śliskości, c) urządzenie do wytwarzania solanki – min 1 szt., d) zmiatarka uliczna mechaniczna samojezdna (samobieżna) – min. 2 szt., e) polewaczka- min. 1 szt. (...).

W ocenie Zamawiającego wymagania te nie odbiegają znacząco od wymagań stawianych wykonawcom w postępowaniach o udzielenie zamówienia na analogiczne zadanie w latach ubiegłych (a w odniesieniu do zamiatarek ulicznych zwiększono wymagania w zakresie szczegółowego wyposażenia w specjalistyczny osprzęt technologiczny).

Dla Zamawiającego oczywiste jest, że w sytuacji udzielania zamówienia nowo powstałej spółce nie może wymagać doświadczenia w realizacji tego rodzaju usług. Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b uniemożliwia wręcz, by spółka realizowała w podobnej skali zamówienia dla innych zamawiających.

Na marginesie Zamawiający podniósł, że Zamawiający nie ma obowiązku posługiwania się wszystkimi rodzajami warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pzp, w każdym prowadzonym przez siebie postępowaniu. Jako gospodarzowi postępowania przysługuje mu prawo do podjęcia decyzji, które z warunków uznaje za niezbędne do oceny, a które zaś nie znajdują zastosowania, gdyż nie posłużą realizacji celów zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że ustalając warunek dotyczący sytuacji finansowej wykonawcy kierował się doświadczeniem z lat ubiegłych oraz warunkami realizacji usługi (osiągnięcie zamierzonego celu) wynikającymi z projektu umowy. Zdaniem Zamawiającego 1 mln zł środków finansowych lub zdolności kredytowej jest wystarczające, gdyż ma umożliwić wykonawcy realizację usługi przez okres początkowy, wstępny, uwzględniając, że

22

Sygn. akt KIO 625/17

zgodnie z warunkami umowy pierwsze płatności z tytułu realizacji usługi wykonawca otrzyma w okresie około 2 miesięcy od faktycznego dnia rozpoczęcia realizacji usługi (płatność w terminie do 21 dni po zakończeniu danego miesiąca rozliczeniowego). Zamawiający dodał, że ponieważ wykonawca w przedstawionej prognozie przychodów planuje wynagrodzenie

ryczałtowe dla okresu letniego w wysokości 319.464,00 zł brutto miesięcznie, co w okresie 2 miesięcy daje kwotę 638.928,00 zł brutto, kwota, jaką wymaga zamawiający jest zatem wystarczająca do zachowania płynności finansowej wykonawcy. Zamawiający zauważył, że w latach poprzednich wymóg posiadania 1.000.000,00 zł odnosił się do bardziej ryzykownego początku realizacji umów, gdyż zawierane one były w późniejszych miesiącach roku (październik lub nierzadko listopad), zdecydowanie bardziej kosztownych niż sierpień planowany jako początek rozpoczęcia realizacji tej usługi. Wynagrodzenie za jeden miesiąc tzw. zimowego okresu umownego w samej tylko części ryczałtowej wynosiło w ostatnich latach ok. 500.000,00 zł, bez uwzględnienia części ruchomej wynagrodzenia. Dla Zamawiającego długość trwania kontraktu nie miała i nie ma znaczenia dla ustalania kwoty wymogu dysponowania środkami finansowymi lub zdolności kredytowej. Zamawiający dodał, że w postępowaniu na czteroletni okres obowiązywania umowy (lata 2011-2015) wymagał od wykonawcy (faktycznie Odwołującego) posiadania środków w wysokości 0,5 mln zł.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 147 pzp wymaga od wykonawcy, analogicznie jak i we wcześniejszych postępowaniach, wniesienia należytego umowy w 2% zabezpieczenia wykonania wysokości wynagrodzenia które jest interesu maksymalnego, dodatkowym Zamawiającego zabezpieczeniem w przypadku problemów z realizacją usługi przez wykonawcę.

W ocenie Zamawiającego zarzut odwołania jest stanowi nadużycie, skoro tożsame warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz potencjału technicznego były wymagane również w latach ubiegłych przy realizacji tego samego zadania, w którym jako jedyny czynny udział brał Odwołujący.

Odnosnie wynikającego z art. 36a ust. 2a pzp obowiązku wykonawcy wyłonionego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp osobistego wykonania kluczowych części usług użyteczności publicznych, Zamawiający stwierdził, że pojęcie „kluczowych części zamówienia” nie został niestety przez ustawodawcę zdefiniowany. W praktyce realizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przyjmuje się, że decyzja co do ustalenia, kluczowej część zamówienia należy do zamawiającego, który podejmuje ją w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia, gdyż nie ma charakteru odnoszącego się do jakichś zdefiniowanych w przepisach prawa cech świadczenia.

Dla Zamawiającego niezrozumiały jest zarzut, że zamówienie będzie tak naprawdę

Sygn. akt KIO 625/17

wykonywała spółka I. zamiast I. R., gdyż kluczowe części przedmiotu zamówienia, które zgodnie z projektem umowy wykonawca będzie obowiązany wykonać osobiście obejmują: 1) mechaniczne usuwanie śniegu i śliskości na jezdni dróg, placach, w zatokach w zatokach i pasach – przy komunikacyjnych, postojowych wykorzystaniu pługoposypywarek; 2) mechaniczne usuwanie (szczególnie) grubych warstw śniegu i/lub oblodzenia, ładowanie śniegu, lodu i ziemi na środki transportowe, ładowanie do zbiorników pługoposypywarek środków chemicznych lub mieszanek środków chemicznych i uszorstniających do usuwania śliskości - przy wykorzystaniu ładowarek; 3) mechaniczne oczyszczanie/zamiatanie jezdni, zatok i pasów postojowych, zatok komunikacyjnych, nawierzchni utwardzonych elementów w pasie drogowym (wysepki, opaski przyjezdniowe) - przy wykorzystaniu zmiatarek ulicznych; 4) mechaniczne oczyszczanie poziomowe jezdni, zatok i pasów postojowych, zatok komunikacyjnych, nawierzchni utwardzonych elementów w pasie drogowym - przy wykorzystaniu zmiatarek ulicznych; 5) mechaniczne i ręczne oczyszczanie jezdni w trybie interwencyjnym; 6) mechaniczne zmywanie/zraszanie jezdni – przy wykorzystaniu polewaczek ulicznych; 7) ręczne wykonywanie wszelkich prac dotyczących oczyszczania jezdni, zatok i pasów postojowych, nawierzchni utwardzonych elementów pasa drogowego w okresie letnim; 8) ręczne usuwanie śniegu i śliskości na jezdni na przejściach dla pieszych, w zatokach i na pasach postojowych; 9) ręczne oczyszczanie/udrożnianie wpustów deszczowych; 10) ręczne zbieranie odpadów na jezdni, w zatokach i na pasach postojowych oraz innych utwardzonych elementach pasa drogowego; 11) nadzór nad realizacją przedmiotu umowy.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w umowie spółki I. w § 8 znajduje się postanowienie, które umożliwia podwyższenie kapitału zakładowego do 100 tys., co nie będzie stanowiło zmiany umowy spółki, a uchwałę w tym zakresie podejmuje zgromadzenie

wspólników spółki. Ponadto I. na nadzwyczajnym zgromadzeniu wspólników, po uprzednim uzyskaniu pozytywnej opinii rady nadzorczej, podjęło uchwałę o wyrażeniu zgody na udzielenie I. R. pożyczki w wysokości 1 mln. zł. Tym samym spółka I. ma zapewnione środki finansowe niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia w początkowym okresie jego realizacji.

Ponadto I. R. zatrudni wszystkich kierowców, jacy będą prowadzić samochody specjalistyczne (konieczne do wykonywania przedmiotowego zamówienia). Jedynie samochody wymagane do realizacji przedmiotu zamówienia I. R. zamierza wynajmować od I..

{ad pkt 4. listy zarzutów}

24

Sygn. akt KIO 625/17

Zamawiający powtórzył, że skorzystanie z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp jest dopuszczalne o ile ziszczą się wszystkie warunki wskazane w tym przepisie, które w jego ocenie zostały spełnione, a przepisy nie ograniczają możliwości udzielenia zamówienia *in-house* wyłącznie do sytuacji, w których udziałowcem osoby prawnej jest bezpośrednio sam zamawiający, gdyż mogą nimi być inne podmioty, których właścicielem jest ten sam zamawiający, jak w tym przypadku ma to miejsce.

Zamawiający podniósł, że żaden przepis dyrektywy czy pzp nie warunkuje udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówienia *in-house* dla spółki założonej przez spółkę komunalną od spełnienia warunku określonego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b pzp również przez tę spółkę komunalną.

Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 30 września 2016 r. w sprawie od sygn. akt III AUa 693/16 o czynności prawnej mającej na celu obejście ustawy można mówić wówczas, gdy czynność taka pozwala na uniknięcie zakazów, nakazów lub obciążeń wynikających z przepisu ustawy i tylko z takim zamiarem została dokonana. Nie jest natomiast obejściem prawa dokonanie czynności prawnej w celu osiągnięcia skutków, jakie ustawa wiąże z tą czynnością prawną.

Pismem z 3 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 31 marca 2017 r. kopia odwołania została przekazana drogą elektroniczną wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu, a także zamieszczona na stronie internetowej BIP.

2 kwietnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w kwalifikowanej formie elektronicznej zgłoszenie przez Polską Izbę Gospodarki Odpadami z siedzibą w Warszawie [dalej również: „PIGO”] przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba nie dopuściła PIGO do występowania w sprawie z następujących powodów.

Zgodnie z art. 179 ust. 2 pzp środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 pzp [czyli listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych]. Natomiast według art. 185 ust. 2 *in principio* wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego.

PIGO zgłosiło przystąpienie jako organizacja wpisana na powyższą listę 11 marca 2013 r. na mocy decyzji nr LO/4/13, wskazując w zgłoszeniu okoliczności, które mają

25

Sygn. akt KIO 625/17

świadczą o posiadaniu interesu w rozumieniu art. 179 ust. 2 pzp.

Izba zważyła, że przedmiotowa sprawa nie dotyczy odwołania wobec ogłoszenia o zamówieniu ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż odwołanie zostało wniesione wobec czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, co zostało zakomunikowane przez Zamawiającego przez zamieszczenie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, informacji o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie, o której mowa w art. 67 ust. 11 pzp. Nie budzi wątpliwości, że ustawodawca przyznał stosowanym

organizacjom uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej w węższym zakresie niż wykonawcom, których legitymacja do wniesienia odwołania została uregulowana w art. 179 ust. 1 pzp. Jednocześnie terminy „ogłoszenie o zamówieniu”, „wykonawca” czy „informacja o zamówieniu” mają w ustawie pzp swoje ustalone znaczenie. Z przywołanych powyżej przepisów wynika zatem, że organizacje nie są uprawnione do wnoszenia środków ochrony prawnej od wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki zakomunikowanego informacją o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie. Ponadto ustawodawca ograniczył możliwość zgłaszania przystąpień do postępowania odwoławczego wyłącznie do wykonawców, gdyż przepis art. 185 ust. 5 pzp dotyczący przystąpienia należy uznać za przepis szczególny w stosunku do art. 179 ust. 2 pzp, w którym mowa jest o środkach ochrony prawnej.

5 kwietnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez I. R. sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba nie dopuściła I. R. do występowania w sprawie, gdyż zgłoszenie przystąpienia w odpowiedniej formie nastąpiło z przekroczeniem 3-dniowego terminu od otrzymania kopii odwołania, a więc niezgodnie z art. 185 ust. 2 pzp

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający

26

Sygn. akt KIO 625/17

podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i dalszych pismach odpowiedzi na odwołanie i dalszych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wybór przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki, w którym ma być zawarta umowa z innym wykonawcą, uniemożliwia Odwołującemu ewentualne uzyskanie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie potwierdził się żaden z zawartych w nim zarzutów.

{rozstrzygnięcie zarzutu nr 1}

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 11 pkt 5 oraz art. 10 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE przez zastosowanie trybu z wolnej ręki, w sytuacji gdy Zamawiający nie wykazał, że zachodzą przesłanki do skorzystania z tego trybu, w szczególności gdy tryb ten w okolicznościach przedmiotowej sprawy narusza naczelne zasady udzielania zamówień, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności celowe będzie przytoczenie przepisów powoływanych w związku z tym zarzutem, w tym mających znaczenie dla jego rozstrzygnięcia.

Sygn. akt KIO 625/17

Przepisy dyrektywy 2014/24/UE:

Art. 12.

ust. 1. *Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:*

- a) *instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;*
- b) *ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz*
- c) *w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.*

Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.

(...)

ust. 5. *Do celów ustalenia odsetka działalności, o którym mowa w ust. 1 akapit pierwszy lit. b), (...) uwzględnia się średni całkowity obrót – lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobę prawną lub instytucję zamawiającą – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia.*

Jeżeli, ze względu na datę utworzenia odnośnej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej, lub rozpoczęcia przez nie działalności lub ze względu na reorganizację ich działalności, dane dotyczące obrotu – lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty – za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne, wystarczające jest wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych.

Art. 18 ust. 1.

Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się,

Sygn. akt KIO 625/17

że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Przepisy ustawy pzp:

Art. 7. ust. 1.

Zamawiający przygotowuje i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 10.

ust. 1. *Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.*

ust. 2. *Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.*

Art. 67.

ust. 1 pkt 12

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
 - b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
 - c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;
- (...)

ust. 8. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, (...) uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

ust. 9. W przypadku gdy, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez

29

Sygn. akt KIO 625/17

osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu z a 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b (...) ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

ust. 11. Przed udzieleniem zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12–15, zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej, informację o zamiarze zawarcia umowy, zawierającą co najmniej:

(...)

5) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki;

(...)

Zdaniem Izby z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp nie wynika, aby dla udzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. *in-house* konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. Jest to właśnie jeden z określonych w ustawie pzp wyjątków, do których odsyła art. 10 ust. 2 pzp, od zasady prymatu trybów najbardziej konkurencyjnych (czyli przetargów: nieograniczonego i ograniczonego) z art. 10 ust. 1 pzp. Innymi słowy z przepisów art. 10 pzp wynika, że w razie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w ustawie pzp nie dochodzi do naruszenia zasady z ust. 1, gdyż w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek, o którym mowa w ust. 2. W takiej sytuacji nie zostaje również naruszony art. 7 ust. 1 pzp, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiegokolwiek konkurencji dla jedyne go wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałyby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa.

Z kolei skorelowanie wskazywanych w odwołaniu i przytoczonych powyżej przepisów art. 67 pzp jest takie, że wynikający z ust. 11 pkt 5 obowiązek podania przez zamawiającego podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w ramach zamieszczanej na stronie BIP informacji o zamiarze zawarcia umowy), odnosi się do wykazania spełnienia zaistnienia jednej z sytuacji określonych ust. 1 w pkt od 12 do 15. Ujmując to w szerszej perspektywie – konstrukcja art. 67 pzp jest taka, że ust. 1 w pkt od 1 do 15 zawiera taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, przy czym na każdą z nich składają się określone przesłanki, które łącznie muszą być spełnione. Wykazanie spełnienia się tych przesłanek jest

30

konieczne, a zarazem wystarczające, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. Co do zasady tak rozumiane uzasadnienie wyboru tego trybu zamawiający może zamieścić ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy (tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*), które ma charakter fakultatywny, co wynika z art. 66 ust. 2 pkt 3 pzp. Natomiast w przypadku zamówień udzielanych *in-house* i innych zbliżonych sytuacjach, o których mowa w pkt od 12 do 15 ust. 1 art. 67 różnica sprowadza się do tego, że zamieszczenie takiego uzasadnienia, jako jednego z elementów zamieszczanej na stronie BIP danego zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy, ma charakter obligatoryjny, co wynika z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp. W obu przypadkach uzasadnienie wyboru trybu sprowadza się do wykazania spełnienia przesłanek konstytuujących daną sytuację jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych.

Powyższe przepisy ustawy pzp – zarówno co przesłanek określających zamówienie *in-house*, jak i zakresu wymaganego udowodnienia wystąpienia tej sytuacji w danym postępowaniu – nie poddają się wykładni, prezentowanej w odwołaniu jako prounijna, gdyż jej sugerowany rezultat – w postaci konieczności uzasadnienia wystąpienia dodatkowych przesłanek, wywodzonych z art. 18 ust. 1 dyrektywy – stanowiłby w istocie wykładnię *contra legem* przepisów ustawy pzp. Tymczasem, jak sam zauważył Odwołujący, o ile w ustawie pzp zamówienie *in-house* zostało ujęte jako jeden z przypadków uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z założenia wyłączającym konkurencję, o tyle według dyrektywy, po spełnieniu przesłanek z art. 12 ust. 1 (analogicznych do określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp), zamówienia takie nie są w ogóle objęte zakresem jej zastosowania. W takiej sytuacji nie ma możliwości badania innego, niż przez pryzmat tych przesłanek, czy udzielenie zamówienia *in-house* nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub przejaw sztucznego zawężania konkurencji.

Izba stwierdziła również, że wyrażona w odwołaniu jednym zdaniem negatywna ocena implementacji przepisów dyrektywy do porządku krajowego, nie konstytuuje nadającego się do rozpoznania zarzutu, który rodziłby konieczność rozważenia przez Izbę bezpośredniego stosowania przepisów dyrektywy z pominięciem regulacji pzp, czyli bezpośredniego stosowania przepisów dyrektywy. Do takich rezultatów nie może prowadzić bowiem wielokrotnie postulowana w odwołaniu jako odpowiednia w tej sprawie prounijna wykładania przepisów ustawy pzp, gdyż w takim przypadku zawsze podstawą orzeczenia będzie przepis prawa krajowego. Na marginesie Izba zauważa, że trudno mówić o niepełnej implementacji dyrektywy, w sytuacji, gdy przepisy prawa krajowego włączają zamówienia *in-house* do reżimu udzielania zamówień publicznych, formułując przy tym bardziej rygorystyczne przesłanki jego udzielenia niż dyrektywa. Niezależnie od tego Izba nie

dostrzega, aby z dyrektywy przepisu art. 18 ust. 1 dyrektywy wynikało, że aby uznać zamówienie za wyłączone spod zakresu zastosowania dyrektywy należy wykazać spełnienie innych przesłanek niż wyczerpująco określone w art. 12 ust. 1 dyrektywy. Natomiast same motywy dyrektywy nie stanowią przepisów, nie podlegają więc ani bezpośredniemu stosowaniu ani nie mogą być podstawą prounijnej wykładni przepisów krajowych.

Umknęło również uwadze Odwołującego, który poprzestał na zacytowaniu tezy za programem prawniczym, że wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 31 marca 2016 r. (sygn. akt II GSK 2371/14) nie prowadzi do wniosku, który wyprowadzony został w odwołaniu. Gdyby Odwołujący zapoznał się z uzasadnieniem tego orzeczenia, przekonałby się, że NSA odniósł obowiązek wykazania zastosowania trybów innych niż podstawowe li tylko do przesłanek, które konstytuują dane odstępstwo, czyli szczegółowych podstaw udzielenia zamówienia w danym trybie (w rozstrzyganej sprawie konkretnie chodziło o wykazanie przesłanek udzielenia zamówienia dodatkowego, które było uregulowane w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp).

W motywie 34 preambuły dyrektywy 2014/24/UE ustawodawca unijny wskazał, że istnieją pewne przypadki, w których podmiot prawny działa – na mocy stosownych przepisów prawa krajowego – jako instrument lub służba techniczna określonych instytucji zamawiających mający obowiązek wykonywania poleceń wydawanych mu przez te instytucje zamawiające i niemający żadnego wpływu na wynagrodzenie otrzymywane za wykonanie

tych poleceń. Ze względu na brak charakteru umownego taki czysto administracyjny stosunek nie powinien być objęty zakresem procedur udzielania zamówień publicznych.

Instytucja tzw. zamówień in-house została wykształcona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszącym się do przepisów dyrektywy Parlamentu i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy, usługi, które wskazywało, że przepisy w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do niektórych umów zawieranych pomiędzy podmiotami sektora publicznego. Unijny prawodawca dokonał kodyfikacji zasad, które ukształtowały się w ramach orzecznictwa, nieznacznie je uzupełniając w przepisie art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, uznając jednocześnie ww. formy współpracy za zamówienia publiczne – w odróżnieniu od wcześniejszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Przewidywał jednakże wyłączenie od zastosowania dyrektywy w przypadku zajęcia przesłanek określonych w powyższym przepisie, a wskazanych już wcześniej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przepis art. 12 dyrektywy 2014/24/UE został wdrożony do polskiego porządku prawnego w sposób wynikający z art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ustawy Pzp, tj. poprzez umożliwienie

32

Sygn. akt KIO 625/17

udzielania tego rodzaju zamówień w uproszczonym trybie, tzw. zamówienia z wolnej ręki, z terminem obowiązywania od dnia 1 stycznia 2017 r. (...)

Wprowadzona regulacja zamówień in-house wistocie nie zmienia funkcjonującej już w polskim porządku prawnym regulacji związanej z realizacją przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zagadnienie to reguluje ustawa z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.2016.573 t.j.), zgodnie z którą gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zgodnie z brzmieniem art. 2 ww. ustawy gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej. (...)

Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu np. gminy oraz akt o jej utworzeniu (akt założycielski albo statut). W takim przypadku gmina nie nabywa od spółki żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich. Jeżeli zatem jednostka samorządu terytorialnego zleca wykonywanie zadań w celu prowadzenia działalności w sferze użyteczności publicznej samorządowej spółce prawa handlowego wówczas nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/05) zgodnie, z którym „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga”.(...)

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy zleconych w drodze

33

umowy, należy odróżnić od zlecenia przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej. Wówczas zastosowanie będzie miała ustawa Pzp, co nie wyklucza także zastosowania do tego typu zamówień instytucji *in-house* uregulowanej w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ustawy Pzp, o ile zostaną spełnione przesłanki wymienione w tych przepisach. {Odpowiedź na interpelację nr 6264 w sprawie zmian w zakresie udzielania tzw. zamówień *in-house*, którą udzielił 17 października 2016 r. podsekretarz stanu w Ministerstwie Rozwoju Mariusz Haładyj}.

Wybierając powyższe rozwiązanie, ustawodawca dał wyraz stanowisku, że nie chce, aby zawieranie umów typu *in-house* było wyłączone spod obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych, ale żeby umowy te były zawierane w trybie zamówienia z wolnej ręki. Uznał, że zapewni to większą transparentność udzielania przedmiotowych zamówień przez podmioty publiczne. Wybierając takie rozwiązanie, nałożył jednocześnie na zamawiających więcej obowiązków, aniżeli przewidują to przepisy unijne. Przykładowo obowiązek ogłaszania informacji o zamówieniu w tym trybie i informacji o każdej zawartej umowie został nałożony na zamawiających w celu monitorowania i kontroli przez przedsiębiorców i właściwe organy kontroli legalności udzielania przez nich takich zamówień.

Stanowisko Izby zajęte w tej sprawie nie jest odosobnione, gdyż podobne wyraziła Izba już w wyroku z 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 96/17), rozpatrując analogiczny do podniesionego w tej sprawie zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, polegającego na bezpodstawnym uznaniu, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE (na konieczność czego, wskazuje pro unijna interpretacja przepisów pzp), co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców

zamówieniem z wykonawców zainteresowanych publicznym, pominięciem innych działających na rynku właściwym.

W szczególności Izba zauważyła, że regulacje zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz w ust. 9 i 11 są konsekwencją wdrożenia przepisów dyrektywy do polskiego systemu prawnego. W początkowej fazie prac nad projektem nowelizowanej ustawy pzp zaproponowano odwzorowanie postanowień dyrektywy w zakresie instytucji *in-house*, która w art. 12, że takie zamówienia udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy. Przy czym takie wyłączenie jest możliwe tylko w okolicznościach wskazanych w tej dyrektywie. W toku

Sygn. akt KIO 625/17

dyskusji nad projektem w drodze kompromisu przyjęto wersję zaproponowaną w rządowym projekcie ustawy (z 24 marca 2016 r. - druk Sejmu VIII kadencji nr 366), w wyniku czego zamówienia *in-house* zostały objęte reżimem zamówień publicznych, z zastrzeżeniem, że będą udzielane w trybie niekonkurencyjnym – w trybie zamówienia z wolnej ręki. Izba potwierdziła, że wyłączenie przewidziane w art. 12 dyrektywy nie uprawnia zamawiającego do wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE, które to reguły uwzględnia art. 12 dyrektywy. W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że przepisy dotyczące instytucji *in-house* wprowadzone do ustawy pzp (w tym art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 8 i 9 oraz ust. 11) zostały dostosowane do dyrektywy i TFUE, a jednocześnie ustawodawca krajowy określił dodatkowe wymagania i tryb, w którym takie zamówienia mogą być udzielane.

Ponadto Izba podzieliła w tamtej sprawie pogląd, że wskazywane w odwołaniu przepisy TFUE (podobnie jak przepisy ustawy Pzp) nie nakładają na zamawiającego planującego udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki obowiązku wykazania, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli dzięki wykazaniu przesłanek wymaganych na mocy art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. Odnosnie podnoszonego również w tamtej sprawie twierdzenia, że decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* powinna zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, podkreśliła, że ustawa pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie jak art. 12 dyrektywy) takiego obowiązku nie przewiduje. Nie można zatem domagać się od

zamawiającego przedłożenia takiej analizy w jakiejś szczególnej formie. Izba jednocześnie zauważyła, że podane w informacji (o zamiarze udzielenia zamówienia) dane odnoszą się do ustaleń zamawiającego w zakresie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp i jest to nic innego jak analiza dokonana w celu podjęcia decyzji, czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji *in-house*.

Izba w tamtej sprawie nie zgodziła się również ze stanowiskiem, że zainteresowanie zamówieniem przez inne podmioty (po ogłoszeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) powoduje, że zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie *in-house*, bo prowadziłoby to do naruszenia konkurencji. Wskazała, że obowiązek publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie ma na celu wyłącznie umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia *in-house* w świetle przesłanek przewidzianych w pzp. Natomiast nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innymi podmiotów zamówieniem *in-house* zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie. Taka intencja wyrażona zostałaby w przesłance stanowiącej o obowiązku odstąpienia od tej

35

Sygn. akt KIO 625/17

procedury lub też, jako przesłanka powodująca unieważnienie postępowania. Zdaniem Izby, zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, gdyż mają oni prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście może ono zostać rozpoznawane przez Izbę.

Izba w tej sprawie w pełni podziela powyższe rozważania i uznaje je za własne.

Niezależnie od powyższego, zważając że niesporna była okoliczność, że od 10 lat w przetargach dotyczących usług objętych przedmiotem zamówienia składa oferty wyłącznie E.s., co spowodowało systematyczne podnoszenie cen ofert składanych w kolejnych postępowaniach, trudno uznać, że celem Odwołującego jest otwarcie postępowania na konkurencję, a nie utrwalenie istniejącego *status quo*. Jednocześnie wskazuje to na racjonalność działań Zamawiającego, który w takim stanie rzeczy, niekorzystnym dla wspólnoty lokalnej, postanowił skorzystać z możliwości udzielenia zamówienia *in-house*, jaką stwarzają wymienione na wstępie przepisy ustawy pzp.

{rozstrzygnięcie zarzutu nr 2}

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy pzp w ten sposób, że Zamawiający nie sprawuje nad I. oraz nad I. R. kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na wywieraniu przez Zamawiającego decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje I. oraz I. R..

Stanowisko Odwołującego odnośnie kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad spółkami I. ewoluowało w toku postępowania odwoławczego. W odwołaniu wywodziło przede wszystkim, że z treści umów tych spółek nie wynika, aby odbiegała ona od standardowego zakresu uprawnień wspólników spółek kapitałowych. Jednocześnie uznawano za nierozstrzygniętą kwestię, czy maksymalny dopuszczalny na mocy przepisów ksh poziom uprawnień wspólników czy rady nadzorczej jest wystarczający dla wypełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a pzp. Natomiast na rozprawie Odwołujący nie miał już wątpliwości, że obowiązujące przepisy ksh w ogóle nie umożliwiają jednostce samorządu terytorialnego sprawowania nad swoją spółką zależną kontroli odpowiadającej tej przesłance. Konkluzja tego nowego stanowiska Odwołującego wynika ze złożonego przez niego jako opinia prawna pisma z 11 kwietnia 2017 r. i brzmi następująco: *Model spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przyjęty w polskim prawie spółek wyklucza tak daleką ingerencję*

36

Sygn. akt KIO 625/17

wspólnika (czy to poprzez zgromadzenie wspólników czy też poprzez osoby delegowane do rady nadzorczej) w kompetencje zarządu, aby móc stwierdzić, że to wspólnik ma dominującą

wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółki. Eventualne nadanie tak dalekich uprawnień wspólnikowi wymagałoby istotnych zmian Kodeksu spółek handlowych.

Art. 67 ust. 1 pkt 12 lit a pzp stawia wymóg, aby zamawiający sprawował nad osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Nie chodzi zatem o identyczną, ale o kontrolę odpowiadającą tej sprawowanej nad własnymi jednostkami. Poza tym wpływ na działalność takiej osoby prawnej nie musi dotyczyć każdego przejawu jej aktywności gospodarczej.

Właściwa interpretacja ww. przepisu wymaga sięgnięcia do postanowień dyrektywy 2014/24/UE, odnoszącej się do zamówień *in-house* oraz dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE {dalej również: „Trybunał”, „TS” lub „ETS”} w tej kwestii, które pozostaje nadal aktualne.

Problem dotyczący zawierania umów pomiędzy organami władzy publicznej a podmiotami, w których władza ta ma stuprocentowy lub większościowy udział, ale które w sensie prawnym są podmiotami niezależnymi, został podniesiony w orzeczeniu TS z 18 listopada 1999 r. dotyczącym sprawy C-107/98 (Teckal). ETS uznał, iż umowa odpłatna w przedmiocie objętym regulacją dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych zawierana pomiędzy organem lokalnym a osobą (jednostką) z prawnego punktu widzenia inną niż organ lokalny podlega regulacji tychże dyrektyw. Inaczej może być tylko w wypadku, gdy organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów oraz jednocześnie osoba ta wykonuje istotną część działalności organu, wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami. Wyrok ten wskazuje warunki konieczne do spełnienia, aby stwierdzić, że dana jednostka organizacyjna, mimo formalnoprawnej odrębności od podmiotowości prawnej jednostki samorządu terytorialnego pozostaje elementem samorządowego aparatu organizacyjnego, wykonującego ustawowo powierzone zadania we własnym zakresie, a więc poza granicami systemu zamówień publicznych. Do warunków tych należą: zwierzchność decyzyjna (efektywna kontrola) jednostek samorządu terytorialnego nad jednostką organizacyjną (spółką) oraz wykonywanie przez jednostkę organizacyjną (spółkę) zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego. Spełnienie tych warunków powoduje uznanie, że dana jednostka organizacyjna jest formą

37

Sygn. akt KIO 625/17

wykonywania zadań przez podmiot samorządowy, a wykonywanie przez taką jednostkę zadań na rzecz zwierzchniej jednostki samorządu terytorialnego należy traktować jako samodzielne wykonywanie zadań ustawowych przez podmiot samorządowy (przy pomocy zależnej od niego struktury organizacyjnej), co nie jest objęte reżimem zamówień publicznych.

Kolejny wyrok TS z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 (Parking Brixen) wskazał na nowe aspekty, które należy badać ustalając stopień kontroli i zależności pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a jednostką organizacyjną formalnie prawnie odrębną, by móc uznać działalność takiej jednostki za formę wykonywania zadań własnych przez jednostkę samorządu terytorialnego. Konieczne jest nie tylko określenie stopnia udziału w kapitale takiej jednostki przez dany podmiot władzy samorządowej (a więc 100% udziału), ale także zbadanie zasięgu działania jednostki, czy mieści się on w ramach działalności lokalnej).

Jednocześnie w wyroku z 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05, TS stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w myśl dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej, będący instytucją zamawiającą, musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki. Podobne stanowisko zajęto w wyroku z 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 (Tragsa).

Resumując, w orzecznictwie Trybunału widać próbę wypracowania formuły

pozwalającej na stwierdzenie, że dana jednostka organizacyjna jest podmiotem zależnym od organu publicznego (np. jednostki samorządu terytorialnego), pozostającym pod jego efektywną kontrolą oraz wykonującym zadania własne tego organu. W świetle orzecznictwa TS dla spełnienia powyższego warunku konieczne jest zaistnienie następujących przesłanek: 1) powierzenie jednostce organizacyjnej wykonywania zadań własnych samorządu w akcie założycielskim tej jednostki (spółki); 2) posiadanie przez jednostkę samorządu terytorialnego 100% udziałów lub akcji spółki zależnej, 3) lokalny zakres działania spółki podległej; 4) kontrola jednostek samorządu terytorialnego w stosunku do podległej jednostki organizacyjnej (spółki) przejawiająca się w możliwości wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na inne ważne decyzje, 5) działalność tego podmiotu na rzecz podmiotu, który go utworzył winna stanowić zasadniczą część tej działalności. Spełnienie powyższych warunków umożliwia przyjęcie, iż dana jednostka organizacyjna

38

Sygn. akt KIO 625/17

(spółka) jest podmiotem zależnym jednostki samorządu terytorialnego służącym samorządowi terytorialnemu do wykonywania zadań własnych nawet jeśli nie jest to zależność bezpośrednia.

Przechodząc do przepisów związanych z działaniem jednostek samorządu terytorialnego, zauważyć należy, że zadania o charakterze użyteczności publicznej stanowią część zadań obciążających każdą z jednostek samorządu terytorialnego. Art. 1 ust 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 573 ze zm.), {dalej również: „ustawa o gospodarce komunalnej”} nakazuje rozumieć przez to zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej stanowi zaś zasadniczą część gospodarki komunalnej polegającej na wykonywaniu zadań własnych w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zgodnie z art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Wobec tego należy uznać, że utworzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego spółki prawa handlowego w celu wykonywania zadań własnych jest jedną z podstawowych i dopuszczalnych prawem form wykonywania zadań gminy w sferze użyteczności publicznej. Przepisy ustawy o gospodarce komunalnej pozwalają gminie w sferze użyteczności publicznej tworzyć co do zasady wyłącznie spółki kapitałowe (art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej), a zatem dysponujące przymiotem osobowości prawnej. O wyborze sposobu prowadzenia i formie gospodarki komunalnej decydują organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej (art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Natomiast powierzenie tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań publicznych następuje na podstawie stosownej uchwały organu gminy oraz aktu założycielskiego spółki. Z kolei w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.) {dalej również: „ustawa o samorządzie gminnym”} w art. 9 ust. 4 ustawodawca wskazał, że zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Przy czym art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym zawiera niezamknięty katalog zadań własnych gminy.

Pomiędzy gminą a spółką, w której gmina posiada wszystkie udziały, występują zatem dwie płaszczyzny stosunków prawnych. Z jednej strony relacje te mają charakter właścicielski, wynikający z posiadania udziałów lub akcji. Są to zatem typowe stosunki

39

Sygn. akt KIO 625/17

prawne zachodzące pomiędzy spółką a jej wspólnikiem, normowane zasadniczo przepisami ustawy Kodeks spółek handlowych, ale także innych ustaw, w tym ustawy o gospodarce komunalnej. Powyższe stosunki właścicielskie nie wykluczają jednak powstania stosunków obligacyjnych (zobowiązaniowych) pomiędzy gminą a jej spółką.

Należy odróżnić realizowanie zadań z zakresu użyteczności publicznej jako ustalonych w uchwale jednostki samorządu terytorialnego od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z realizowaniem przez spółkę zadań z zakresu użyteczności publicznej w jej imieniu i na rachunek za pomocą wniesionego lub powierzonego jej majątku niezbędnego do prowadzenia działalności. Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu gminy oraz akt o jej utworzeniu. W takim przypadku gmina nie nabywa od spółki żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Poza tym relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką mają charakter stosunków właścicielskich. Wprawdzie utworzona przez gminę spółka prawa handlowego do wykonywania zadań z zakresu użyteczności publicznej ma osobowość prawną, odrębną od osobowości prawnej gminy, jednak nie ma to w tym przypadku decydującego znaczenia. Przede wszystkim spółka ta jest podmiotem zależnym w stosunku do gminy. Poza tym gminie przysługują w stosunku do utworzonej spółki uprawnienia właścicielskie, natomiast funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) zgodnie z art. 12 ust. 4 ustawy o gospodarce komunalnej pełni organ wykonawczy tych jednostek. Oznacza to, że gmina posiada decydujący wpływ na działalność utworzonej przez siebie spółki. Wobec tego wykonywanie zadań własnych gminy przez utworzoną w tym celu własną spółkę prawa handlowego nie stanowi zamówienia publicznego {tak w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt II GSK 105/05, Lex 180740}.

Z kolei powierzenie spółce komunalnej zadania na podstawie umowy następuje na zasadach uregulowanych w art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej. Z takim przypadkiem będziemy mieli do czynienia, gdy przedmiotem zlecenia nie będą zadania z zakresu użyteczności publicznej, dla których realizacji dana spółka została powołana, a więc gdy przedmiot zamówienia będzie wykraczał poza zakres zadań powierzonych danej spółce w drodze stosownej uchwały organu samorządu terytorialnego i tworzącego tę spółkę. W takiej sytuacji powierzenie wykonywania zadań objętych takim zamówieniem powinno następować z zastosowaniem przepisów m.in. o finansach publicznych lub, odpowiednio, przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów o zamówieniach publicznych, przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Sygn. akt KIO 625/17

Zauważyć należy, że z art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o samorządzie gminnym wynika, że zadania własne gminy obejmują sprawy dotyczące gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego. Natomiast zgodnie z umową spółki I. R. jej podstawowym celem jest całoroczne utrzymanie dróg oraz chodników na terenie Gorzowa Wlkp., a przedmiotem zamówienia, którego Zamawiający zamierza udzielić I. R. jest utrzymanie czystości i przejezdnosci dróg w granicach administracyjnych Gorzowa Wlkp. Wydaje się zatem, że w świetle przywołanego przy okazji rozpatrywania poprzedniego zarzutu stanowiska autora nowelizacji (Ministerstwa Rozwoju), nie było przeszkód, aby Zamawiający powierzył to zadanie bezpośrednio spółce komunalnej z pominięciem reżimu zamówień publicznych.

Jak trafnie zauważyła Izba w uzasadnieniu wyroku z 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 158/17), odnosząc się do argumentacji, że formy (struktury) prawne spółek samorządowych – określone bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa – wyłączają pełną kontrolę wspólników lub rady nadzorczej nad działalnością zarządu spółki, a zarząd, a nie wspólnicy, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki na zasadzie art. 299 ksh, aparat pojęciowy analizowanego art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a pzp nie w pełni odpowiada regulacjom prawa handlowego. W tym świetle należy ocenić charakter relacji pomiędzy gminą jako jednostką samorządu terytorialnego a spółką, która przez gminę została utworzona. Zarówno gmina, jak i spółka są wyposażone w osobowość prawną, a ta druga powołana została stosownie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej w celu wykonywania zadań w zakresie gospodarki komunalnej sprecyzowanych w umowie spółki jako przedmiot przedsiębiorstwa spółki. Zarówno gmina, jak i spółka są wyposażone w osobowość prawną, a ta druga powołana została stosownie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej w celu wykonywania zadań w zakresie gospodarki komunalnej sprecyzowanych w umowie spółki

jako przedmiot przedsiębiorstwa spółki. Jako spółka kapitałowa podlega oczywiście regulacjom kodeksu spółek handlowych, jednocześnie jednak niezbędne jest rozpatrywanie jej funkcjonowania w kontekście sposobu jej powstania, jej finansowania, kontroli jej działalności przez jednostkę samorządu terytorialnego, zasad powierzania spółce poszczególnych zadań, a także odpowiedzialności prawnej za skutki jej funkcjonowania; takie okoliczności decydują o specyfice spółki będącej komunalną osobą prawną. W istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wiąże się to

41

Sygn. akt KIO 625/17

z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. Powołane przepisy wskazują, że gospodarka komunalna jest to działalność jednostek samorządu terytorialnego polegająca na wykonywaniu nałożonych na nie ustawowo zadań określonego rodzaju, natomiast spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji. Ponadto funkcjonowanie spółki komunalnej nie musi oznaczać całkowitego pozbawienia rady gminy i jej organu, jakim jest komisja rewizyjna, prawa kontroli nad danym wycinkiem gospodarki komunalnej, co stanowi odrębną, nieprzewidzianą przepisami ksh metodę kontroli „odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami”.

Izba w tej sprawie w pełni podziela powyższe rozważania i uznaje je za aktualne również w sytuacji, gdy owa kontrola jest sprawowana przez spółkę kontrolowaną przez zamawiającego w ten sam sposób.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający szczegółowo naświetlił relacje prawne pomiędzy nim a spółkami I. i I. R., w tym pomiędzy tymi spółkami, świadczące o jego dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tych spółek, w wynikające z regulacji ksh z uwzględnieniem postanowień umów spółek oraz regulacji wewnętrznych spółek, a także funkcjonujących u Zamawiającego, a dotyczących nadzoru nad tymi spółkami.

W szczególności zauważyć należy, że organami spółki I. R. są zgromadzenie wspólników, zarząd oraz rada nadzorcza, które działają w oparciu o odpowiednie regulaminy uchwalone przez zgromadzenie wspólników 21 marca 2017 r.

Zgodnie z § 4 ust. 8 załącznika do Uchwały nr 2/2017 z dnia 21.03.2017 r. nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników I. R. zarząd ma obowiązek bieżącego informowania rady nadzorczej na temat działalności spółki, przedstawiając działania podejmowane przez zarząd, możliwe konsekwencje tych działań oraz niebezpieczeństwa i ryzyka dla spółki. Co najmniej raz w miesiącu zarząd ma obowiązek przekazywać radzie nadzorczej, zgromadzeniu wspólników oraz bezpośrednio zgromadzeniu wspólników I. (prezydentowi Gorzowa) szczegółowy raport w przedmiocie, o którym mowa w zdaniu pierwszym. Ponadto na podstawie ust. 9 zarząd ma obowiązek konsultować i uzyskać opinię rady nadzorczej oraz zgromadzenia wspólników we wszystkich istotnych sprawach spółki w tym w zakresie decyzji związanych z celami strategicznymi.

42

Sygn. akt KIO 625/17

Jednocześnie § 8 ust. 3 załącznika nr 1 do Uchwały nr 1/2017 z dnia 21.03.2017 r. nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników I. R. zobowiązuje zgromadzenie wspólników do niezwłocznego reagowania na dostrzeżone przez radę nadzorczą spółki lub zgromadzenie wspólników I. (prezydenta Gorzowa Wilk.) niebezpieczeństwa lub nieprawidłowości w pracy zarządu, podejmując w tym względzie odpowiednie uchwały zobowiązujące Zarząd do

odpowiednich działań.

Niezależnie od treści ww. regulaminów w I. R. można również wskazać powiązania osobowe, skutkujące uznaniem, że decyzyjność spółki I. R. jest zależna od Zamawiającego, gdyż prezes I. R. jest również prokurentem samoistnym w I., w której Gorzów Wielkopolski posiada 100 % udziałów.,

Natomiast brak mechanizmów bezpośredniego wpływu na cele strategiczne I. R. oraz wszelkie inne decyzje podejmowane w spółce zawartych w umowie spółki nie stanowi przeszkody do faktycznego podejmowania takich decyzji. Ponadto umowa spółki podlega zmianom i nabiera odpowiedniego kształtu zależnie od potrzeb wspólników.

Powyższe wskazuje, że kontrola sprawowana nad I. R. jest kontrolą realną, o ścisłym charakterze oraz określonych procedurach, a także jest sprawowana na płaszczyźnie strukturalnej jak i funkcjonalnej spółki.

Ponadto prezydent Gorzowa Wielkopolskiego w Zarządzeniu nr 106/1/2017 z dnia 30.03.2017 r. sformułował zasady nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem gminy Gorzów Wielkopolski. Z zarządzenia tego wynika, że sprawuje realną kontrolę na podległymi spółkami, w których Gorzów Wielkopolski jest jedynym udziałowcem (akcjonariuszem) lub dysponuje większością głosów na zgromadzeniu wspólników lub na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy. Skoro zatem Zamawiający pełni bezpośrednią kontrolę nad I., nie ulega wątpliwości, że również pełni kontrolę nad spółką córką – I. R., choć nie jest jej bezpośrednim udziałowcem.

Nie można tracić z pola widzenia faktu, że oprócz władztwa formalnego wynikającego z umowy spółki, podmioty z udziałem jednostek samorządu terytorialnego nie są z istoty samodzielnymi bytami prawnymi w zakresie podejmowanych decyzji. Nieformalizowane władztwo faktyczne jest zawsze atrybutem jednostek samorządu terytorialnego. Ostatecznie decyzje zarządów spółek są bowiem uzależnione od woli ich założycieli, nawet jeśli w łańcuchu powiązań występuje kilka podmiotów. W szczególności istotne jest, że rady nadzorcze obu rozważanych spółek mają uprawnienia do powoływania i odwoływania (w każdym czasie) członków zarządu. Zatem *de facto* gmina ma możliwość – bezpośrednio w przypadku spółki I., czy za jej pośrednictwem w przypadku spółki I. R. – zablokowania działań zarządu niezgodnych z założonymi celami strategicznymi i wyegzekwowania

Sygn. akt KIO 625/17

podjęcia istotnych decyzji dotyczących zarządzania tym spółkami, zgodnie ze swoją wolą.

Ponadto zauważyć należy, że choć zgodnie z art. 219 Kodeksu spółek handlowych rada nadzorcza sprawuje nadzór nad działalnością spółki i nie ma prawa wydawania zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki, przepis ten nie dotyczy zgromadzenia wspólników, zatem można uznać, że zgromadzenie wspólników ma możliwość wydawania zarządowi wiążących *poleceń*. Odmienne niż w przypadku spółki akcyjnej ksh nie zawiera zakazu wydawania wiążących poleceń zarządowi przez wspólnika (przepis art. 375 ¹ ksh nie ma swojego odpowiednika w przepisach dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). W projekcie ustawy wprowadzającej ten ostatni przepis (ustawa z 12.12.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw) czytamy: (...) *Projekt nie czyni tego (zakazu wydawania zarządowi poleceń przez wspólników – przyp. własny) dla regulacji dotyczącej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W toku prac nad projektem przeważał pogląd, że nie jest uzasadnione wprowadzanie zakazu wydawania poleceń wobec wspólników, gdyż i tak częstokroć faktyczne zarządzanie spółką przez wspólnika bez mandatu członka zarządu ma miejsce. Wprowadzenie zatem analogicznej regulacji w sposób jednoznaczny sprowadziłoby tę praktykę „do podziemia”, eliminując jakiegokolwiek ślady oddziaływania wspólników na spółkę. Takie oddziaływanie powinno jednak, chociażby pośrednio, być dostrzegalne dla uczestników obrotu z udziałem takich spółek; dlatego też ustawa nie powinna doprowadzać do „formalne” (dokumentowanej) nieobecności wspólników w zarządzaniu spółką (...).* Wskazuje się, że taki dualizm uzasadniany jest m.in. okolicznością, że spółka akcyjna (modelowa spółka kapitałowa w polskim porządku prawnym) ma z założenia służyć prowadzeniu działalności na większą skalę i pozyskiwać fundusze na rozwój przez emisję akcji, co powoduje rozdrobnienie (niejednokrotnie znaczne) struktury własnościowej. Akcjonariusz jest co do zasady jedynie inwestorem, nie angażując się bezpośrednio

w działalność spółki. Inaczej jest w przypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, w których – jak wynika z samego projektu uzasadnienia – zaangażowanie wspólników w sprawy spółki jest raczej regułą niż wyjątkiem. Brak odpowiednika przepisu art. 375 1 ksh w regulacjach dotyczących sp. z o.o. stanowi kolejny, obok np. prawa osobistej kontroli, element osobowy w tej spółce kapitałowej. Oczywiście jest, że w przypadku komunalnych spółek czy też spółek utworzonych przez te spółki, jednostka samorządu terytorialnego nie egzekwowała nad tymi spółkami, które wyposaża w we własne mienie, kontroli w zasadniczych aspektach ich działalności.

Reasumując, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający, sprawuje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące

44

Sygn. akt KIO 625/17

zarządzania sprawami spółki I. R.. Na marginesie należy zauważyć że najdalej idące stanowisko Odwołującego przeczy zdrowemu rozsądkowi, gdyż jednostki samorządu terytorialnego od lat prowadzą gospodarkę komunalną w formie spółek z o.o., czego by z pewnością zaprzestały, gdyby nie mogły mieć wpływu na cele strategiczne i istotne decyzje tych spółek.

{rozstrzygnięcie zarzutu nr 4}

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 14 ust. 1 pzp i art. 58 § 1 kc, polegający na obejściu przez Zamawiającego prawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, tj. udzielenia zamówienia spółce związanej jedynie w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, w sytuacji gdy istniejąca spółka należąca do Zamawiającego sama nie mogła spełnić przesłanek do uzyskania zamówienia w tym trybie.

Niesporne było, że:

- I. nie spełnia przesłanki z lit. b) powyższego przepisu, gdyż prowadzi działalność komercyjną o skali przekraczającej dopuszczalne 10%;
- I. R. została utworzona w celu prowadzenia działalności objętej przedmiotem tego zamówienia.

Zgodnie z art. 58 § 1 kc czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna.

Art. 67 ust. 9 pzp przewiduje, że w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b {przesłanka zawarta w tym przepisie wymaga, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w przesłance z lit. a} ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że Koncepcja obejścia prawa została wyjaśniona przez Paulusa (D. 1.3.29): *contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in*

45

Sygn. akt KIO 625/17

fraudem vero, qui salvi verbis legis sententiam eius circumvenit – przeciw ustawie działa ten, kto narusza przepis, a oszukańczo wobec niej ten, kto, idąc za jej słowem, obchodzi jej sens. Ściśle rzecz biorąc, działanie mające na celu obejście przepisu jest sprzeczne z normą prawną z tego przepisu wypływającą, więc jest już *ex definitione* sprzeczne z ustawą (w rozumieniu art. 58 § 1 kc). Dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ustawodawca wyraził tę myśl jednak w sposób jednoznaczny.

Czynności mające na celu obejście ustawy (in *fraudem legis*) zawierają jedynie pozór

zgodności z ustawą tzn. zawierają treść, która z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane. Chodzi tu zatem o wywołanie skutku sprzecznego z prawem (wyroki Sądu Najwyższego wydane: 25 listopada 2004 r., sygn. akt I PK 42/04, OSNP 2005, nr 14, poz. 209; 25 stycznia 2005 r., sygn. akt II UK 141/04, OSNP 2005, nr 15, poz. 235; 29 marca 2006 r., sygn. akt II PK 163/05, OSNP 2007, nr 5–6, poz. 71). W pewnym uproszczeniu obejście ustawy to zachowanie podmiotu prawa, który – napotykać prawny zakaz dokonania określonej czynności prawnej – obchodzi go w ten sposób, że dokonuje innej niezakazanej formalnie czynności w celu osiągnięcia skutku związanego z czynnością zakazaną, a tym samym sprzecznego z prawem (wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2005 r., sygn. akt III UK 89/05, OSNP 2006, nr 11–12, poz. 192).

Ustalenie, czy dana czynność zmierza do obejścia prawa, jest zadaniem bardzo trudnym. Wydaje się wręcz, że w wielu wypadkach taka kwalifikacja czynności ma charakter ocenny. Można sformułować tylko ogólną wskazówkę, zgodnie z którą ustalenie, czy czynność została podjęta in fraudem legis, wymaga uwzględnienia nie tylko funkcji i określonego motywu gospodarczego, ale również całokształtu konsekwencji prawnych z niej wynikających dla podmiotów danego stosunku (tak np. M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny...*, red. K. Pietrzykowski, t. 1, 2005, s. 259; wyrok SA w Lublinie z dnia 20 stycznia 1999 r., I ACa 377/98, Apel.-Lub. 1999, nr 1, poz. 2). Poza tym sąd powinien kierować się rozsądną oceną, która w wielu wypadkach pozwala *prima facie* dostrzec próbę obejścia prawa przez strony czynności. Jak się wydaje, śmielsze ustalanie przez sądy obejścia prawa mogłoby stać się w wielu wypadkach odpowiedzią na rzekomo złe prawo i alternatywą dla zgubnego nawyku bezustannych nowelizacji {Paweł Księżak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Lex 2014, komentarz do art. 58, tezy 42.-44.}.

Przy czym w judykaturze sformułowano pogląd, że o czynności prawnej sprecznej z ustawą lub mającej na celu obejście ustawy można mówić tylko wtedy, gdy czynność taka pozwala na uniknięcie zakazów, nakazów lub obciążeń wynikających z przepisu ustawy

46

Sygn. akt KIO 625/17

i tylko z takim zamiarem została dokonana (wyrok Sądu Najwyższego z 1 czerwca 2010 r., sygn. akt II UK 34/10, Lex nr 619639). Natomiast nie ma na celu obejścia prawa dokonanie czynności prawnej dla osiągnięcia skutków, jakie ustawa wiąże z tą czynnością (wyroki Sądu Najwyższego z: 11 stycznia 2006 r., sygn. akt II UK 51/05, OSNP 2006, nr 23-24, poz. 366; 1 czerwca 2010 r., sygn. akt II UK 34/10, Lex nr 619639) {Andrzej Janiak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, red. A. Kidyba, WKP 2012, komentarz do art. 58, teza 22., akapit 3.}.

Zakazy mogą:

- 1) odnosić się do pewnych rodzajów czynności prawnych, np. zapisu (art. 1067 kc), kary umownej (art. 483 § 1 kc – zakaz zastrzegania kary umownej dla zabezpieczenia zobowiązań pieniężnych) itd.;
- 2) odnosić się do określonych przedmiotów, np. zakaz dokonywania obrotu narkotykami czy organami ludzkimi;
- 3) być skierowane do określonych podmiotów, np. zakaz dokonywania niektórych czynności przez inne podmioty niż banki czy zakłady ubezpieczeń;
- 4) wiązać się z brakiem uprawnienia do dokonywania danych czynności w określonych okolicznościach np. bez zgody określonego organu czy podmiotu, czy szerzej – brakiem kompetencji do dokonywania określonych czynności;
- 5) wiązać się z uprawnieniami innych osób, np. prawem pierwokupu.

Z kolei nakazy odnoszą się do:

- 1) wymaganych elementów treści czynności prawnej (np. umowa przeniesienia prawa wieczystego użytkowania gruntu zabudowanego, niezawierająca postanowień o przeniesieniu także prawa własności budynków);
- 2) formy czynności prawnej (art. 73 § 2 kc);
- 3) trybu dokonania czynności (np. obowiązkowego przetargu; por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 13 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75, z głosem A. Szyszkowskiego, M. Praw. 2002, nr 21, s. 1004) {Paweł Księżak (w:)

Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Lex 2014, komentarz do art. 58, tezy 34.-35.}.

Według Odwołującego udzielenie zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp nowo utworzonej spółce, jak to określił „wnucze”, czyli I. R., stanowi obejście niemożliwości udzielenia w trybie tego przepisu zamówienia spółce córce, czyli I., co oznacza, że czynność ta jest nieważna na mocy art. 58 § 1 kc. Innymi słowy udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki spółce I. R. stanowiłoby obejście zakazu udzielenia w tym trybie zamówienia spółce I. wynikającego z niespełnienia przez tę ostatnią przesłanki z art. 67 ust.

47

Sygn. akt KIO 625/17

1 pkt 12 lit. b pzp.

Izba zważyła, że z hipotezy art. 67 ust. 9 pzp (stanowiącej odzwierciedlenie hipotezy normy dyrektywy zamówieniowej) wynika, że udzielenie zamówienia *in-house* może dotyczyć nowo utworzonej osoby prawnej. Oznacza to, że tworzenie przez zamawiających bezpośrednio lub za pośrednictwem kontrolowanych przez nich osób prawnych nowych spółek w celu udzielenia im zamówienia *in-house* jest dopuszczalne zarówno w świetle dyrektywy zamówieniowej, jak i ustawy pzp.

Zdaniem Izby jest to wystarczające, aby uznać zarzut odwołania za bezprzedmiotowy.

{rozstrzygnięcie zarzutu nr 3}

Izba uznała za niezasadny zarzut art. 68 ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 – przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz niedający możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Izby w sytuacji złożenia odwołania od wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, kwestionowanie prawidłowości określonych w tym warunków jest zbędne dla zaspokojenia interesu Odwołującego. Natomiast jeżeli miałyby służyć ustaleniu warunków obowiązujących w ewentualnym postępowaniu wszczętym w trybie konkurencyjnym, jest to przedwczesne. Dopiero w razie uchylecia decyzji Zamawiającego o wyborze tego trybu może zaistnieć kwestia, czy warunki postawione wykonawcom są odpowiednie, aby wyłonić wykonawcę zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,

48

Sygn. akt KIO 625/17

na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

.....

.....

49