



Gorzów Wlkp., 31.03.2017 r.

WAD-VI.271.13.2017.KP

INFORMACJA

Dotyczy: postępowania na „**Utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach administracyjnych miasta Gorzowa Wlkp. w okresie od 01 sierpnia 2017 r. do 31 lipca 2021 r.**”

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015r. poz. 2164 ze zm.), dalej PZP, Zamawiający zamieszcza kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Jednocześnie uprzejmie informuję, że zgodnie z art. 185 ust. 2 PZP Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

PREZYDENT MIASTA

Jacek Wójcicki

Załączniki:

Załącznik nr 1 – Odwołanie z dnia 30 marca 2017 r. wniesione przez Eneris Surowce S.A.

Warszawa, dnia 30 marca 2017 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:
ENERIS Surowce S.A.
z siedzibą w Kielcach

adres do korespondencji:
ul. Koszykowa 65
00-667 Warszawa
fax: +48 22 331 90 40
e-mail: aneta.wala@grupa-eneris.pl

Zamawiający:
Miasto Gorzów Wlkp.
ul. Sikorskiego 3-4
66-400 Gorzów Wlkp.
fax: +48 95 735 56 12,
e-mail: zampubl@um.gorzow.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki pn. „Utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach administracyjnych miasta Gorzowa Wlkp. w okresie od 01 sierpnia 2017 r. do 31 lipca 2021 r.”

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy:

[http://bip.wrota.lubuskie.pl/umgorzow/system/obj/12089_WAD-VI,271.13.2017.KP_-
Informacja_o_zamiarze_zawarcia_umowy.pdf](http://bip.wrota.lubuskie.pl/umgorzow/system/obj/12089_WAD-VI,271.13.2017.KP_-Informacja_o_zamiarze_zawarcia_umowy.pdf) (zamieszczone 20 marca 2017 r.) na stronie BIP Zamawiającego.



ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego - ENERIS Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach, posiadającego Oddział w Gorzowie Wielkopolskim, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 ze zm., dalej jako: Pzp), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze trybu i wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki pn. „Utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach administracyjnych miasta Gorzowa Wlkp. w okresie od 01 sierpnia 2017 r. do 31 lipca 2021 r.”, o czym Odwołujący dowiedział się z Informacji o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonej dnia 20 marca 2017 r. na stronie internetowej BIP Zamawiającego.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam:

- naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp oraz art. 10 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp 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: dyrektywa zamówieniowa) poprzez 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;
- naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp w ten sposób, że Zamawiający nie sprawuje nad Inneko sp. z o.o. oraz nad Inneko RCS 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 Inneko sp. z o.o. oraz Inneko RCS sp. z o.o.;
- naruszenie przepisu art. 68 ust. 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz niedający możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
- naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 58 § 1 k.c., poprzez obejście 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.



W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Interes

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 czerwca 2016 r. (KIO 983/16): *w przypadku kwestionowania środkiem ochrony prawnej wyboru trybu niekonkurencyjnego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie może być interpretowany ściśle przez odniesienie się wyłącznie do danego postępowania o zamówienie publiczne, którego wynikiem ma być umowa o zamówienie publiczne. Wynika to w ocenie Izby z konieczności zachowania nadrzędnej zasady postępowania, jaką jest konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumiana zarówno jako zasada wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy, ale także jako zasada prymatu trybów konkurencyjnych wyrażona w art. 10 ust. 1 ustawy. Tym samym w przypadku odwołań wnoszonych na tryb udzielenia zamówienia publicznego interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być analizowany przez pryzmat konkretnej umowy odpłatnej o określonym przez zamawiającego przedmiocie zamówienia niezależnie od wyboru trybu postępowania, które ma do jej zawarcia doprowadzić. ...*

Odwołujący w aktualnym stanie faktycznym traci możliwość ubiegania się o udzielenie mu zamówienia, a w konsekwencji ewentualną możliwość realizacji przedmiotu zamówienia wobec deklarowanej niniejszym zdolności jego realizacji i chęci wzięcia udziału w konkurencyjnej procedurze zamówieniowej. W przypadku uwzględnienia odwołania Zamawiający będzie zobowiązany do przeprowadzenia nowego postępowania, a zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa dopuszczalne jest upatrywanie interesu w uzyskaniu postępowania w postaci możliwości wszczęcia nowej procedury.

Odwołujący w aktualnym stanie faktycznym traci możliwość ubiegania się o udzielenie mu zamówienia, a w konsekwencji ewentualną możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci potencjalnej możliwości osiągnięcia zysków w przypadku wyboru trybu konkurencyjnego postępowania, w którym Odwołujący będzie mógł wziąć udział.

Tym samym należy uznać, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp (dalej także jako zamówienie in-house), pn. *Utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach administracyjnych miasta Gorzowa Wlkp. w okresie od 01 sierpnia*



2017 r. do 31 lipca 2021 r., o czym poinformował, zamieszczając 20 marca 2017r. na stronie internetowej BIP „Informację o zamiarze zawarcia umowy”. W Informacji tej zamieszczono lakoniczne uzasadnienie wyboru trybu, wskazując, że Wykonawca INNEKO RCS Sp. z o.o. (dalej: INNEKO RCS) spełnia przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ Zamawiający posiada 100% udziałów w INNEKO Sp. z o.o. (dalej: INNEKO), która z kolei w spółce INNEKO RCS posiada 99 ze 100 równych udziałów. Pozostały udział posiada inna spółka zależna Zamawiającego - Eneri Sp. z o.o. (dalej: Eneri), a wobec tego w spółce INNEKO RCS nie ma udziału kapitału prywatnego. Ponadto, w statucie INNEKO RCS określono, że podstawowym przedmiotem działalności spółki jest *catoroczne utrzymanie dróg oraz chodników na terenie Miasta Gorzowa Wlkp.*, a wszystkie przychody wynikające z prognozy finansowej na lata 2017-2020 pochodzą z wynagrodzenia Zamawiającego za wykonywanie zadań na rzecz Miasta.

1. Zasada uczciwej konkurencji i prymat trybów konkurencyjnych

W wyniku celowego działania ustawodawcy, wyrażonego w przepisach ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020 ze zm., dalej: nowelizacja Pzp), tryb in-house został włączony do reżimu prawa zamówień publicznych. Dowodem na taki sposób interpretacji tej konstrukcji jest uzasadnienie nowelizacji Pzp: *Projekt zawiera propozycję, aby tzw. zamówienia in-house były udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki, a same przesłanki zostały zmodyfikowane - w stosunku do dyrektywy - w taki sposób, aby podmioty, które otrzymują zlecenia bez przetargu w zasadzie nie uczestniczyły w konkurencji na otwartym rynku* (<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366>).

Jest to sytuacja odmienna w stosunku do konstrukcji przewidzianej w art. 12 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: dyrektywa zamówieniowa), w której zamówienia in-house (w razie spełnienia wszystkich warunków określonych w przywołanym art. 12 ust. 1) nie są objęte zakresem zastosowania dyrektywy.

W związku z powyższym do zamówień in-house stosuje się wszystkie zasady przewidziane dla zamówień publicznych, w tym te wynikające z dyrektywy zamówieniowej. Na mocy art. 7 ust. 1 Pzp, na Zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto, zgodnie z art. 10 Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a 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.

Przedstawiciele doktryny pozytywnie oceniają zasadę prymatu trybów konkurencyjnych: *Tryby podstawowe gwarantują pełną konkurencyjność prowadzonego postępowania, gdyż zakładają wszczęcie postępowania przez publikację ogłoszenia w przewidzianych prawem publikatorach oraz*



brak możliwości negocjowania warunków wykonania zamówienia w trakcie postępowania. Tryby pozostałe w mniejszym lub większym stopniu wpływają na ograniczenie konkurencji, stąd możliwość prowadzenia postępowania w takich trybach jedynie przy spełnieniu przesłanek ich zastosowania (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VI, LEX 2014).

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 7 listopada 2016 r. (KIO 1984/16): Zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 p.z.p., zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta koreluje z inną zasadą udzielania zamówień publicznych, a mianowicie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p., zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oczywistym jest, że zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 p.z.p. urzeczywistnia się najpełniej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców (A. Bazan, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II, LEX 2015).

Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z 31 marca 2016 r. (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).

Wynika stąd kluczowy obowiązek wykazania, że szczególne, wyjątkowe okoliczności zmusiły Zamawiającego do wybrania trybu z wolnej ręki zamiast procedury konkurencyjnej co wynika z prounijnej wykładni zgodnie z treścią aktów prawa UE.

Ponadto, z art. 18 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej wynikają następujące „Zasady udzielania zamówień”:

Institucje 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, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy



zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Z motywu 1 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. Krajowy ustawodawca powinien zagwarantować, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję.

Z motywu 2 dyrektywy zamówieniowej wynika natomiast, że przepisy dot. zamówień publicznych mają zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE): *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).

Zgodnie z regułami rynku wewnętrznego UE, pierwszeństwo zawsze przysługuje procedurze konkurencyjnej. Potwierdzeniem w krajowym systemie prawnym jest treść art. 10 Pzp. Wynika stąd, że samo wzięcie pod uwagę trybu konkurencyjnego i następnie rozstrzygnięcie o wyborze trybu ma charakter obligatoryjny. Z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający, a następnie Izba, powinien wywieść obowiązek wykazania uzasadnienia dla wyboru trybu niekonkurencyjnego, mającego oddzielny, pierwotny charakter względem uzasadnienia wyboru trybu in-house.

W sytuacji, kiedy ustawodawca krajowy nie przesądził o treści obligatoryjnego uzasadnienia wyboru trybu, nie można z góry przyjąć, że samo oświadczenie o spełnieniu przesłanek wynikających z podstawy prawnej jest wystarczające. Treść art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp należy interpretować zgodnie z wymogami zawartymi w dyrektywie, której przepisy implementuje.

Czynność, którą Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić przed udzieleniem zamówienia, powinna zawierać analizę rynku, na który wpłynie udzielenie zamówienia, oraz określenie, czy sytuacja na tym rynku uprawnia do zastosowania wyjątkowej procedury zamówienia in-house. W sytuacji, gdy okaże się, że na rynku funkcjonują podmioty, które są w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie, nie zachodzi konieczność wszczęcia procedury z wolnej ręki, a więc taki wybór trybu jest nieuzasadniony - tak właśnie jest w przedmiotowym postępowaniu.

13



Okoliczność, że implementacja dyrektywy do krajowego porządku prawnego okazała się zbyt wąska i niepełna, nie zwalnia Zamawiającego jako podmiotu publicznego - a więc emanacji państwa w rozumieniu prawa UE - z realizacji swoich obowiązków, zgodnie z zasadą lojalności i wynikającym z niej obowiązkiem tzw. wykładni pronunijnej.

Należy wskazać, że dyrektywa wiąże państwa członkowskie co do rezultatu, a więc nie ma znaczenia, że nie została ona prawidłowo wprowadzona do porządku krajowego, nawet kiedy pojedynczy przepis wprost odpowiada przepisowi z dyrektywy - kiedy powołuje się na ten fakt jednostka (zasada *estoppel*). Wynika stąd fakt, że dyrektywa wiąże w tym zakresie wszystkie organy państwa, w tym sądy (por. wyrok ETS w sprawie 14/83 von Colson i Kamann). Są one zobowiązane do tzw. pronunijnej wykładni prawa krajowego, w tym zgodnie z zasadą wykładni odpowiadającej dyrektywie, a przede wszystkim jej celowi (por. wyrok ETS w sprawie 106/89 Marleasing).

Z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej wynika, że państwa członkowskie UE mają obowiązek podejmowania wszelkich środków ogólnych lub szczególnych, właściwych dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii oraz ułatwiania wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii. W konsekwencji, organy krajowe, stosując krajowe regulacje krajowe stanowiące implementację przepisów unijnych, muszą je interpretować, biorąc pod uwagę cel i ducha dyrektywy (por wyrok ETS w sprawie 106/89 Marleasing).

Oceniając prawidłowość postępowania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, należy więc ocenić prawidłowość zastosowania art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp w odniesieniu do art. 7 ust. 1 Pzp i 10 ust. 1 Pzp, dokonując wykładni zgodnej z art. 18 ust. 1 oraz motywem 1 i 2 dyrektywy zamówieniowej. Rozumowanie prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie zapewnił równego dostępu do zamówienia wszystkim wykonawcom, ponieważ w wyniku nieprawidłowego wyboru trybu niekonkurencyjnego całkowicie uniemożliwił ubieganie się o udzielenie zamówienia wszystkim wykonawcom, poza INNEKO RCS.

Nie można podzielić poglądu wyrażonego m.in. w wyroku Izby z dnia 7 lutego 2017r. (sygn. akt KIO 96/17), dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji in-house wyłącznie, gdy zamawiający spełnia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp z zastosowaniem ust. 8 i ust. 9. Żaden przepis prawa nie zwalnia bowiem Zamawiającego z oceny, czy zastosowanie tego trybu w danych okolicznościach sprawy nie naruszy konkurencji, która na danym rynku funkcjonuje, czy nie będzie stanowić sztucznego zawężania konkurencji w rozumieniu art. 18 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej. W okolicznościach tej sprawy ewidentnie mamy do czynienia z działaniem Zamawiającego, które nie powinno korzystać z ochrony. Wybór tego trybu w celu udzielenia zamówienia spółce związanej przez inne spółki komunalne wyłącznie w celu udzielenia tego zamówienia, spółce, która, nie mając jakiegokolwiek potencjału, ma za zadanie jedynie spełnić przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, zmierza do nieuzasadnionego działania na niekorzyść innych wykonawców działających w warunkach konkurencji. Samo więc przywołanie przez Zamawiającego w Informacji przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp nie może wyczerpać obowiązku Zamawiającego badania dopuszczalności skorzystania z instytucji in-house, który wynika z przywołanych wyżej naczelnych zasad udzielania zamówień Pzp.

13



Zamawiający bowiem nie jest uprawniony do udzielenia zamówienia in-house, jeżeli godzi to - jak w niniejszej sprawie - w naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych. Nie można bowiem stwierdzić, że już przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do skorzystania z udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi samo w sobie ograniczenie konkurencji. Nadal Zamawiającego obowiązują zasady udzielania zamówień publicznych stawiających na pierwszym miejscu konkurencję, o ile taka w danym zakresie istnieje, a w konsekwencji tryby konkurencyjne udzielania zamówień, zakaz sztucznego zawężania konkurencji.

2. Pozorne spełnianie przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp zamówienie udzielane jest przez zamawiającego 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.

Umowy spółek INNEKO oraz INNEKO RCS wskazują, że kontrola ta nie odbiega od określonej w ustawie z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U.2016.1578 ze zm., dalej: KSH) kontroli sprawowanej przez wspólników spółek komercyjnych i nie odpowiada kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad własnymi jednostkami organizacyjnymi.

Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 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 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 dnia 10 września 2009 r.) Trybunał potwierdził, 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 rzezone 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 rzezonym komitetom i podporządkowując jego 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 analogiczna do tej, którą samorzady będące akcjonariuszami sprawują nad ich własnymi służbami, przewidziana przez mechanizm rzezonych komitetów, może być nie mieć zastosowania.

Zamawiający nie sprawuje zarówno nad spółką INNEKO jak i INNEKO RCS kontroli analogicznej do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, gdyż nie posiada on żadnej skutecznej możliwości wydawania wiążących wytycznych/poleceń, którym muszą być podporządkowane cele strategiczne i istotne decyzje zarządów spółek INNEKO oraz INNEKO RCS.

Ponadto należy mieć na uwadze, że:



- (A) Zgodnie z art. 201 Kodeksu spółek handlowych (KSH) to zarząd spółki z o.o., a nie żaden inny organ, 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.
- (B) 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 KSH 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.
- (C) Zgodnie z art. 219 KSH rada nadzorcza sprawuje głównie nadzór nad działalnością spółki i stosownie z §2 tego artykułu nie ma prawa wydawania zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki.
- (D) Wprawdzie umowa spółki zgodnie z art. 220 KSH 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.
- (E) Zgodnie z treścią umów spółek INNEKO oraz INNEKO RCS, rady nadzorcze w tych spółkach nie mają wpływu i nie wywierają decydującego wpływu na cele strategiczne oraz wszystkie istotne decyzje w tych spółkach.
- (F) Zgodnie z KSH, zgromadzenie wspólników może podejmować uchwały dotyczące kilku istotnych decyzji w spółce. Umowa spółki może ten katalog rozszerzyć, ale jak wskazuje treść umowy spółki INNEKO oraz INNEKO RCS, katalog ten nie obejmuje możliwości wywierania decydującego wpływu na cele strategiczne i na wszystkie istotne decyzje, lecz jedynie bardzo ograniczoną liczbę tych decyzji.
- (G) Niezależnie od wpływu organów korporacyjnych na kilka istotnych decyzji w spółkach należy wskazać, że w żadnym razie Zamawiający za pośrednictwem INNEKO nie kontroluje skutecznie INNEKO RCS. Model przyjęty dla spółki INNEKO RCS całkowicie odbiega od skutecznych mechanizmów kontrolnych przewidzianych wobec spółki Setco w orzeczeniu w sprawie *Sea Srl*.
- (H) Zamawiający nie ma możliwości skutecznie wpłynąć na istotne decyzje zarządu spółki INNEKO RCS i w konsekwencji na istotne decyzje zarządu spółki INNEKO. Kontrola jest bardzo ograniczona i ponadto przechodzi przez tak wiele szczebli (organów spółek), że realny wpływ Zamawiającego na cele strategiczne i istotne decyzje podejmowane przez zarząd INNEKO RCS jest znikomy.
- (I) Tytułem przykładu można wskazać kwestię ustalania budżetu/planu finansowego spółki INNEKO RCS. Ustalanie budżetu stanowi o wyznaczeniu celów strategicznych spółki oraz o wpływie na istotne decyzje dotyczące działalności spółki. Zamawiający (w tym

fy



poprzez zgromadzenie wspólników, jak i radę nadzorczą INNEKO) nie ma żadnego realnego wpływu na jego określenie przez zarząd w spółce INNEKO. Zamawiający nie ma również żadnego wpływu na ustalenie budżetu w spółce INNEKO RCS. W tym zakresie na uwagę zasługują postanowienia: §11 i 12 umowy spółki INNEKO oraz §14 i 17 umowy spółki INNEKO RCS.

- (J) Dla porównania 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. Mając na uwadze treść ww. umów spółek z o.o., które nie zawierają postanowienia, iż przedstawiciele Zamawiającego mają prawo wywrzeć decydujący wpływ na wszystkie cele strategiczne i istotne decyzje zarówno INNEKO jak i INNEKO RCS, należy uznać, że kontrola sprawowana przez Zamawiającego w ww. spółkach jest pozorna.
- (K) Należy także wskazać, że istotne decyzje spółki nie są również tożsame ze sprawami spółki przekraczającymi zwykły zarząd. „Istotne decyzje osoby prawnej” to pojęcie prawa unijnego i decyzje te stanowią 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. Przy czym nawet w tych sprawach (przekraczających zwykły zarząd) w spółkach INNEKO jak i nad INNEKO RCS niemal wszystkie decyzje odnośnie tego rodzaju czynności podejmuje samodzielnie zarząd.
- (L) 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. Doktryna prawa potwierdza, że 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 wzgląd na indywidualne właściwości danej spółki i znaczenie danej czynności dla całokształtu spraw w spółce. Takie zapytywanie jest powszechnie podzielane w doktrynie (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;

11



K. Kruczalak, Komentarz do art. 205 KSH, LexPolonica 2014; R. Pabis, [w:] *Bieniak i in.*, Komentarz KSH, 2012, s. 804).

- (M) Mając na uwadze, że spółka INNEKO RCS jest spółką z kapitałem zakładowym 5 000 zł, bez żadnego własnego majątku, zasobów, personelu (poza członkami organów), należy uznać, że niemal każda decyzja przekraczać będzie zwykły zarząd spółki i niemal każda decyzja przewyższająca kilkukrotnie zobowiązania powyżej 5 000 zł będzie tym samym istotna dla spółki i w takich sprawach Zamawiający powinien mieć decydujący wpływ na spółkę INNEKO RCS. Tym niemniej, taka decyzja w spółce INNEKO nie będzie już wymagała uchwały wspólników lub zgody jej rady nadzorczej.
- (N) Na koniec należy zwrócić 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, niż standardowo przewidziane dla komercyjnych spółek handlowych. 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) ustawy Pzp w zw. z art. 12 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej.

Z Informacji przedłożonej przez Zamawiającego w ogóle nie wynika, jaka kontrola jest przez niego sprawowana nad INNEKO RCS. Samo tylko przedstawienie stosunków kapitałowych z całą pewnością nie potwierdza automatycznie, że kontrola ta spełnia opisane wymogi. Z przedstawienia samej tylko struktury własnościowej nie da się wywieść poziomu kontroli nad podmiotem.

*Według utrwalonego orzecznictwa „analogiczna kontrola” istnieje, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej jednostki (ww. 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 (ww. wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 26). Trybunał wymaga również, aby kontrola była skuteczna (ww. wyrok w sprawie *Coditel Brabant*, pkt 46) (wyrok TSUE w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 - ASPEM).*

Analiza prowadzi do wniosku, że ani Zamawiający ani INNEKO nie posiada nad INNEKO RCS skutecznej kontroli strukturalnej i funkcjonalnej w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz odnoszącego się do kryteriów in-house orzecznictwa.

3. Nieproporcjonalne warunki udziału w postępowaniu, nie pozwalające na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.



Zgodnie z art. 68 ust. 2 Pzp, najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tak jest w analizowanym przypadku), również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. W związku z tym zastosowanie znajduje art. 22 ust. 1a Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Należy wskazać, że postawione w niniejszym postępowaniu warunki nie spełniają warunku proporcjonalności oraz nie umożliwiają oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Izby, stawianie warunku zbyt małego, który właśnie nie umożliwia dokonania prawidłowej oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, mija się z założonym celem i jest pozbawione sensu (wyrok Izby z dnia 15 grudnia 2016 r., KIO 2285/16).

Zamawiający nie przewidział żadnego warunku dotyczącego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy. Należy wskazać, że w analogicznym postępowaniu sam Zamawiający, w ramach postępowania nr WAD-VI.271.57.2016.NP pn. *Utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach administracyjnych miasta Gorzowa Wlkp.*, które dotyczyło wykonywania zamówienia w okresie od 1 października 2016 r. do 21 maja 2017 r., wskazał na minimalne warunki dot. doświadczenia:

należało wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonawca *wykonął co najmniej jedną usługę dotyczącą 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 w ciągłości.* Wobec tego łączna wartość usługi nie mogła być niższa niż 1 200 000,00 zł brutto.

Aktualne postępowanie obejmuje aż 4 okresy zimowe, tymczasem opisany warunek odnosił się tylko do 1 sezonu. Aktualny brak warunków w zakresie doświadczenia jest rozwiązaniem niezgodnym z art. 22 ust. 1a Pzp, ponieważ uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W Zaproszeniu do wzięcia udziału w postępowaniu z 17 marca 2017 r. Zamawiający wskazał na wymóg w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej - *Wykonawca winien posiadać środki finansowe w wysokości minimum 1 000 000,00 PLN lub zdolność kredytową na kwotę minimum 1 000 000,00 PLN.* Należy wskazać, że kwota ta jest zdecydowanie zbyt niska, nieproporcjonalna w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia, a także okresu trwania umowy. Wymóg ten nie pozwala na weryfikację sytuacji ekonomicznej wykonawcy, ponieważ wymagana suma jest zbyt niska - takiej samej kwoty zamawiający wymagał w odniesieniu do 1 sezonu. Wymóg w odniesieniu do 4 sezonów powinien być więc proporcjonalnie wyższy.

13



Powyższe argumenty prowadzą do wniosku, że utworzona *ad hoc*, wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania spółka INNEKO RCS nie została poddana nawet próbie obowiązkowej weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Treść wymogów tego samego Zamawiającego z poprzednich postępowań, a także reguły doświadczenia życiowego wskazują, że niepostawienie wykonawcy żadnego warunku w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia oraz postawienie nieproporcjonalnie niskiego progu zdolności ekonomicznej w niniejszym postępowaniu stoją w sprzeczności z art. art. 22 ust. 1a Pzp, a w rzeczywistości mają wyłącznie umożliwić spółce INNEKO RCS uzyskanie zamówienia.

Ponadto, niezgodnie z celem art. 12 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej, Zamawiający dopuścił do sytuacji, w której nowo powstała spółka INNEKO RCS, nieposiadająca odpowiedniego majątku, środków trwałych, doświadczenia, personelu, doświadczenia i w dodatku niegwarantująca prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia uzyskała zamówienia będąc *de iure* fasadą spółki INNEKO.

Realizując przedmiotowe zamówienie, spółka INNEKO RCS będzie korzystała z zasobów udostępnionych jej przez INNEKO, 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 (w szczególności wymogu iż ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego). Taka sytuacja w ogóle nie jest zamiarem prawodawcy unijnego i krajowego, stoi w sprzeczności z regulacją in-house.

Zgodnie ze złożonym do akt KRS sprawozdaniem zarządu spółki INNEKO (przed zmianą nazwy: Zakładu Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp.) za 2015 r. (s.7)(dalej jako „Sprawozdanie”) obszarem działania spółki INNEKO jest obok Miasta Gorzów Wlkp., teren Związku Celowego Gmin MG-8 (w skład którego wchodzi, oprócz Miasta Gorzowa, gminy: Kłodawa, Bogdaniec, Santok, Luiszyn oraz Deszczno), Celowego Związku Gmin SGO5 (Strzelce Krajeńskie, Stare Kurowo, Dobigniew, Zwierzyn) oraz gminy niezrzeszonej Drezdenko.

Obszarem działalności spółki INNEKO w zakresie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne jest cały teren Polski (s. 8 Sprawozdania). Ponadto spółka INNEKO prowadzi działalność w miejscowości Stanowice w gminie Bogdaniec w zakresie Centrum badawczo-wdrożeniowego „Eko-innowacje” w gminie Bogdaniec (s. 11 Sprawozdania). Laboratorium świadczy usługi zarówno dla klienta wewnętrznego, jak i zewnętrznego, w tym dla Generalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska, Gorzowskiego Ośrodka Technologicznego Park Naukowo-Przemysłowy sp. z o.o. (s. 12-13 Sprawozdania). Co więcej spółka Inneko sp. z o.o. prowadzi także obiekt sportowo-rekreacyjny w postaci pola golfowego Zawarcie oraz organizuje turnieje golfowe (s.13).

4. Obejście prawa przez Zamawiającego

Zamawiający, jako podmiot publiczny, jest zobowiązany do działania na podstawie i w granicach prawa. Jednocześnie, samo wszczęcie postępowania jest czynnością prawną, która tworzy zobowiązanie po stronie Zamawiającego. Pogląd o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia jest wyrażany w orzecznictwie KIO i sądów (np. wyrok z dnia 21 listopada 2013



r., KIO 2591/13, KIO 2593/13, wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z 13 lutego 2014 r., I Ca 495/13). Podobna ocena wylania się z orzecznictwa sądów administracyjnych. Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 27 września 2011 r. (GSK 1842/11) wywiódł, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i związane z nim postępowanie odwoławcze mają charakter spraw cywilnych. Zdaniem Izby, *publicznoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem realizowany przez zamawiającego w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa* (wyrok Izby z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 991/14; KIO 1001/14).

Zgodnie z art. 58 § 1 k.c., 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 34/03, 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 prawnego (post. SN z dnia 20 stycznia 2010 r., II UK 264/09, Lex nr 960475) (A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II, WKP 2012).

W 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 SN z dnia 5 lipca 2012r. (sygn. akt I UK 101/12) czytamy: 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.

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 postanowieniami art. 58 k.c.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

INNEKO to spółka w 100% należąca do gminy, realizująca zadania własne gminy od 2004r., o kapitale zakładowym 17.947.000 zł, mająca w przedmiocie działalności także usuwanie odpadów. Spółce tej



jednak Zamawiający nie może udzielić zamówienia in-house, wobec niespełnienia przesłanki dot. przychodu (art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp).

Wobec faktu, że spółka ta nie spełnia wymogów określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zakresie osiąganych przychodów, Zamawiający podjął decyzję o utworzeniu nowego podmiotu - spółki INNEKO RCS, która w ogóle nie powstałaby, gdyby spółka INNEKO miała możliwość realizacji tego zamówienia w ramach in-house. Cała ta konstrukcja ma charakter sztuczny, ponieważ utworzenie podmiotu w lutym 2017r. z kapitałem zakładowym 5.000 zł miało na celu wyłącznie osiągnięcie przez Zamawiającego korzyści w postaci możliwości udzielenia spółce INNEKO RCS przedmiotowego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, w sytuacji, gdy art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp zakazywał udzielenia tego zamówienia spółce INNEKO, zaś przyjęty przez Zamawiającego tryb sztucznie zawęża konkurencję w rozumieniu art. 18 dyrektywy zamówieniowej.

Tym samym uzasadnione jest twierdzenie o obejściu przepisów Pzp przez Zamawiającego.

O prawdziwości powyższych stwierdzeń świadczy treść dokumentów rejestrowych obu spółek.

Podsumowanie

Uprzedzając ewentualne argumenty Zamawiającego, należy odnieść się do wyroku Izby z dnia 7 lutego 2017 r. (KIO 96/17), w którym Izba oddaliła odwołanie dotyczące zamówienia in-house w Tarnowie. Przedmiotowe postępowanie różni się od tamtej sprawy w istotnych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie ulega wątpliwości, że orzeczenie zapadłe w innej sytuacji faktycznej i w oparciu o odmienne zarzuty nie może stanowić argumentu przeciwko formułowanym w niniejszym odwołaniu zarzutom.

Po pierwsze, tarnowska spółka komunalna ma kapitał zakładowy 3 195 500 zł, wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług analogicznych do przedmiotu zamówienia, odpowiedni majątek (sprzęt, pojazdy) oraz zasoby personelu. Prawidłowość wykonywania umów weryfikowana jest każdego roku przez biegłych rewidentów przy okazji badania sprawozdania finansowego spółki. Spółka komunalna, świadcząc usługi odbioru odpadów komunalnych w Tarnowie, jako jedna z dwóch firm spośród wszystkich podmiotów obsługujących sektory, nie została obciążona karami umownymi za nienależyte wykonywanie umowy. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja jest zupełnie inna - spółka INNEKO RCS nie spełnia warunków z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 22 ust. 1a Pzp, które powinien być postawić Zamawiający.

Po drugie, Izba nie badała przepisów, których naruszenie zarzuca Zamawiającemu Odwołujący, z punktu widzenia prymatu trybów konkurencyjnych oraz zasad z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z prounijną wykładnią mającą na względzie art. 18 dyrektywy zamówieniowej.

Zamówienie in-house musi być rozumiane i stosowane jako wyjątkowy tryb udzielenia zamówienia publicznego z uwagi na swoje antykonkurencyjne skutki. Sytuacja, w której podmiot nie posiadający

fr



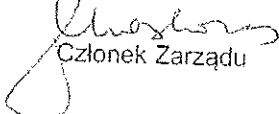
żadnego doświadczenia, personelu, majątku, sprzętu, pojazdów oraz posiadający kapitał zakładowy w wysokości 5 000 zł, utworzony wyłącznie w celu uzyskania zamówienia in-house, jest wypaczeniem regulacji prawnej z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, interpretowanego zgodnie z zasadami wykładni zgodnej z prawem UE. Przedmiotowe zamówienie zostało zorganizowane w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy zamówieniowej oraz sztuczne zawężanie konkurencji, co wprost stanowi sprzeczność z art. 18 dyrektywy zamówieniowej, której zasady ogólne znajdują zastosowanie do in-house, ponieważ krajowy ustawodawca włączył ten tryb do Pzp. Inne stanowisko byłoby niezgodne z art. 7 ust. 1 pzp oraz 10 ust. 1 Pzp. Nie można zgodzić się, że zachowanie Zamawiającego wypaczające sens regulacji dyrektywy oraz ustawy Pzp zostanie uznane za prawidłowe. Odwołanie to nie uderza w samą konstrukcję in-house, ale w jej nadużycie.

Ciężar dowodu, że spełnione zostały wszystkie wymagane warunki do udzielenia zamówienia w opisanym trybie, spoczywał na Zamawiającym. Z przedstawionych okoliczności jasno wynika, że Zamawiający temu ciężarowi nie poddał. Jego czynności należy określić jako mające na celu obejście przepisów prawa.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

W imieniu Odwołującego:

Magdalena Markiewicz



Członek Zarządu

ENERIS Surowce S.A.
ul. Koszykowa 65
00-667 Warszawa
Tel. +48 22 331 90 00
Fax: +48 22 331 90 40

Załączniki:

- odpis z KRS
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu

