

Sygn. akt: KIO/KD 9/15

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 marca 2015 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 2 lutego 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o.
ul. Obroki 140
40-833 Katowice**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19 stycznia 2015 r.,
(znak: UZP/DKD/KND/19/14)

w przedmiocie postępowania na:

dostawa soli drogowej do zimowego utrzymania dróg w sezonach zimowych 2011/2012,
2012/2013, 2013/2014

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Marek Szafraniec
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
	Agnieszka Trojanowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Katowicach – udzielił w latach 2011 - 2013 szeregu zamówień na dostawy soli drogowej na potrzeby zimowego utrzymania dróg w trakcie trzech kolejnych sezonów zimowych: 2011/2012, 2012/2013 i 2013/2014 bez zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, powołując się na przepisy ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną powołanych postępowań. W jej wyniku stwierdził, że Zamawiający zobowiązany był stosować przepisy ustawy do udzielania zamówień zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp. Zaniechanie stosowania przez Zamawiającego tego aktu prawnego spowodowało naruszenie przez niego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Pzp. Podstawą do postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia powołanych przepisów ustawy Pzp, były dokonane przez Prezesa UZP ustalenia faktyczne.

Prezes UZP, odwołując się do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, uznał, iż zgodnie z treścią tegoż przepisu dla uznania podmiotu za zamawiającego zobowiązanego stosować przepisy ustawy Pzp, koniecznym jest aby podmiot ten posiadał osobowość prawną, aby utworzony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a ponadto, aby spełniona została jeszcze jedna z przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. a)-d) ustawy Pzp.

W tym kontekście, Kontrolujący uznał, iż co do dwóch z przywołanych przesłanek, oczywistym jest, że w przypadku Zamawiającego zostały spełnione. Prowadził on działalność w formie spółki kapitałowej (sp. z o.o.), posiadał zatem osobowość prawną. Zgodnie zaś z odpisem z KRS znajdującym się w aktach jedynym wspólnikiem spółki jest Gmina Miasto Katowice, a zatem jednostka sektora finansów publicznych, co odpowiadało regulacji art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. b) ustawy Pzp.

Mając to na uwadze, Prezes UZP przyjął, iż rozstrzygającym o przesądzeniu, że Zamawiający zobowiązany był stosować przepisy ustawy Pzp, będzie wynik badania, czy został on utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

W ocenie Prezesa UZP także ta przesłanka w przypadku Zamawiającego została spełniona.

Kontrolujący ustalił, że Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Katowicach powstało w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa pod nazwą Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Katowicach – przedsiębiorstwa komunalnego istniejącego pierwotnie.

Mając to na uwadze, przyjął jednocześnie, zgodnie z powołanym przez siebie poglądem doktryny, że za podmiot określony w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uznać należy instytucję nienastawioną na zysk w swojej podstawowej działalności, zazwyczaj nie napotykającą na konkurencję ze strony innych podmiotów na wolnym rynku, działającą w celu zaspokajania potrzeb ogólnych, których nie zaspokajają komercyjne przedsiębiorstwa prywatne, albo takich potrzeb ogólnych, na zaspokajanie których państwo chce mieć wyłączność czy szczególny wpływ. Ponadto odwołując się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (d. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), przyjął on, że decydujące dla nadania danej jednostce organizacyjnej statusu podmiotu prawa publicznego ma określenie celu, dla realizacji którego została dana jednostka powołana (wyrok z dnia 15.01.1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie "Mannesmann"). Przywołał również orzeczenie wydane w sprawie C-470/99 w którym przyjęto, że pojęcie „*podmiotu prawa publicznego*” powinno być rozumiane funkcjonalnie – istotne jest również to, jaka działalność jest faktycznie wykonywana w danym momencie przez określony podmiot, przy czym prawnie obojętny pozostaje fakt wykonywania przez taki podmiot także innych zadań aniżeli zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym.

W kontekście tak przywołanych poglądów doktryny i orzecznictwa, Prezes UZP podniósł, że z punktu 2 uchwały nr XXXII/205/91 z dnia 30 grudnia 1991 r. w sprawie wyboru formy organizacyjno - prawnej dla prowadzenia działalności komunalnej na terenie miasta Katowice, o której mowa w rubryce 6 działu 1 informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców wynika, że przekształcenie dotychczasowego komunalnego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej pod nazwą Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Katowicach w jednoosobową spółkę gminy - spółkę prawa handlowego nastąpić miało z zapewnieniem ciągłości świadczenia usług komunalnych na terenie miasta Katowice. Z okoliczności tej wywiódł, że spółka Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej powstała w celu zapewnienia świadczenia usług komunalnych na terenie miasta Katowice. Przedmiotem jej działalności w momencie jej utworzenia było bowiem świadczenie usług z zakresu zadań własnych gminy, polegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty polegających na utrzymaniu czystości i porządku oraz unieszkodliwiania odpadów komunalnych [(art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia

8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.)]. Żywiąc to przeświadczenie uznał on, że skoro spółka miała za swój przedmiot ww. działalność, której celem jest bieżące i nieprzerwane zaspakajanie zbiorowych potrzeb ludności, w szczególności mieszkańców lokalnej społeczności poprzez świadczenie usług powszechnie dostępnych, to należy uznać, że spółka ta została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemającym charakteru przemysłowego ani handlowego. Poczynił przy tym również spostrzeżenie, że maksymalizacja zysku oznacza nie tylko zamiar zachowania posiadanego kapitału, gdyż nawet podmiot zorganizowany na wzór przedsiębiorcy nastawionego na maksymalizację zysku, a więc działający w formie spółki prawa handlowego, prowadzący rachunkowość na zasadach komercyjnych, może być uznany za podmiot, który nie posiada charakteru przemysłowego lub handlowego. Podkreślił również, że cel spółki jest pojęciem nadrzędnym wobec przedmiotu jej działalności, stanowiącego niejako konkretyzację tego celu i wskazującego, jakie działania spółka zamierza podejmować, by cel został zrealizowany. Stąd też, jego zdaniem, forma organizacyjno - prawna, w jakiej działa Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej, sama w sobie nie determinuje jedynie zarobkowego charakteru prowadzonej przez nie działalności. Z drugiej strony, realizowanie celów w interesie ogólnospołecznym nie stoi na przeszkodzie dążeniu do uzyskania maksymalnie wysokiej efektywności ekonomicznej.

Mając na uwadze tak poczynione ustalenia, Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

W dniu 2 lutego 2015 r., pismem z tego samego dnia, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej. W jego ocenie Prezes UZP dokonał nieprawidłowych ustaleń w zakresie stanu faktycznego dotyczącego okoliczności powstania Spółki, jej wcześniejszej oraz obecnej działalności, zasad finansowania, czy też warunków w jakich ona działa. Uważał on, że Kontrolujący nie odniósł się przy tym w żaden sposób, a tym samym całkowicie je pominął, do szeregu argumentów, informacji, wyjaśnień i dowodów (w tym raportów organów centralnej administracji rządowej, czy też opinii prawnych) przedstawionych mu w toku postępowania kontrolnego przez Zamawiającego. W celu wykazania zasadności tak sformułowanych twierdzeń, Zamawiający odwoływał się do wyjaśnień przedstawianych Prezesowi UZP w pismach z dnia 6 listopada i 10 grudnia 2013 r. oraz z dnia 3 lutego 2014 r., a także do przedstawianych z tymi pismami dokumentów,

w szczególności do aktu przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, dwóch opinii prawnych, wyciągu z raportu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), wyciągu z zasad nadzoru właścicielskiego na spółkami z udziałem miasta Katowice. Zamawiający stał na stanowisku, że z powołanych dokumentów, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, uznać należy, że konkuruje on na rynku z innymi podmiotami, osiąga zysk, nie uzyskuje żadnego dofinansowania ze środków publicznych, w całości ponosi ryzyko swojej działalności, kieruje się interesem ekonomicznym i nie może liczyć na finansowanie działalności przez jedynego wspólnika (tj. płatności przekazywane bez ekwiwalentnego świadczenia ze swojej strony, płatne bez zawarcia odpowiedniego kontraktu). Zdaniem Zamawiającego prowadzona przez niego działalność ma charakter przemysłowy lub handlowy – działa on jak każdy inny komercyjny podmiot, na potwierdzenie czego przywołał treść § 37 aktu przekształcenia, który przesądzać miał o tym, że zobowiązany jest on do osiągania zysku, a przy tym nie został tam przewidziany żaden mechanizm pokrywania przez jedynego wspólnika pokrywania strat ze środków Gminy Miasta Katowice. Podkreślał przy tym, że organ zarządzający jest rozliczany przez właściciela wyłącznie z punktu widzenia wyników finansowych. Wyjaśnił, iż działa w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która powstała w wyniku przekształcenia wcześniej istniejącego przedsiębiorstwa komunalnego, zaznaczając, że gmina podejmując decyzję o przekształceniu tegoż przedsiębiorstwa miała na uwadze wyłącznie cel ekonomiczny oraz zysk. Podkreślał, że bardzo atrakcyjny od strony finansowej rynek usług komunalnych, począwszy od roku 1996, charakteryzuje się wysokim stopniem konkurencyjności (co potwierdzać miał wyciąg z raportu UOKiK), a po ostatnich zmianach prawnych, aby mógł on uzyskać zamówienie od poszczególnych gmin (w tym od miasta Katowice) musi ubiegać się o to przez uczestnictwo, na tych samych zasadach co podmioty prywatne, w publicznym przetargu. Mając to na uwadze, twierdził on, że od czasu powstania spółki rynek usług komunalnych uległ całkowitemu przeobrażeniu, stając się rynkiem w pełni konkurencyjnym. W tym właśnie kontekście powoływał się na poglądy wyrażane w orzecznictwie i doktrynie, że celem dyrektyw nie jest rozszerzanie ich zakresu podmiotowego ponad potrzebną miarę, a istnienie znacznej konkurencji, wskazującej na wysoką opłacalność danej działalności winno stanowić negatywną przesłankę uznania jednostki działającej na takim rynku za instytucję prawa publicznego. Żywiąc to przekonanie, Zamawiający uważał, że obciążanie go obowiązkiem stosowania restrykcyjnych i sformalizowanych procedur opisanych w ustawie Pzp nie pozostałoby obojętne dla jego zdolności konkurencyjnej na rynku, na którym decydującymi są cena, szybkość działania i wysoka jakość świadczonych usług.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie zgodził się z wynikiem przeprowadzonej

przez Prezesa UZP kontroli doraźnej.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 16 lutego 2015 r. (znak: UZP/DKD/MJ/PWKZ/421/55(12)/14/MJ), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń wobec stawianych Zamawiającemu zarzutów, dlatego też przekazał je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje.

Pierwszą istotną dla rozstrzygnięcia sprawy okolicznością jest ustalenie przez Izbę zakresu regulacji art. 167 ustawy Pzp. W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń.

Uwzględniając powyższe, a także analizując zakres zarzutów sformułowanych przez Kontrolującego, Izba stwierdziła, że nie podziela stanowiska Prezesa UZP w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy Pzp, uznając to stanowisko za niewykazane. W ocenie składu orzekającego Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej przedstawił argumenty pozwalające uznać twierdzenia zawarte w informacji o stwierdzeniu naruszenia za nie uwzględniające wszystkich okoliczności faktycznych istotnych w sprawie.

Izba podzieliła przekonanie Prezesa UZP, iż dla uznania określonego podmiotu za zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Pzp zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, koniecznym jest aby podmiot ten posiadał osobowość prawną, aby utworzony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a ponadto, aby spełniony został jeszcze jedna z przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. a)-d) ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie, nie było sporne to, że Zamawiający prowadzi działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, posiada tym samym osobowość prawną, jak również to, że jedynym wspólnikiem spółki jest Gmina Miasto Katowice, a zatem jednostka sektora finansów publicznych, co odpowiadało regulacji art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. b) ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zostało wykazane, aby w odniesieniu do Zamawiającego można było uznać, że spełniona została również ostatnia, trzecia przesłanka przypisania mu statusu podmiotu zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Pzp, tj. fakt „*utworzenia go w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego*” w takim znaczeniu, jakie temu pojęciu należy przypisywać w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Podjmując takie rozstrzygnięcie Izba uwzględniła pogląd wyrażony w uchwale KIO/KD 7/09, gdzie w kontekście powołanego tu wyrażenia Izba zauważyła co następuje: *„Zakres tego pojęcia jest interpretowany szeroko. Zgodnie z wykładnią językową działalnością prowadzącą się do zaspokajania potrzeb powszechnych będzie każdy rodzaj aktywności gospodarczej nakierowanej na oferowanie dóbr i usług odpowiadających społecznemu zapotrzebowaniu, jeżeli nie jest nastawiona na maksymalizację zysku (niehandlowa i nieprzemysłowa) (P. Granecki, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s.33). Przy czym maksymalizacja zysku oznacza nie tylko zamiar zachowania posiadanego kapitału. Zamiar maksymalizacji zysku jest czymś więcej niż tylko wolą unikania utraty substancji majątkowej. Dlatego nawet podmiot zorganizowany na wzór przedsiębiorcy nastawionego na maksymalizację zysku, a więc działający w formie spółki prawa handlowego, prowadzący rachunkowość na zasadach komercyjnych, może być uznany za podmiot, który nie posiada charakteru przemysłowego lub handlowego (G. Wicik, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s.61). Przesłanka ta jest bowiem spełniona, gdy działalność handlowa lub przemysłowa jest determinowana przez inne, zwłaszcza publiczne cele, w tym również wtedy, gdy działalność polegająca na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego lub handlowego, stanowi jedynie niewielką część działalności danego podmiotu, zaś przeważająca jest działalność handlowa (wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie „Mannesmann”). Status podmiotu prawa publicznego nie zależy więc od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego lub handlowego. Przesądza o tym charakter powierzonych zadań, o ile są one powiązane z działalnością państwa.*

Istotnym jest więc, czy celem, dla którego dany podmiot został utworzony jest działalność nastawiona na zaspokajanie potrzeb powszechnych i, czy taki zapis znajduje się w akcie założycielskim. Powody utworzenia konkretnej instytucji są bowiem okolicznością przesądzającą o zakwalifikowaniu jej działalności jako działalności publicznej. Jednak ważne jest nie tylko to, co zostało zapisane w dokumentach, ale i faktyczny cel powołania osoby prawnej. (...) Jednocześnie należy podkreślić, że nawet gdyby dany podmiot nie został

pierwotnie utworzony w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, to istotne jest jaką działalność faktycznie wykonuje.

Również w sytuacji, gdy powiązania określonego podmiotu z państwem lub organem państwowym mają charakter pośredni, istnieje możliwość wpływania przez państwo na zamówienia udzielane przez zamawiającego i w takich wypadkach ETS stwierdzał zaliczenie podmiotu do zamawiającego (M. Stachowiak, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 44-45).

Instytucja, aby mogła być zakwalifikowana jako instytucja prawa publicznego musi być ustanowiona w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym. Potrzebami o charakterze powszechnym będą takie potrzeby, których zaspokajanie jest ściśle powiązane z instytucjonalnym funkcjonowaniem państwa oraz służy pożytkowi społeczeństwa jako całości (wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie „Mannesmann”), przy czym „powszechny” nie oznacza „dostępny dla wszystkich, a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu”, czy też dla tych, którzy spełniają warunkami określone odpowiednimi przepisami (G. Wicik, Tamże, s. 60).”

Podobne zapatrywanie na ocenę faktu powiązania działalności wykonywanej przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy z działalnością państwa wyraziła Izba w orzeczeniu KIO 144/14, gdzie stwierdziła ona, że „Zgodnie z orzecznictwem TSUE w zakresie wykładni pojęcia podmiotu prawa publicznego, która to instytucja została transponowana z prawodawstwa unijnego (dyrektywa sektorowa 2004/17/WE oraz dyrektywa klasyczna 2004/18/WE) do prawa polskiego w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, pojęcie to powinno być interpretowane szeroko i funkcjonalnie. W wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG i inni v. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, nr 1, s. I-00073, TSUE zadecydował, że o uznaniu danego podmiotu za zamawiającego przesądza powiązanie powierzonych mu zadań z działalnością państwa. W orzecznictwie wskazano także, że podmiot faktycznie zaspokajający potrzeby o charakterze powszechnym, bez względu na określenie celu działalności w momencie jego utworzenia, będzie instytucją prawa publicznego, a zatem nawet jeśli nie był utworzony w tym celu, a zadania takie przypisano mu później (zob. C-373/00). Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał także, że nie ma znaczenia, czy jedynym celem prowadzenia działalności przez podmiot jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, czy też towarzyszy mu prowadzenie działalności o charakterze komercyjnym. Status podmiotu prawa publicznego nie zależy bowiem od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.”

Uwzględniając tak wyrażone poglądy, Izba uznała jednakże, że nie może pozostać obojętnym przy ocenie charakteru prowadzonej przez Zamawiającego działalności, zmiana na rynku usług, do świadczenia których Zamawiający został powołany, zaistniała od czasu powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Pogląd ten Izba oparła w głównej mierze na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jak pisze (M. Stachowiak, w *Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, LEX, 2014*: „w wyroku z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, ECR 2001, nr 2, s. I-00939, TSUE wypowiedział się, że do ustalenia, czy podmiot jest instytucją prawa publicznego, niewystarczające jest ustalenie, iż podmiot ten wykonuje zadania o charakterze powszechnym. Wykładnia zakładająca, że wszystkie interesy ogólne nie mają charakteru przemysłowego i handlowego, pozbawiłaby celu to sformułowanie dyrektyw. (...) dla uznania podmiotu za instytucję prawa publicznego nie jest kluczowe, czy na rynku istnieje konkurencja, a potrzeby mogą być zaspokajane również przez podmioty o charakterze prywatnym. Jednak istnienie konkurencji na danym rynku nie jest całkowicie obojętne dla określenia, czy potrzeby, do których spełnienia dany podmiot został utworzony, mają rzeczywiście charakter niekomercyjny i nieprzemysłowy. Istnienie silnej konkurencji jest okolicznością, która powinna być wzięta pod uwagę (tak w sprawach C-237/99, C-373/00, C-283/00).” Analogiczny pogląd wyraziła A. Sołtysińska w *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP, 2012*: „Należy jednak podkreślić, że istnienie konkurencji na danym rynku nie jest całkowicie obojętne dla określenia, czy potrzeby, dla spełnienia których dany podmiot został utworzony, mają rzeczywiście charakter niekomercyjny i nieprzemysłowy. Istnienie znacznej konkurencji i fakt, że utworzone przedsiębiorstwo musi stawiać jej czoło, może być wskazówką, że nie istnieją takie potrzeby, które nie mają charakteru komercyjnego (rynkowego). (...) Nie jest jednak wystarczające dla uznania danego organu za podmiot prawa publicznego przyjęcie wyłącznie samej przesłanki zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Nawet jeżeli określony podmiot sam nie prowadzi działalności zmierzającej do osiągnięcia zysku - to gdy jest on administrowany zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, efektywności i rentowności, i działa na rynku uwzględniającym reguły konkurencji, nie może być uznany za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy o zamówieniach publicznych (tak orzekł TSUE w orzeczeniu z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 *Agora Srl v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, ECR 2001, s. I-03605).”

Kierując się powołaną powyżej argumentacją, Izba stanęła na stanowisku, że przypisanie Zamawiającemu statusu podmiotu prawa publicznego, nie jest możliwe jeżeli nawet w momencie wszczęcia był powołany w celu świadczenia usług odpowiadających swym

zakresem zadaniom realizowanym przez państwo, a już po dacie jego powstania zmieniły się w sposób istotny warunki prawne oraz otoczenie konkurencyjne w jakich musi on funkcjonować.

Jak wynika z kolejnych wyjaśnień przedstawianych przez Zamawiającego w toku kontroli Prezesowi UZP, podmiot ten w okresie objętym kontrolą, działał na rynku, który może zostać uznany, za charakteryzujący się istnieniem silnej konkurencji. Nie bez znaczenia jest tu również fakt, że w tym właśnie okresie ustawowym obowiązkiem gmin stało się udzielanie zamówień na usługi objęte przedmiotem działalności Zamawiającego (odbieranie odpadów komunalnych) z wykorzystaniem procedur opisanych w ustawie Pzp.

Co istotne, a co podnosił w swych zastrzeżeniach Zamawiający, Kontrolujący w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie odniósł się w żaden sposób do tego właśnie aspektu prowadzonej przez Zamawiającego działalności. Zdaniem Izby, Prezes UZP stawiając podmiotowi kontrolowanemu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp winien zaistnienie tych naruszeń odpowiednio wykazać. Tymczasem, w rozpoznawanym przypadku, Kontrolujący pominął w uzasadnieniu stawianych Zamawiającemu zarzutów jedną z istotnych okoliczności, która, w świetle przywołanego przez Izbę orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w odniesieniu do Zamawiającego winna zostać uznana za rozstrzygającą o konieczności, czy też o jej braku, stosowania przez ten podmiot przepisów ustawy Pzp. W przekazanej Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli doraźnej brak mianowicie jakichkolwiek dowodów, czy nawet argumentów, przemawiających za tym, że Zamawiający prowadzi działalność na rynku, który nie charakteryzuje się znaczną konkurencją pomiędzy podmiotami na nim działającymi.

Kierując się opisanymi ustaleniami Izba uznała, że nie zostało wykazane przez Kontrolującego, aby Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. b) ustawy Pzp do stosowania przepisów tej ustawy, a co za tym idzie, że dopuścił się on naruszenia przepisów ustawy wskazywanych przez Prezesa UZP.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....