

Sygn. akt: KIO 521/23

WYROK

z dnia 14 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Elżbieta Dobrenko Adriana Urbanik
Protokolant:	Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 lutego 2023 r.** przez wykonawcę: **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Augustów, ul. Mazurska 1C, 16-300 Augustów**

przy udziale wykonawcy **BiomTrans Sp. z o.o., Dolistowo Stare 144, 19-124 Dolistowo Stare** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego:

a) naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla wszczęcia tego postępowania i w rezultacie do zawarcia umowy nie zaistniały w związku z tym, że grono współników **BiomTrans Sp. z o.o., Dolistowo Stare 144, 19-124 Dolistowo Stare** nie stanowią wyłącznie Zamawiający w rozumieniu ustawy, z uwagi na jego wycofanie;

2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. kosztami postępowania obciąża **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** na rzecz **Gminy Augustów, ul. Mazurska 1C, 16-300 Augustów** kwotę **4 199 zł 80 gr** (słownie: cztery tysiące sto dziewięćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków strony i pełnomocnika;
 - 3.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej nadwyżkę wobec kwoty wpisu wymaganego dla zamówień o wartości nie przekraczającej progów unijnych.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „*Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Augustów w okresie od dnia 1.04.2023 r. do dnia 31.03.2024 r.*”, numer postępowania OSW.271.2.2023 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22.02.2023 r. pod nr 2023/BZP 00105808 przez: GMINE AUGUSTÓW, ul. Mazurska 1C.16-300 Augustów zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „*NPzp*” albo „*PZP*” albo „*Pzp*”.

Zaproszenie do negocjacji (pocztą elektroniczną na adres: biomtrans@biomrecykling.pl) zostało wysłane do Wykonawcy – BiomTrans Sp. z o.o., Dolistowo Stare 144, 19-124 Dolistowo Stare zwana dalej: „BiomTrans Sp. z o.o.” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego” w dniu 22.02.2023 r.

Dnia 27.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 22.02.2023 r. złożył MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok zwany dalej: „MPO Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Zarzucił naruszenie:

1) Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) PZP w zw. z pkt. 4 ppkt. 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych,
- co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego (wykazania w samej treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia przesłanki sprawowania nad daną osobą prawną przez zamawiającego wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, a ograniczyło się jedynie do ogólnego wskazania, że Zamawiający sprawuje, wspólnie z innymi udziałowcami kontrolę, która odpowiada kontroli w zakresie nie wykraczającym poza brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a PZP w zakresie wskazania, iż w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających,

z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego.

2) Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) PZP co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla wszczęcia tego postępowania i w rezultacie do zawarcia umowy nie zaistniały w związku z tym, że:

- grono wspólników Biom Trans Sp. z o.o. nie stanowią wyłącznie zamawiający w rozumieniu ustawy;

- Zamawiający, wspólnie z innymi zamawiającymi nie sprawuje nad podmiotem, z którym chce zawrzeć umowę kontroli, w sposób wskazany w tym przepisie, a w szczególności z uwagi na fakt, iż w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających.

Które to powyższe naruszenia stanowi wadę o której mowa w art. 255 pkt 6 PZP.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, unieważnienia postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

1) Aktu Notarialnego z 28.10.2021r - na okoliczność ustalenia składu wspólników spółki w w/w dacie;

2) Tekstu jednolitego umowy spółki z 18.11.2022r - na okoliczność ustalenia składu wspólników spółki w w/w dacie, ilości członków rady nadzorczej spółki, braku zapewnienia przedstawicieli wszystkich zamawiających w organach spółki Biom Trans;

3) Wydruku pełnego odpisu KRS Biom Trans Sp. z o.o. celem ustalenia składu rady nadzorczej, zmian w składzie rady nadzorczej i daty jej dokonania;

Dnia 22.02.2023 r. Zamawiający Gmina Augustów opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (tryb z wolnej ręki) z BiomTrans Sp. z o.o. dotyczącej odbioru i transportu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Augustów w okresie od dnia 1.04.2023 r. do dnia 31.03.2024 r. W ogłoszeniu o zamówieniu - jego uzasadnieniu wskazana następująca okoliczności mające potwierdzić ziszczenie przesłanek z art. 214 ust 1 pkt 13 PZP:

„(...)Gmina Augustów jest zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1 Pzp. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 4 Pzp, sprawuje nad Wykonawcą BiomTrans spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym (dalej jako BT, Spółka lub Wykonawca) kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Kontrola sprawowana jest łącznie przez Zamawiającego oraz wspólników BT, tj. Gminę Bargłów Kościelny, Gminę Goniądz, Gminę Grajewo, Gminę Janów, Gminę Jasionówka, Gminę Jaświły, Gminę

Knyszyn, Gminę Korycin, Gminę Krypno, Gminę Lipsk, Gminę Nowinka, Gminę Rajgród, Gminę Sztabin i Związek Gmin „Kumiałka-Biebrza”. Wyłącznie wskazane podmioty, czyli zamawiający publiczni, są współnikami BT.(...)”

W dalszym fragmencie:

„(...)Rada Nadzorcza powoływana jest spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników. Każdy Wspólnik ma prawo wskazania jednego kandydata na członka Rady Nadzorczej. Obecni członkowie Rady Nadzorczej powołani zostali spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników, uchwałami podjętymi na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników w dniu 18.11.2022 r. Zgromadzenie Wspólników decyduje również o liczbie członków Rady Nadzorczej i wysokości wynagrodzenia członków Rady Nadzorczej. Zgromadzenie Wspólników zatwierdza również regulamin działania Rady Nadzorczej. Rada Nadzorcza, z ramienia Wspólników, sprawuje nadzór nad działalnością Spółki. W szczególności Rada Nadzorcza posiada kompetencje w zakresie:

- 1) wyrażania zgody na podejmowanie inwestycji, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie umów o wartości przekraczającej kwotę 100.000 zł, z wyjątkiem inwestycji, umów i zobowiązań, na które zgody udziela Zgromadzenie Wspólników,
- 2) zwoływania Nadzwyczajnych Zgromadzeń Wspólników, jeżeli zwołanie go uzna za wskazane, a Zarząd nie zwoła Zgromadzenia Wspólników w terminie dwóch tygodni od dnia zgłoszenia odpowiedniego żądania przez Radę Nadzorczą,
- 3) zawieszania z ważnych powodów członków Zarządu w pełnieniu obowiązków,
- 4) badania bilansu, rachunku zysków i strat oraz przepływu środków pieniężnych,
- 5) badania sprawozdania Zarządu Spółki,
- 6) stałego monitorowania stopnia realizacji przyjętych przez Zgromadzenie Wspólników w planach operacyjnych i finansowych parametrów ekonomicznych, docelowych wyników ekonomiczno- finansowych oraz zadań zleconych do wykonania Spółce,
- 7) dokonywania bieżących kontroli poszczególnych obszarów działalności Spółki,
- 8) egzekwowania od Zarządu terminowej realizacji obowiązków informacyjnych i sprawozdawczych wobec podmiotów wykonujących prawa z udziałów oraz reagowanie na stwierdzone nieprawidłowości,
- 9) monitorowania i kontrola istotnych dla Spółki decyzji Zarządu,
- 10) udzielania zgody Zarządowi lub wyrażania opinii dla Zgromadzenia Wspólników odnośnie podjęcia działań skutkujących wzrostem zobowiązań, udzielania gwarancji poręczeń majątkowych oraz w zakresie rozporządzania składnikami aktywów trwałych ponad limity wynikające z umowy Spółki.

Rada Nadzorcza powołuje i odwołuje członków Zarządu. Rada Nadzorcza nie ma swobody w wyborze członków Zarządu, gdyż są oni powoływani spośród kandydatów wskazanych przez Wspólników. Przed odwołaniem członków Zarządu Rada Nadzorcza

zasięga opinii Wspólników, a następnie powiadamia Wspólników o podjęciu uchwały w sprawie odwołania.

Uczestniczący Zamawiający mogą więc wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Ponadto w skład organów decyzyjnych Wykonawcy wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących Zamawiających. (...)

Powyższa część uzasadnienia ma wskazać, spełnienie przesłanki zawartej w art. 214 ust 1 pkt 13 lit a w zakresie w jakim ustawa nakłada obowiązek aby zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawował nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, co będzie miało miejsce jeżeli m.in. w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego.

W świetle treści umowy spółki, ilości wspólników w stosunku do aktualnej ilości członków rady nadzorczej, oraz treści dokumentów załączonych do odwołania, należy wywieść odmienne wnioski niż przedstawia zamawiający w uzasadnieniu ogłoszenia, w przedmiotowej sprawie nie można bowiem wywnioskować aby zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawował nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Dotyczy to okoliczności związanej z obowiązkiem posiadania reprezentanta każdego ze wspólników zarówno w zarządzie spółki jak też radzie nadzorczej spółki Biom Trans.

Dla wykazania, iż nie są spełnione przesłanki powoływane powyżej, co uniemożliwia udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust 1 pkt 13 należy wskazać następujące okoliczności i zdarzenia umieszczone w poszczególnych datach dotyczących spółki Biom Trans Sp. z o.o.:

- 1) w dniu 28.10.2021r zostaje powołana spółka Biom Trans Sp. z o.o. z treści umowy spółki możemy ustalić:
 - a) skład wspólników - 14 podmiotów
 - b) rada nadzorcza składa się od 3 do 5 członków
 - c) zarząd składa się od 1 do 3 członków
 - d) dokonano wyboru zarządu - jednoosobowy
 - e) dokonano wyboru członków rady nadzorczej
- 2) w dniu 11.03.2022r zmieniono treść umowy spółki
 - a) w skład wspólników dołączył związek gmin Kumiałka - Biebrza
 - b) spółka posiada 15 wspólników

3) w dniu 18.11.2022r zmieniono treść umowy spółki oraz skład osobowy rady nadzorczej.

a) zmieniono treść umowy spółki

b) zmieniono skład rady nadzorczej

Powyższe okoliczności są istotne dla oceny spełnienia przesłanki zgodnie z którą *„w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego”*

Zapewne wśród organów o których mowa w przywoływanym przepisie art. 214 ust 1 pkt 13 lit a) chodzi o podstawowe organy spółki, którymi są: zgromadzenie wspólników, zarząd, rada nadzorcza.

1) Jeżeli chodzi o zgromadzenie wspólników to sam fakt uczestnictwa w spółce daje jedynie gwarancję oddawania głosu z przysługujących wspólnikowi udziałów nie mniej jednak w powyższym zakresie wymóg ustawy należy uznać za spełniony.

2) Biorąc pod uwagę fakt, iż zarząd spółki jest jednoosobowy powołanie zarządu nastąpiło wraz z powstaniem spółki w 2021r, zaś od tej daty zarząd nie został zmieniony również po wstąpieniu nowego wspólnika do spółki należy, uznać, iż wspólnik związek gmin Kumiałka - Biebrza nie posiada swego przedstawiciela w zarządzie. Już sam powyższy fakt dyskwalifikuje możliwość udzielenia zamówienia w trybie wskazywanym przez Zamawiającego.

3) Niezależnie od powyższego (pkt 1) i 2)) należy jednoznacznie wskazać, iż nie można uznać, iż wszyscy wspólnicy posiadają swego przedstawiciela w radzie nadzorczej. Jak wynika z odpisu KRS aktualny skład rady nadzorczej to 4 osoby. Wspólników w spółce jest 15. Co prawda Zamawiający może próbować karkołomnie tłumaczyć, iż czterej członkowie rady nadzorczej są reprezentantami wszystkich wspólników - zamawiających, jednakże wówczas oznaczałoby to, iż (w zależności od konfiguracji) jeden z członków rady reprezentuje 3 wspólników zaś pozostali trzej po czterech lub jeden reprezentuje 6 zaś pozostałych trzech po 3 wspólników itd. możliwości jest wiele jednakże istotne z punktu stosowania w/w przepisu jest ustalenie, czy rzeczywiście każdy ze wspólników posiada swego przedstawiciela w radzie nadzorczej. Umowa spółki w powyższym zakresie nie gwarantuje każdemu ze wspólników jednego przedstawiciela w radzie nadzorczej, a jedynie możliwość zgłoszenia swego kandydata, treść umowy spółki nie wskazuje rozwiązania w jaki sposób reprezentowany jest wspólnik w radzie w sytuacji gdy przedstawiony przez niego kandydat nie zostanie powołany do organu. Również nie jest w żaden sposób wskazane, na wypadek tłumaczenia, iż jeden członek rady nadzorczej reprezentuje kilku wspólników (co nie uchybia treści art. 214 ust 1 pkt 13 lit a) w jaki sposób rzeczywiście reprezentowany jest w tym organie wspólnik gdy dochodzi do konfliktu interesów poszczególnych wspólników którego reprezentuje rzekomo ten sam reprezentant - członek rady nadzorczej.

W powyższym zakresie zarówno umowa spółki jak również treść ogłoszenia o udzieleniu zamówienia milczy. Jedyne wnioski jakie można wyprowadzić na powyższym tle jest taki, iż umowa spółki nie gwarantuje iż w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Gdyby faktycznie tak było Zamawiający wprost okoliczność powyższą wskazałby w treści ogłoszenia powołując się na odpowiednie zapisy zawarte w postanowieniach aktów wewnątrz korporacyjnych, jak również wskazując poszczególnych reprezentantów wspólników w radzie nadzorczej. W tym miejscu przypomnieć należy, iż w treści uzasadnienia wyroku KIO z dnia 22.06.2021 r., KIO 731/21 zaprezentowano następujące wnioski: „na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu zamówienia z wolnej ręki.

Powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia w BZP) ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in - house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.”

W okolicznościach niniejszej sprawy wymogi informacyjne jak wskazano powyżej nie zostały spełnione. W żadnym razie treść ogłoszenia z 22.02.2023 r. nie uzasadnia stwierdzenia, że mamy - w przypadku relacji spółki BiomTrans oraz 15 wspólników gwarancję, że w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. W istocie z treści ogłoszenia w zakresie rady nadzorczej nie wynika nic poza tym, że przytoczono treść umowy spółki która wskazuje na uprawnienia rady nadzorczej oraz możliwość zgłoszenia przez wspólnika kandydata do rady, poza powyższymi informacjami nie wiemy który z 4 członków rady reprezentuje interesy poszczególnych wspólników i w jaki sposób postępuje w przypadku konfliktu interesów. Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający zaniechał obowiązku informacyjnego w powyższym zakresie.

W świetle powyższego, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego co odpowiada postanowieniom art. 255 pkt 6 PZP. Stąd uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zamawiający w dniu 01.03.2023 r. (pocztą elektroniczną na adres: biomtrans@biom-recykling.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.03.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) BiomTrans Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: BiomTrans Sp. z o.o.

W dniu 07.03.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Dnia 22.02.2023 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Augustów (ogłoszenie nr 2023/BZP 00105808/01). Przedmiotowe zamówienie jest udzielane w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako Pzp). Wraz z przedmiotowym ogłoszeniem, Zamawiający opublikował w Biuletynie Informacji Publicznej (pod adresem:

<http://bip.ug.augustow.wrotapodlasia.pl/823bebadb9a/rok-2023/odbior-i-transport-odpadow-komunalnych-od-wlasciciel-nieruchomosci-zamieszkalych-na-terenie-gminy-augustow.html>):

- 1) informacje dodatkowe do sekcji VI ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy,
- 2) uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu z wolnej ręki - pełne,
- 3) Prognozę Wielkości Przychodów Handlowych na lata 2023 - 2026 dla BiomTrans Sp. z o.o.

Zamawiający opublikował powyżej wskazane dokumenty w Biuletynie Zamówień Publicznych Zamawiającego z uwagi na:

- 1) ograniczenie liczby znaków możliwych do opublikowania w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, w szczególności w polu „4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki” - z tego względu Zamawiający opublikował pełne uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki,

2) brak możliwości dołączenia załączników do ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy - z tego względu Zamawiający opiniował Prognozę Wielkości Przychodów Handlowych na lata 2023 - 2026 dla BiomTrans Sp. z o.o.

Jednocześnie podkreślił, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy wskazał bezpośredni link, pod którym opublikowane zostało pełne uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu z wolnej ręki oraz Prognozę Wielkości Przychodów Handlowych na lata 2023 - 2026 dla BiomTrans Sp. z o.o. Zgodnie bowiem z treścią Sekcji VI „Informacje dodatkowe” ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy: „Z uwagi na ograniczenie liczby znaków pełna treść uzasadnienia dostępna na stronie zamawiającego, pod linkiem: <http://bip.u2.au2ustow.wrotapodlasia.pl/823bebadb9a/rok-2023/odbior-i-transport-odpadow-komunalnych-od-wlascielinieruchomosci-zamieszkalych-na-terenie-gminy-augustow.html>.

W dniu 23.02.2023 r. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy poprzez dodanie do jego treści numeru NIP Przystępującego.

Ponadto, w dniu 23.02.2023 r. Zamawiający dokonał ponownej zmiany ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający poprawił omyłkę polegającą na oznaczeniu w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, że zamówienie nie jest udzielane w częściach.

1. Wartość przedmiotowego zamówienia publicznego

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że Zamawiający nie podał w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy wartości przedmiotowego zamówienia. W kwestii wyjaśnienia tych twierdzeń Odwołującego wskazuję, że rzeczywiście Zamawiający nie podał w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy szacunkowej wartości zamówienia, gdyż nie miał takiego obowiązku. Zgodnie z pkt 3 ppkt 5 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, do zakresu informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy obejmuje m.in. „wartość zamówienia, a jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania - łączna wartość poszczególnych części zamówienia oraz wartość zamówienia stanowiącego przedmiot tego postępowania (jeżeli zamawiający podaje informacje o wartości zamówienia)”. Zamawiający nie miał więc obowiązku wskazania w treści ogłoszenia szacunkowej wartości zamówienia.

Niemniej jednak, z treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a także dokumentów opublikowanych przez Zamawiającego w Biuletynie Informacji Publicznej, można było bez trudu wywnioskować, że wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne. Zamawiający wskazał bowiem w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy (i pełnym uzasadnieniu faktycznym i prawnym wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki opublikowanym w BIP Zamawiającego), że podstawą udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp. Odwołujący mógł również zweryfikować

szacunkową wartość zamówienia w protokole postępowania, jednak nie wystąpił do Zamawiającego o jego udostępnienie.

Zamawiający nie próbował więc zataić informacji dotyczących szacunkowej wartości zamówienia, a fakt nieprzekraczania przez szacunkową wartość zamówienia progów unijnych wynikał wprost z treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

2. Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp z uwagi na to, że rzekomo wspólników Przystępującego nie stanowią wyłącznie zamawiających w rozumieniu Pzp

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp „co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienia z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla wszczęcia tego postępowania i w rezultacie do zawarcia umowy nie zaistniały w związku z tym, że:

- grono wspólników Biom Trans Sp. z o.o. nie stanowią wyłącznie zamawiający w rozumieniu ustawy..”. Odwołujący pomimo powołania wskazanego zarzutu w żaden sposób nie uzasadnił, na czym ma polegać naruszenie i z czego ma ono wynikać. Z ostrożności wskazuję więc, że zarzut jest w całości bezzasadny.

Udziały w BiomTrans Sp. z o.o. - Przystępującym (dalej jako Przystępujący lub Spółka) posiadają:

- 1) Zamawiający,
- 2) Gmina Bargłów Kościelny,
- 3) Gmina Goniądz,
- 4) Gmina Grajewo,
- 5) Gmina Janów,
- 6) Gmina Jasionówka,
- 7) Gmina Jaświły,
- 8) Gmina Knyszyn,
- 9) Gmina Korycin,
- 10) Gmina Krypno,
- 11) Gmina Lipsk,
- 12) Gmina Nowinka,
- 13) Gmina Rajgród,
- 14) Gmina Sztabin,
- 15) Związek Gmin „Kumiałka - Biebrza”.

Wspólników Spółki stanowią więc:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych, tj. jednostki samorządu terytorialnego, o których mowa w art. 4 pkt 1 Pzp - wspólnicy wskazani w pkt 1 - 14 powyżej,
- 2) związek jednostek sektora finansów publicznych, tj. jednostek samorządu terytorialnego, o którym mowa w art. 4 pkt 4 Pzp - wspólnik wskazany w pkt 15 powyżej.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego w skład wspólników Przystępującego wchodzi wyłącznie zamawiający w rozumieniu Pzp. Z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia zarzutu w treści odwołania, Zamawiający nie jest w stanie odnieść się bardziej szczegółowo do podniesionej przez Odwołującego kwestii. Z ostrożności wskazuję również, że w kapitale Przystępującego udziałów nie mają podmioty prywatne (z czego Odwołujący zdaje się zdawać sprawę, gdyż nie postawił zarzutu udziału kapitału prywatnego w kapitale Przystępującego).

3. Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp i art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp w zw. z pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 2 do Rozporządzenia z uwagi na rzekomy brak sprawowania przez uczestniczących zamawiających kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp i art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp w zw. z pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 2 do Rozporządzenia, przez rzekome wszczęcie postępowania z wolnej ręki, w sytuacji, gdy Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi nie sprawuje nad Przystępującym kontroli, w sposób wskazany w tym przepisie, a w szczególności z uwagi na fakt, iż w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Odwołujący wskazał również, że rzekomo Zamawiający zaniechał spełnienia spoczywającego na nim obowiązku informacyjnego odnośnie ziszczenia się przesłanki sprawowania nad Przystępującym kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Obowiązek informacyjny rzekomo ograniczał się jedynie do ogólnego wskazania, że Zamawiający sprawuje, wspólnie z innymi udziałowcami kontrolę, która odpowiada kontroli w zakresie niewykraczającym poza brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp, „w zakresie wskazania, iż w skład organów decyzyjnych Przystępującego wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających.

Odwołujący w treści zarzutu wskazał, że rzekomo Zamawiający nie sprawuje nad Przystępującym kontroli, w szczególności z uwagi na fakt, że w skład organów decyzyjnych Przystępującego nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Mimo tak sformułowanego zarzutu, uzasadnienie odwołania sprowadza się wyłącznie do argumentów dotyczących rzekomego braku przedstawicieli wszystkich uczestniczących zamawiających w organach decyzyjnych Przystępującego. W tym zakresie więc wyłącznie Zamawiający odpowie na postawione zarzuty.

Twierdzenia Odwołującego są bezzasadne z uwagi na poniższe.

1) Treść uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki

Nieprawdziwe się twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający zaniechał spełnienia obowiązku informacyjnego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

W treści samego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy rzeczywiście Zamawiający zamieścił jedynie część uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki. Wynikało to jednak z faktu ograniczenia liczby znaków w poszczególnych polach ogłoszenia. W polu „4.2) *Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki*” możliwe jest opublikowanie dosłownie kilku zdań uzasadnienia. Zamawiający wskazał więc dalszą treść uzasadnienia w „*Sekcji VI Informacje dodatkowe*”. Jednakże z uwagi na ograniczenie liczby znaków również w tej sekcji, nie było możliwe opublikowanie pełnej treści uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki. Zamawiający opublikował więc pełne uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki na stronie BIP Zamawiającego i wskazał w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy dokładny link, pod którym można znaleźć treść pełnego uzasadnienia. Zamawiający zmuszony był opublikować pełną treść uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki poza samym ogłoszeniem. Zamawiający miał bowiem obowiązek szczegółowego uzasadnienia decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki, w szczególności, że jest to zamówienie in-house. Z drugiej zaś strony Zamawiający napotkał przeszkody techniczne, w postaci braku możliwości opublikowania pełnej treści uzasadnienia bezpośrednio w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

Na uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki przez Zamawiającego składa się więc nie tylko treść samego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ale również pełne uzasadnienie opublikowane przez Zamawiającego na swojej stronie BIP. Powyższe potwierdza również Odwołujący, który w treści odwołania powołuje się nie tylko na treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ale i na treść pełną uzasadnienia opublikowaną poza Biuletynem Zamówień Publicznych.

Nieprawdziwe są więc twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający zaniechał uzasadnienia spełnienia przesłanki warunkującej możliwość udzielenia zamówienia in-house Przystępującemu, w postaci sprawowania nad Przystępującym kontroli w zakresie wskazania, iż w skład organów decyzyjnych Przystępującego wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Zamawiający przedstawił w tym zakresie uzasadnienie, które zostało zawarte w pliku „Uzasadnienie zastosowania trybu - pełne”.

2) Uczestniczenie przedstawicieli wszystkich kontrolujących zamawiających w składzie organów decyzyjnych Przystępującego

a) Możliwość reprezentowania jednego, kilku lub wszystkich zamawiających przez jednego przedstawiciela

Zgodnie z art. 305 pkt 1 Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki - w przypadku zamówienia, którego wartość jest niższa niż progi unijne - jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14 Pzp. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej

ręki jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Treść wskazanego powyżej art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp jest wynikiem implementacji do polskiego porządku prawnego treści Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako Dyrektywa). Treść Dyrektywy stanowi więc wskazówkę, jak należy interpretować przepisy Pzp.

Zgodnie z art. 12 ust. 3 Dyrektywy: „Niemniej jednak instytucja zamawiająca, która nie sprawuje nad osobą prawa prywatnego lub publicznego kontroli w rozumieniu ust. 1, może udzielić zamówienia publicznego tej osobie prawnej bez zastosowania przepisów niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) instytucja zamawiająca, wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, sprawuje kontrolę nad daną osobą prawną podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami;

b) ponad 80 % działalności tej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucje zamawiające sprawujące kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez te same instytucje zamawiające; 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.

Do celów akapitu pierwszego lit. a) instytucje zamawiające sprawują wspólnie kontrolę nad daną osobą prawną, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

(i) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających. Poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające;

(ii) wspomniane instytucje zamawiające są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej; oraz

(iii) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę".

Mając na uwadze treść powyżej zacytowanego przepisu Pzp i Dyrektywy stwierdził, że:

1) uczestniczenie w składzie organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej przedstawicieli wszystkich kontrolujących zamawiających stanowi jeden z elementów sprawowania kontroli przez uczestniczących zamawiających,

2) jeden przedstawiciel w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej może reprezentować nie tylko jednego lub kilku zamawiających (jak to wskazuje art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp), ale również wszystkich zamawiających.

Powyższe potwierdza również UZP, który wskazał, że: *„Przesłanka minimalnego składu organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej oznacza, że reprezentowani w tym składzie powinni być wszyscy zamawiający, co nie oznacza, że każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela (przedstawiciel może reprezentować jednego, kilku lub wszystkich zamawiających) ani że w skład takich organów mogą wchodzić tylko zamawiający”* (P. Nowicki, M. Romańska, M. Smaga, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, W-wa 2021, s. 671-672.).

Przepisy dopuszczają więc, aby jeden przedstawiciel reprezentował jednego, kilku albo wszystkich uczestniczących zamawiających w organie decyzyjnym kontrolowanej osoby. Odwołujący wskazał, że już porównanie liczby współników Przystępującego do liczby członków organów decyzyjnych Przystępującego, wyklucza, aby w skład tych organów wchodził przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Wskazane twierdzenia są w sposób oczywisty sprzeczne z wyżej wskazaną treścią Pzp i wykładnią treści tych przepisów. Porównanie liczby współników z liczbą osób wchodzących w skład organu nie ma żadnego znaczenia dla ustaleń, czy w skład tych organów wchodzi przedstawiciele wszystkich kontrolujących zamawiających. Jeden przedstawiciel może bowiem reprezentować nawet wszystkich uczestniczących zamawiających.

b) Organy decyzyjne Przystępującego i ich skład

Zamawiający w „Uzasadnieniu faktycznym i prawnym wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” wykazał spełnienie wyżej określonych przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp. W kontekście powyższego wskazuje co następuje. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 20

grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek.

Udziały w kapitale Przystępującego posiadają:

- 1) Zamawiający,
- 2) Gmina Bargłów Kościelny,
- 3) Gmina Goniądz,
- 4) Gmina Grajewo.
- 5) Gmina Janów,
- 6) Gmina Jasionówka,
- 7) Gmina Jaświły,
- 8) Gmina Knyszyn,
- 9) Gmina Korycin,
- 10) Gmina Krypno,
- 11) Gmina Lipsk,
- 12) Gmina Nowinka.
- 13) Gmina Rajgród,
- 14) Gmina Sztabin,
- 15) Związek Gmin „Kumiałka - Biebrza”.

Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi (wspólnikami), sprawuje nad Przystępującym kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. W szczególności, w skład organów decyzyjnych Przystępującego wchodzi przedstawiciele wszystkich Wspólników, kontrolujący Zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje Przystępującego, a Przystępujący nie działa w interesie sprzecznym z interesami Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. Ponadto 100% działalności Wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiających sprawujących kontrolę. W kapitale Przystępującego nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Przepisy Pzp, jak również Dyrektywa, nie wprowadzają definicji organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej. Niewątpliwie, w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, organem decyzyjnym jest Zgromadzenie Wspólników.

Zgodnie z § 22 Umowy Spółki, organami Spółki są:

- 1) Zgromadzenie Wspólników,
- 2) Rada Nadzorcza,
- 3) Zarząd.

Zgodnie z § 42 Umowy Spółki, do wyłącznej właściwości Zgromadzenia Wspólników należy:

- 1) rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdania Zarządu z działalności Spółki, zatwierdzenie bilansu, rachunku zysków i strat, sprawozdania finansowego Zarządu,
- 2) udzielanie absolutorium członkom Zarządu i Rady Nadzorczej z wykonania przez nich obowiązków,
- 3) decydowanie o kierunku rozwoju Spółki i o jej planach działalności gospodarczej; zatwierdzanie rocznych i wieloletnich planów finansowych i operacyjnych,
- 4) określanie zasad wynagradzania członków Rady Nadzorczej i członków Zarządu oraz ustalanie liczby członków Rady Nadzorczej i członków Zarządu,
- 5) podział zysków i podejmowanie uchwał o pokryciu strat,
- 6) udział Spółki w innych spółkach i przedsiębiorstwach,
- 7) zbycie, nabycie i obciążanie nieruchomości,
- 8) wszelkie decyzje dotyczące roszczeń naprawczych na skutek szkód wyrządzonych podczas tworzenia Spółki lub w trakcie zarządzania nią lub też wykonywania zadań przez Zarząd,
- 9) rozwiązanie Spółki,
- 10) zmiany umowy Spółki,
- 11) podwyższenie, obniżenie kapitału zakładowego i umorzenie udziałów,
- 12) nałożenie i zarządzenie zwrotu dopłat wspólnikom przewidzianych w przepisach Kodeksu spółek handlowych,
- 13) powoływanie, odwoływanie członków Rady Nadzorczej,
- 14) uchwalanie regulaminu Rady Nadzorczej i regulaminu Zarządu,
- 15) wyrażanie zgody na zbycie lub zastawienie udziałów Spółki przez wspólników,
- 16) przystąpienie do Spółki nowego wspólnika,
- 17) zbywanie i nabywanie udziałów własnych Spółki,
- 18) zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
- 19) zbycie, nabycie lub obciążenie urządzeń służących do trwałego użytku Spółki o wartości powyżej kwoty 200.000,00 (dwieście tysięcy złotych),
- 20) emisja obligacji,
- 21) połączenie lub przekształcenie Spółki, tworzenie i przystępowanie do spółek, przystępowanie do spółdzielni i występowanie z nich,
- 22) podejmowanie inwestycji, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie umów o wartości przekraczającej kwotę 200.000,00 (dwieście tysięcy) złotych,
- 23) podejmowanie decyzji w sprawie zaprzestania przekazywania zysku na fundusz zapasowy,
- 24) inne sprawy przedstawione Zgromadzeniu Wspólników przez Zarząd lub przez wspólników.

Z powyższego wynika, że Zgromadzenie Wspólników, ma największe kompetencje decyzyjne. Zgromadzenie Wspólników decyduje o kwestiach najistotniejszych z punktu widzenia funkcjonowania Przystępującego jako przedsiębiorstwa. Zgromadzenie Wspólników ma również wyłączne kompetencje w zakresie kreowania składu pozostałych organów Przystępującego, tj. Zarządu i Rady Nadzorczej. Należy mieć także na uwadze treść art. 212 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (dalej jako ksh), zgodnie z którym prawo kontroli służy każdemu wspólnikowi. W tym celu wspólnik lub wspólnik z upoważnioną przez siebie osobą może w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty spółki, sporządzać bilans dla swego użytku lub żądać wyjaśnień od zarządu. Regułą jest, że wspólnikom przysługuje prawo kontroli osobistej spółki, uprawnienie to wspólnicy mają z mocy prawa. Jest ono niezależne od wielkości posiadanego udziału w kapitale zakładowym, stanowi prawo osobiste wspólnika. Za wyrokiem KIO z 04.10.2019 r., wskazał, że: *„Uwzględniając dorobek orzecznicy Trybunału Sprawiedliwości, w doktrynie wskazuje się, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możliwość wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną. W tym kontekście wpływ na cele strategiczne nie powinien być rozumiany jako formalny brak autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz jako możliwość oddziaływania poprzez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań. Przejawem dominującego wpływu na cele strategiczne będzie konieczność uzgadniania (w ramach ładu korporacyjnego lub w związku z narzuconymi postanowieniami umownymi) kluczowych działań inwestycyjnych i rozwojowych. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania (w tym także w postaci zgód korporacyjnych) czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną (por. J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" wyd. VII, WKP 2018) (Wyrok KIO z 04.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1842/19).*

Mając powyższe na uwadze, najważniejszym organem decyzyjnym Przystępującego, posiadającym najwyższe kompetencje w zakresie wpływu na działalność przedsiębiorstwa, a także na skład pozostałych organów Spółki, jest Zgromadzenie Wspólników. Ocena, czy w skład organów decyzyjnych Przystępującego wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, powinna zostać więc przede wszystkim oparta o skład

Zgromadzenia Wspólników, gdyż to ten organ ma wpływ na skład pozostałych organów Spółki (Zarządu i Rady Nadzorczej).

Natomiast w skład Zgromadzenia Wspólników wchodzi wszyscy uczestniczący zamawiający (działający przez swoich przedstawicieli). To, że art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp, wskazuje na konieczność uczestnictwa w organach decyzyjnych przedstawicieli zamawiających, nie oznacza, że w skład organu nie mogą wchodzić bezpośrednio sami zamawiający (P. Nowicki, M. Romańska, M. Smaga, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, W-wa 2021, s. 671-672). W przypadku wspólników, jakimi są gminy oraz związek gmin, uprawnienia wspólników wykonywane są bowiem przez przedstawicieli wspólników. Każdy z uczestniczących zamawiających - wspólników Przystępującego korzysta z prawa głosu na Zgromadzeniu Wspólników, posiadając liczbę głosów odpowiednią do liczby posiadanych udziałów. Prawa żadnego z wspólników nie zostały w żadnym zakresie ograniczone, czy wyłączone. W związku z powyższym, w skład najważniejszego organu decyzyjnego Przystępującego, tj. Zgromadzenia Wspólników wchodzi przedstawiciele wszystkich zamawiających sprawujących kontrolę.

Nieprawidłowe są ponadto twierdzenia Odwołującego, że w skład Zarządu i Rady Nadzorczej nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, co wynika z poniższego. Przyjmując szeroką interpretację pojęcia organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, za organy decyzyjne Przystępującego można uznać również Zarząd i Radę Nadzorczą. Efektywne zarządzanie spółką powinno być skorelowane z odpowiednio działającym systemem kontroli i nadzoru. Rada nadzorcza sprawuje bezpośredni nadzór nad działalnością spółki we wszystkich obszarach, a także monitorowanie i kontrolowanie procesów organizacyjnych związanych z funkcjonowaniem danego przedsiębiorstwa.

Zarząd reprezentuje Przystępującego na zewnątrz i prowadzi bieżącą działalność przedsiębiorstwa, zaś Rada Nadzorcza przed wszystkim sprawuje kontrolę na Zarządem oraz wyraża zgodę na podejmowanie bardziej doniosłych decyzji lub czynności.

Należy mieć na względzie, że Zgromadzenie Wspólników (składające się z wszystkich uczestniczących zamawiających) posiada wyłączne uprawnienie do powoływania i odwoływania członków Rady Nadzorczej (co wynika z § 24 pkt 13 Umowy Spółki). Rada Nadzorcza powoływana jest przez Zgromadzenie Wspólników, spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników. Każdy Wspólnik ma prawo wskazania jednego kandydata na członka Rady Nadzorczej, spełniającego wymogi, o których mowa w art. 19 ust. 1 - 3 i 5 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym, z wyłączeniem wymogu posiadania pozytywnej opinii Rady do spraw spółek z udziałem Skarbu Państwa i państwowych osób prawnych (§ 30 ust. 1 Umowy Spółki).

Również to Wspólnicy decydują o ewentualnym odwołaniu Członków Rady Nadzorczej, uchwałą podejmowaną większością 3/4 głosów (§ 30 ust. 4 Umowy Spółki Przystępującego). Zgromadzenie Wspólników, czyli również każdy z uczestniczących zamawiających, ma więc bezpośredni wpływ na skład Rady Nadzorczej. Każdy z wspólników może bezpośrednio wskazać jedną osobę jako kandydata na członka Rady Nadzorczej. O tym, którzy z wskazanych kandydatów wejdą ostatecznie w skład Rady Nadzorczej, decydują wspólnicy (Zgromadzenie Wspólników) w głosowaniu.

Nieprawidłowe są więc twierdzenia Odwołującego, że w skład Rady Nadzorczej Przystępującego nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Każda z osób wchodzących aktualnie w skład Rady Nadzorczej stanowi przedstawiciela każdego ze Wspólników.

Po pierwsze, bowiem, jak już wskazano powyżej, wszyscy uczestniczący zamawiający mają wpływ na skład Rady Nadzorczej Przystępującego. Każdy z nich może wskazać kandydata na członka Rady Nadzorczej. Następnie każdy z zamawiających ma prawo wzięcia udział w głosowaniu nad powołaniem danej osoby na członka Rady Nadzorczej. Również wspólnicy mają wyłączne prawo zdecydowania o odwołaniu Członka Rady Nadzorczej. Tak wybrani Członkowie Rady Nadzorczej stanowią przedstawicieli wszystkich uczestniczących wspólników.

Po drugie, za uznaniem każdego Członka Rady Nadzorczej za przedstawiciela każdego z wspólników (uczestniczących zamawiających), przemawia również fakt, że każdy z tych wspólników głosował „za” powołaniem każdej z tych osób na Członka Rady Nadzorczej Przystępującego. Każdy z uczestniczących zamawiających podjął więc świadomie decyzję, że chce, aby osoby wchodzące w skład Rady Nadzorczej Przystępującego reprezentowały interesy wspólników, w tym tego zamawiającego, w ramach pełnienia funkcji Członka Rady Nadzorczej. Jednocześnie, podczas wyborów aktualnego składu Rady Nadzorczej, nie wskazano innych kandydatów, którzy nie zostaliby wybrani na członków Rady Nadzorczej.

Przy czym podkreślił, że nawet gdyby dany wspólnik - zamawiający - głosował przeciw powołaniu danej osoby do składu Rady Nadzorczej Przystępującego, dana osoba nadal stanowiłaby przedstawiciela tego wspólnika i wszystkich pozostałych. Przegłosowanie danego wspólnika w głosowaniu nad składem Rady Nadzorczej nie oznaczałoby bowiem, że ten wspólnik (np. którego kandydat nie został wybrany do składu Rady Nadzorczej), nie ma przedstawiciela w składzie tego organu. Przegłosowanie danego zamawiającego w ramach określenia celów i kierunków działalności Spółki nie oznacza, że nie ma on rzeczywistego wpływu na te cele i działalność Spółki, w tym skład jej organów. Jak wskazuje UZP: *„Przesłanka minimalnego składu organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej oznacza, że reprezentowani w tym składzie powinni być wszyscy zamawiający, co nie oznacza, że każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela (przedstawiciel może*

reprezentować jednego, kilku lub wszystkich zamawiających) ani że w skład takich organów mogą wchodzić tylko zamawiający. Decydujący jest rzeczywisty wpływ danego pojedynczego zamawiającego na procedury decyzyjne w osobie prawnej, co nie oznacza, że będzie to wpływ skuteczny. Zamawiający występujący w gronie innych zamawiających działających wspólnie może przykładowo zostać przegłosowany i cele, które chciał wyznaczyć osobie prawnej, nie zostaną wyznaczone. Nie oznacza to, że nie kontroluje on takiej jednostki w sposób umożliwiający udzielenie jej zamówień z wolnej ręki” (P. Nowicki, M. Romańska, M. Smaga, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, W-wa 2021, s. 671-672).

Po trzecie, członkowie Rady Nadzorczej Przystępującego, tj. A. Z. C., K. D., R. S.-E. i A. J., stanowią kandydatów wskazanych przez wspólników, przez co wspólnicy zapewнили sobie rzeczywistą kontrolę nad działalnością Rady Nadzorczej. Ponadto wszystkie osoby wchodzące w skład Rady Nadzorczej, poza pełnieniem funkcji Członka Rady Nadzorczej Przystępującego, pozostają również w stosunku pracy lub zlecenia z co najmniej jednym z Wspólników Przystępującego.

Po czwarte, z uwagi na ukształtowane w przepisach prawa zasady funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, członek rady nadzorczej w spółce nie może stanowić przedstawiciela (reprezentanta) jednego, czy kilku wspólników. Członek rady nadzorczej nie może reprezentować interesów wyłącznie jednego, czy też kilku wspólników.

Wykonywanie obowiązków przez członków rady nadzorczej jak również zarządu odbywa się z zachowaniem staranności wynikającej z zawodowego charakteru ich działalności. W odniesieniu do członków wszystkich ww. organów spółki, przy ocenie ich postępowania następuje odejście od przeciętnej, ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności i obowiązuje swoisty miernik związany z rzetelnością, wiedzą, sumiennością, jaka powinna cechować profesjonalistów, a więc osoby, od których należy wymagać więcej niż od przeciętnego uczestnika obrotu.

Członkowie rady nadzorczej tak jak członkowie zarządu, objęci są obowiązkiem lojalności wobec spółki (art. 2141 § 2 ksh). Obowiązek ten ma bezterminowy charakter, co oznacza, że członkowie tych organów zobowiązani są do zachowania lojalności wobec spółki również zaprzestaniu pełnienia funkcji w organie spółki.

Członkowie rady nadzorczej zobowiązani są więc do działania w interesie spółki, a nie w interesie wspólników, czy też określonego wspólnika. Celem działalności rady nadzorczej jest sprawowanie - w imieniu wspólników - nadzoru nad działalnością spółki i zarządu spółki. Rada nadzorcza działa więc w ogólnym interesie spółki i wspólników spółki. Jednakże, mając na uwadze wyżej wskazane przepisy ksh, członek rady nadzorczej nie może działać wyłącznie w interesie jednego, czy też kilku wspólników, w oderwaniu od interesu spółki. Wspólnik spółki nie może również przekazać członkowi rady nadzorczej wiążących wytycznych co do działania w danej sprawie, czy sposobu załatwienia danej

sprawy. Takie kompetencje przysługują wyłącznie wszystkim wspólnikom łącznie - zgromadzeniu wspólników. Członkowie rady nadzorczej pełnią swoją funkcję samodzielnie i nie wykonują poleceń wspólnika (nawet w przypadku, gdyby to ten wspólnik powołał członka w skład organu). Członek rady nadzorczej, zgodnie z przepisami, zobowiązany jest do zachowania lojalności wobec spółki, a nie wobec wspólnika czy wspólników.

W powyższym kontekście wskazał również, że niezasadne są twierdzenia Odwołującego dotyczące braku uregulowania w umowie Spółki *„w jaki sposób rzeczywiście reprezentowany jest w tym organie wspólnik gdy dochodzi do konfliktu interesów poszczególnych wspólników którego reprezentuje rzekomo ten sam reprezentant - członek rady nadzorczej”*. Jak już wskazano powyżej, każdy Członek Rady Nadzorczej Przystępującego zobowiązany jest do działania w interesie Spółki, a nie w interesie wspólników/wspólnika. Członek Rady Nadzorczej nie może więc znaleźć się w sytuacji „konfliktu interesów”, gdyż w ramach Rady Nadzorczej nie reprezentuje on określonych interesów wspólników, ale interesy Spółki.

W przypadku spółki z o.o. zasady powoływania rady nadzorczej mogłyby zostać tak określone, że określony wspólnik powołuje konkretną osobę do rady nadzorczej (np. w przypadku przyznania wspólnikowi osobistego uprawnienia do powołania jednego członka rady nadzorczej). Również można byłoby przyznać kilku wspólnikom wspólne prawo do powołania konkretnej osoby do pełnienia funkcji członka rady nadzorczej. Członek rady nadzorczej, który - zgodnie z zasadami wyznaczania członków organów spółki - zostałby powołany przez jednego lub kilku wspólników, a w określonej sprawie zdanie tych wspólników byłoby inne, musiałby rozważyć przedstawione przez tych wspólników stanowiska i zająć stanowisko zgodne z interesem spółki. Bowiem nawet taki członek rady nadzorczej ma obowiązek działania w interesie spółki i nie ma przy pełnieniu tej funkcji możliwości wystąpienia sytuacji „konfliktu interesów”.

W związku z powyższym, zarzuty Odwołującego w zakresie rzekomego braku przedstawicieli wszystkich uczestniczących zamawiających w Radzie Nadzorczej Przystępującego są w całości bezzasadne.

Zgodnie z 10a ust. 6 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, członków zarządu spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego powołuje i odwołuje rada nadzorcza. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu, w § 34 umowy Spółki, wskazano, że *„Członkowie Zarządu Spółki są powoływani i odwoływani przez Radę Nadzorczą”*. Wspólnicy (uczestniczący zamawiający), nie mogli w umowie Spółki zapewnić uprawnienia do bezpośredniego powoływania Członków Zarządu, gdyż takie zapisy byłyby sprzeczne z przepisami prawa.

Członków Zarządu Przystępującego powołuje więc Rada Nadzorcza, która zaś jest powoływana przez Zgromadzenie Wspólników (czyli wszystkich uczestniczących

zamawiających). Taka struktura powoływania członków organów Przystępującego, zapewnia kontrolującym zamawiającym wpływ zarówno na skład Rady Nadzorczej, jak i skład Zarządu. Członków Zarządu powołują bowiem osoby wybrane przez wspólników. Ponadto, zgodnie z § 34 ust. 2 umowy Spółki, Członkowie Zarządu powoływaniu spośród kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenia Wspólników.

Nieprawidłowe są więc twierdzenia Odwołującego, że w skład Zarządu Przystępującego nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Aktualnie w skład Zarządu Przystępującego wchodzi jedna osoba - Prezes Zarządu A. K. . Ten Członek Zarządu Przystępującego stanowi przedstawiciela każdego ze Wspólników.

W zakresie Zarządu Przystępującego aktualne pozostają powyższe rozważania dotyczące Rady Nadzorczej. A w związku z tym:

Po pierwsze, jak już wskazano powyżej, wszyscy uczestniczący zamawiający mają wpływ na skład Zarządu Przystępującego. Wspólnicy, czyli Zgromadzenie Wspólników, wskazuje kandydatów na Członków Zarządu. Następnie, Rada Nadzorcza wybiera Członków Zarządu spośród zgłoszonych kandydatów. Tak wybrani Członkowie Zarządu stanowią przedstawicieli wszystkich uczestniczących wspólników.

Po drugie, z uwagi na ukształtowane w przepisach prawa zasady funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, członek zarządu w spółce nie może stanowić przedstawiciela (reprezentanta) jednego, czy kilku wspólników. Członek zarządu nie może reprezentować interesów wyłącznie jednego, czy też kilku wspólników.

Wykonywanie obowiązków przez członków zarządu odbywa się z zachowaniem staranności wynikającej z zawodowego charakteru ich działalności. Przy ocenie ich postępowania następuje odejście od przeciętnej, ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności i obowiązuje swoisty miernik związany z rzetelnością, wiedzą, sumiennością, jaka powinna cechować profesjonalistów, a więc osoby, od których należy wymagać więcej niż od przeciętnego uczestnika obrotu.

Członkowie zarządu, objęci są obowiązkiem lojalności wobec spółki (art. 214¹ § 2 ksh). Obowiązek ten ma bezterminowy charakter, co oznacza, że zobowiązani są oni do zachowania lojalności wobec spółki również zaprzestaniu pełnienia funkcji w organie spółki.

Członkowie zarządu zobowiązani są więc do działania w interesie spółki, a nie w interesie wspólników, czy też określonego wspólnika. Celem działalności zarządu jest prowadzenie spraw spółki i reprezentowanie jej na zewnątrz. Zarząd działa więc w ogólnym interesie spółki i wspólników spółki. Jednakże, mając na uwadze wyżej wskazane przepisy ksh, członek zarządu nie może działać wyłącznie w interesie jednego, czy też kilku wspólników, w oderwaniu od interesu spółki. Wspólnik spółki nie może również przekazać członkowi zarządu wiążących wytycznych co do działania w danej sprawie, czy sposobu załatwienia danej sprawy. Takie kompetencje przysługują wyłącznie wszystkim wspólnikom łącznie -

zgromadzeniu wspólników oraz radzie nadzorczej. Członkowie zarządu pełnią swoją funkcję samodzielnie i nie wykonują poleceń wspólnika (nawet w przypadku, gdyby to ten wspólnik powołał członka w skład organu). Członek zarządu, zgodnie z przepisami, zobowiązany jest do zachowania lojalności wobec spółki, a nie wobec wspólnika czy wspólników.

Odwołujący wskazał (zgodnie ze stanem faktycznym), że jeden ze wspólników Przystępującego - Związek Gmin Kumiałka-Biebrza, wstąpił do Spółki już po powołaniu jedynego Członka Zarządu Przystępującego. Z tego Odwołujący wywodzi, że Prezes Zarządu Przystępującego A. K., nie stanowi przedstawiciela tego Wspólnika. Twierdzenia Odwołującego są bezzasadne.

Jak już wskazano szczegółowo powyżej, Prezes Zarządu Przystępującego stanowi przedstawiciela każdego z uczestniczących w Spółce zamawiających. Tego faktu nie zmienia przystąpienie do spółki przez Związek Gmin Kumiałka-Biebrza, już po powołaniu urzędującego Prezesa Zarządu. Z chwilą przystąpienia do Spółki przez Związek Gmin Kumiałka-Biebrza Prezes Zarządu Przystępującego stała się również przedstawicielem w Zarządzie tego Wspólnika. Jedyny Członek Zarządu Przystępującego stanowi bowiem przedstawicieli wszystkich wspólników.

Ponadto pokreślenia wymaga, że Związek Gmin Kumiałka-Biebrza nigdy, w ramach przysługujących mu uprawnień Wspólnika, nie wnosił o poddanie pod porządek obrad Zgromadzenia Wspólników kwestii odwołania urzędującej Prezesa Zarządu, zmiany składu Zarządu, w tym powiększenia składu Zarządu. Wspólnik ten również nie kwestionował nigdy działalności powołanej Prezesa Zarządu, a wręcz przeciwnie - Wspólnik ten głosował za udzieleniem Prezesa Zarządu absolutorium z pełnienia funkcji w 2021 r.

Podsumowując, Prezes Zarządu Przystępującego stanowi przedstawiciela wszystkich wspólników Przystępującego, w tym Związku Gmin Kumiałka-Biebrza. Nie ma znaczenia, że Związek ten wstąpił do Spółki już po powołaniu Prezesa Zarządu do pełnienia funkcji. Jednoznacznym jest również, że Związek Gmin Kumiałka-Biebrza uznał pełniącą funkcję Prezesa Zarządu A. K. za swojego „przedstawiciela”.

Odwołujący wskazuje, że aby zapewnić rzeczywiste uczestnictwo przedstawiciela każdego z uczestniczących zamawiających w organach decyzyjnych Przystępującego, konieczne jest, aby w skład Rady Nadzorczej i Zarządu wchodziła co najmniej jedna osoba wskazana przez każdego ze wspólników. Twierdzenia te są bezzasadne. Przyjęcie za prawidłowe twierdzeń Odwołującego, prowadziłoby do absurdalnej sytuacji. Taka sytuacja, poradziłaby w szczególności do:

1) paraliżowania działalności Spółki;

Zorganizowanie prac organu składającego się z 15 osób byłoby niezwykle trudne. Rada Nadzorcza obraduje na posiedzeniach. Już samo zorganizowanie posiedzeń, w terminie dogodnym dla wszystkich członków, byłoby niezwykle utrudnione.

W przypadku Zarządu również, tak duża liczba osób uprawnionych do prowadzenia spraw Spółki, powodowałaby jedynie paraliż działalności;

2) konieczności ponoszenia przez Przystępującego wysokich kosztów z tytułu wynagrodzeń Członków Zarządu i Rady Nadzorczej;

Członkom Zarządu i Członkom Rady należy się wynagrodzenia za wykonaną pracę w ramach pełnienia funkcji. Łączna wysokość wynagrodzeń należnych piętnastu Członków Zarządu i piętnastu Członków Rady Nadzorczej, stanowiłaby ogromną kwotę, w szczególności niewspółmierną do środków, którymi dysponuje Spółka, wielkości jej przychodów i zakresu działalności Spółki.

Ustawa z dnia 9 czerwca 2016 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami, przewiduje zasady wynagradzania członków organów nadzorczych jak również zarządzających. Wskazana ustawa określa w szczególności zasady ustalania wysokości minimalnego wynagrodzenia należnego członkom organów spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego. Wynagrodzenie należne Członkom Zarządu i Członkom Rady Nadzorczej Przystępującego nie może być więc niższe niż określone w przepisach;

3) niegospodarnego wydatkowania środków publicznych;

Działalność Przystępującego nie jest tak obszerna i nie ma takiego zasięgu, aby konieczne było powołanie tak dużej liczby osób w skład Rady Nadzorczej i Zarządu. Tak jak jest to obecnie, jeden Członek Zarządu jest w stanie prowadzić sprawy Spółki. Dla zapewnienia nadzoru nad działalnością Zarządu, wystarczające jest również, aby Rada Nadzorcza składała się z czterech członków.

Powoływanie piętnastu Członków Zarządu i piętnastu Członków Rady Nadzorczej jest więc bezcelowe. Jednocześnie ponoszenie przez Spółkę kosztów wynagrodzeń tak dużej liczby członków organów (w większości zbędnych dla właściwego funkcjonowania Spółki) stanowiłoby przejaw niegospodarności.

Podkreślenia wymaga także, że przepisy nie wymagają, aby elementem kontroli było uczestniczenie w organach decyzyjnych kontrolowanej spółki przedstawicieli wskazanych przez każdego uczestniczącego zamawiającego. Celem wskazanych przepisów było wyeliminowanie sytuacji pozornego sprawowania wspólnej kontroli, w celu udzielenia zamówienia in house przez zamawiającego, który w rzeczywistości nie ma wpływu na działalność osoby prawnej. Z sytuacją, w której w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej rzeczywiście nie wchodziłoby przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, mielibyśmy do czynienia np. w przypadku:

1) gdy jedynie niektórzy z wspólników mieliby uprawnienie do powoływania członków organu decyzyjnego, np. niektórzy z wspólników nie uczestniczyliby w wybieraniu składu organu decyzyjnego,

2) możliwość wykonywania praw z głosów jednego lub kilku wspólników byłaby ograniczona lub wyłączona,

3) uprawnienie do powoływania członków organów decyzyjnych przyznane zostało podmiotom trzecim, na mocy przyznanych im specjalnych uprawnień, z jednoczesnym ograniczeniem uprawnień wspólników w tym zakresie.

Analizowana sytuacja faktyczna i prawna działalności Przystępującego i wspólników - uczestniczących Zamawiających nie wpisuje się powyżej wskazane kategorie.

3) Podsumowanie

W oparciu o wyżej przedstawione informacje nie sposób wysnuć innego wniosku niż ten, że zamawiający stanowiący wspólników Przystępującego posiadają wspólną kontrolę nad Spółką, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. W szczególności każdy z wspólników Przystępującego uczestniczy w decydowaniu o składzie Zarządu i Rady Nadzorczej, a co za tym idzie ma bezpośredni wpływ na skład tych organów. Spełniona jest więc również przesłanka uczestniczenia w składzie organów decyzyjnych Przystępującego przedstawicieli wszystkich uczestniczących zamawiających.

Do podobnych wniosków doprowadza analiza orzecznictwa TSUE oraz wytycznych Komisji Europejskiej, zgodnie z którymi przy ocenie, czy instytucja zamawiająca może wywierać decydujący wpływ na strategiczne cele i znaczące decyzje jednostki, należy zbadać czy podmiot posiada udział kapitału prywatnego; czy zamawiający jest reprezentowany w organach decyzyjnych; oraz jaki jest zakres uprawnień przyznanych zarządowi - co w przedmiotowej sprawie, z uwagi na wyżej wskazane okoliczności, potwierdza spełnianie warunków do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Jak wskazał UZP: *„Pojedynczy zamawiający, z racji tego, że występuje wspólnie z innymi zamawiającymi, nie sprawuje, co do zasady, takiej samej kontroli nad jednostką kontrolowaną jak nad własnymi jednostkami wewnętrznymi. Występuje naturalna w takiej relacji partycypacja „we władzy” nad jednostką nadzorowaną. Powyższe oznacza, że w odniesieniu do podmiotów wspólnie kontrolowanych przez grupy zamawiających (np. spółki zajmujące się transportem międzygminnym, w których udziały mają gminy partycypujące w transporcie, spalarnie śmieci powołane i kontrolowane przez jednostki - udziałowców etc.) orzecznictwo musiało ustalić, co oznacza zakres pojęcia „sprawowania kontroli nad jednostką”, ale w odniesieniu do pojedynczego zamawiającego występującego jako element całości. Na kanwie tego wniosku ustalono pojęcie „kontroli analogicznej” lub „kontroli podobnej” do kontroli w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, co znalazło odzwierciedlenie także w orzeczeniach TSUE. W orzeczeniu TSUE w sprawie Coditel Brabant stwierdzono, że w przypadku jednostki, której wspólnymi właścicielami jest szereg instytucji zamawiających, „podobną kontrolę” mogą sprawować wspólnie te instytucje, zaś samodzielne sprawowanie kontroli przez każdą z nich nie jest istotne. W cytowanym już*

orzeczeniu Tragsa uznano, że w pewnych okolicznościach warunek dotyczący kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą może być spełniony, jeżeli instytucja taka posiada tylko 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego. Orzeczenie wskazuje więc, że co do zasady, aby mówić o podobnym sprawowaniu kontroli nad spółką, zamawiający pojedynczy winien posiadać w niej jakieś udziały. Z kolei w sprawie Econord TSUE stanął na stanowisku, że pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu, niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką, pozwalałaby na obchodzenie przepisów prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli” nad tą jednostką. Podsumowując, wspólna, analogiczna kontrola możliwa jest nawet w przypadku, jeżeli odsetek posiadanych udziałów w spółce jest bardzo niski, pod warunkiem że prawa wynikające z tych udziałów są wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę. Powyższe ustalenia TSUE doprowadziły do wykształcenia się zasad wspólnego sprawowania kontroli, które zostały wyrażone w art. 12 ust. 3 dyrektywy klasycznej, którą implementuje art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp. Przesłanka minimalnego składu organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej oznacza, że reprezentowani w tym składzie powinni być wszyscy zamawiający, co nie oznacza, że każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela (przedstawiciel może reprezentować jednego, kilku lub wszystkich zamawiających) ani że w skład takich organów mogą wchodzić tylko zamawiający. Decydujący jest rzeczywisty wpływ danego pojedynczego zamawiającego na procedury decyzyjne w osobie prawnej, co nie oznacza, że będzie to wpływ skuteczny. Zamawiający występujący w gronie innych zamawiających działających wspólnie może przykładowo zostać przegłosowany i cele, które chciał wyznaczyć osobie prawnej, nie zostaną wyznaczone. Nie oznacza to, że nie kontroluje on takiej jednostki w sposób umożliwiający udzielenie jej zamówień z wolnej ręki. Zawarta w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a Pzp przesłanka niedziałania w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad osobą prawną kontrolę oznacza, że kontrolowana osoba prawna nie musi wyrażać celów każdego z zamawiających, istotne jest, żeby nie stała tym celem na przeszkodzie. Przeciwnie ujęcie (tożsamość celów każdego z zamawiających z celami osoby prawnej) oznaczałoby w praktyce, że wspólnie kontrolować osobę prawną mogliby tylko zamawiający posiadający identyczne cele, co czyniłoby regulację praktycznie niestosowalną” (P. Nowicki, M. Romańska, M. Smaga, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, W-wa 2021, s. 671-672).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, zaproszenia do negocjacji, zmiana ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenie nr 2023/BZP 00106697, zmiana ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenie nr 2023/BZP 00108300. Pozostałe dokumenty zostały załączone jako załącznik do pism Odwołującego, jak i Zamawiającego, poniżej.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Wydruk ogłoszenia z 22.02.2023 r.;
- 2) Wydruk KRS-u BiomTrans Sp. z o.o. aktualny i pełny;
- 3) Kopia umowy spółki BiomTrans Sp. z o.o. z dnia 28.10.2021 r. i 18.11.2022 r. (tekst jednolity).

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

- 1) Kopie ogłoszenia na stronie BIP Zamawiającego;
- 2) Kopie informacji dodatkowej do sekcji VI ogłoszenia;
- 3) Kopie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu z wolnej ręki – pełne;
- 4) Kopie Prognozy Wielkości Przychodów Handlowych na lata 2023 - 2026 dla Przystępującego;
- 5) Kopie protokołu Komisji Skrutacyjnej z dnia 18.11.2022 r. - Powołanie Członków Rady Nadzorczej BiomTrans sp. z o.o.;
- 6) Kopie protokołu Komisji Skrutacyjnej z dnia 26.09.2022 r. - Absolutorium dla Zarządu i Radzie Nadzorczej BiomTrans sp. z o.o. wraz z listą obecności.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie

Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) PZP w zw. z pkt. 4 ppkt. 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych,

- co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego (wykazania w samej treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia przesłanki sprawowania nad daną osobą prawną przez zamawiającego wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, a ograniczyło się jedynie do ogólnego wskazania, że Zamawiający sprawuje, wspólnie z innymi udziałowcami kontrolę, która odpowiada kontroli w zakresie nie wykraczającym poza brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) PZP w zakresie wskazania, iż w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

2) Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) PZP co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla wszczęcia tego postępowania i w rezultacie do zawarcia umowy nie zaistniały w związku z tym, że:

- grono współników Biom Trans Sp. z o.o. nie stanowią wyłącznie zamawiający w rozumieniu ustawy;

- Zamawiający, wespół z innymi zamawiającymi nie sprawuje nad podmiotem, z którym chce zawrzeć umowę kontroli, w sposób wskazany w tym przepisie, a w szczególności z uwagi na fakt, iż w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Spór nie dotyczył stanu faktycznego, ale oceny czynności zasadności wszczęcia trybu zamówienia z wolnej ręki i ziszczenia się w tym zakresie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp, jak i spełnienia w tym zakresie obowiązku informacyjnego w publikatorze krajowym tak, aby można było ustalić czy ziszczeniu uległy stosowne przesłanki wynikające ze wskazanego powyżej przepisu.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Treść wskazanego powyżej art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp jest wynikiem implementacji do polskiego porządku prawnego treści Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „Dyrektywa”).

W ramach ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zawarł:

W sekcji IV pkt 4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki:

„Spełnione są przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 13 pzp. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi (wspólnikami), sprawuje nad Wykonawcą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. W szczególności w skład organów decyzyjnych Wykonawcy wchodzi przedstawiciele wszystkich Wspólników, kontrolujący Zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje Wykonawcy, a Wykonawca nie działa w interesie sprzecznym z interesami Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. Ponadto 100% działalności Wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiających sprawujących kontrolę. W kapitale Wykonawcy nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. [cd w SEKCJI VI]”.

Następnie w SEKCJI VI INFORMACJE DODATKOWE:

„Gmina Augustów jest zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1 Pzp. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 4 Pzp, sprawuje nad Wykonawcą BiomTrans spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym (dalej jako BT, Spółka lub Wykonawca) kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Kontrola sprawowana jest łącznie przez Zamawiającego oraz Wspólników BT, tj. Gminę Bargłów Kościelny, Gminę Goniądz, Gminę Grajewo, Gminę Janów, Gminę Jasionówka, Gminę Jaświły, Gminę Knyszyn, Gminę Korycin, Gminę Krypno, Gminę Lipsk, Gminę Nowinka, Gminę Rajgród, Gminę Sztabin i Związek Gmin „Kumiałka- Biebrza”. Wyłącznie wskazane podmioty, czyli zamawiający publiczni, są Wspólnikami BT.

BT jest spółką powołaną w celu wykonywania zadań własnych Gmin. Głównym celem działalności BT jest zaspakajanie potrzeb mieszkańców w zakresie zadań własnych Gmin, związanych z gospodarką odpadami poprzez świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej (§ 10 ust. 3 umowy Spółki BT). Przedmiotem działalności BT jest wyłącznie działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów, odzysk surowców i działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami (§ 10 ust. 1 umowy Spółki BT). Terenem działalności Spółki jest wyłącznie obszar Gmin będących Wspólnikami Spółki (§ 5 umowy spółki BT). Spółka została powołana, aby działać w interesie Zamawiającego i pozostałych Wspólników Spółki. Wykonawca nie działa więc w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

Zamawiający kontrolujący BT mają bezpośredni wpływ na skład organów decyzyjnych kontrolowanej Spółki.

Kontrolujący Zamawiający wywierają dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Szereg uprawnień przyznaje kontrolującym zamawiającym umowa spółki BT. W szczególności Zgromadzenie Wspólników decyduje o podziale zysku osiąganego przez BT, a także decyduje o sposobie pokrycia ewentualnej straty. Zgromadzenie Wspólników decyduje także o kierunku rozwoju Spółki i o jej planach działalności gospodarczej oraz zatwierdza roczne i wieloletnie plany finansowe i operacyjne. BT działa obecnie w oparciu o plan finansowy Spółki na rok 2023 r. zatwierdzony uchwałą nr 2/2023 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników BT z dnia 25.01.2023 r. oraz Prognozę Handlową Spółki na lata 2023-2025 zatwierdzoną uchwałą nr 1/2023 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników BT z dnia 25.01.2023 r.

Zgromadzenie Wspólników, poza kwestiami wynikającymi wprost z przepisów prawa, podejmuje decyzje również w następującym zakresie:

- 1) udziale BT w innych spółkach i przedsiębiorstwach,*

- 2) zbywaniu, nabywaniu i obciążaniu nieruchomości,
- 3) kwestiach roszczeń naprawczych na skutek szkód wyrządzonych podczas tworzenia Spółki lub w trakcie zarządzania nią lub też wykonywania zadań przez Zarząd,
- 4) zbyciu i wydzierżawieniu przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowieniu na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
- 5) zbyciu, nabyciu lub obciążeniu urządzeń służących do trwałego użytku Spółki o wartości powyżej kwoty 200.000,00 zł,
- 6) emisji obligacji,
- 7) połączeniu lub przekształceniu Spółki, tworzeniu i przystępowaniu do spółek, przystępowaniu do spółdzielni i występowaniu z nich,
- 8) podejmowaniu inwestycji, zaciąganiu zobowiązań lub zawieraniu umów o wartości przekraczającej kwotę 200.000,00 zł.

Z uwagi na ograniczenie liczby znaków pełna treść uzasadnienia dostępna na stronie zamawiającego, pod linkiem:

<http://bip.ug.augustow.wrotapodlasia.pl/823bebadb9a/rok-2023/odbior-i-transport-odpadow-komunalnych-od-wlascicieli-nieruchomosci-zamieszkalych-na-terenie-gminy-augustow.html>".

Z kolei w ramach - Informacje dodatkowe - sekcja VI cd.- podał:

„Prawo wspólników do sprawowania indywidualnej kontroli nie zostało wyłączone ani ograniczone oraz nie ma jakichkolwiek ograniczeń w wykonywaniu przez wspólników prawa głosu z posiadanych udziałów. Ograniczono jednocześnie możliwość zbycia i nabywania udziałów w Spółce przez podmioty trzecie, w szczególności poprzez przyznanie prawa pierwszeństwa Wspólnikom w objęciu zbywanych udziałów (§ 13 umowy Spółki BT) oraz prawa pierwszeństwa Wspólnikom w objęciu udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym (§ 14 umowy spółki BT).

W skład organów decyzyjnych BT wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Kontrolujący zamawiający mają bezpośredni wpływ na skład zarówno organu zarządzającego, jak i nadzorczego.”.

W ramach pełnego uzasadnienia zastosowania trybu wskazał:

„Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki

Spełnione są przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 13 pzp. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi (wspólnikami), sprawuje nad Wykonawcą kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. W szczególności w skład organów decyzyjnych Wykonawcy wchodzi przedstawiciele wszystkich Wspólników, kontrolujący Zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje Wykonawcy, a Wykonawca nie działa w interesie sprzecznym

z interesami Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. Ponadto 100% działalności Wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiających sprawujących kontrolę. W kapitale Wykonawcy nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

1. Sprawowanie kontroli

Gmina Augustów jest zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1 Pzp. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 4 Pzp, sprawuje nad Wykonawcą BiomTrans spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym (dalej jako BT, Spółka lub Wykonawca) kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Kontrola sprawowana jest łącznie przez Zamawiającego oraz Wspólników BT, tj. Gminę Bargłów Kościelny, Gminę Goniądz, Gminę Grajewo, Gminę Janów, Gminę Jasionówka, Gminę Jaświły, Gminę Knyszyn, Gminę Korycin, Gminę Krypno, Gminę Lipsk, Gminę Nowinka, Gminę Rajgród, Gminę Sztabin i Związek Gmin „Kumiałka-Biebrza”. Wyłącznie wskazane podmioty, czyli zamawiający publiczni, są Wspólnikami BT.

BT jest spółką powołaną w celu wykonywania zadań własnych Gmin. Głównym celem działalności BT jest zaspakajanie potrzeb mieszkańców w zakresie zadań własnych Gmin, związanych z gospodarką odpadami poprzez świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej (§ 10 ust. 3 umowy Spółki BT). Przedmiotem działalności BT jest wyłącznie działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów, odzysk surowców i działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami (§ 10 ust. 1 umowy Spółki BT). Terenem działalności Spółki jest wyłącznie obszar Gmin będących Wspólnikami Spółki (§ 5 umowy spółki BT). Spółka została powołana, aby działać w interesie Zamawiającego i pozostałych Wspólników Spółki. Wykonawca nie działa więc w interesie sprzecznym z interesami Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

Zamawiający kontrolujący BT mają bezpośredni wpływ na skład organów decyzyjnych kontrolowanej Spółki.

Kontrolujący Zamawiający wywierają dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Szereg uprawnień przyznaje kontrolującym Zamawiającym umowa spółki BT. W szczególności Zgromadzenie Wspólników decyduje o podziale zysku osiąganego przez BT, a także decyduje o sposobie pokrycia ewentualnej straty. Zgromadzenie Wspólników decyduje także o kierunku rozwoju Spółki i o jej planach działalności gospodarczej oraz zatwierdza roczne i wieloletnie plany finansowe i operacyjne. BT działa obecnie w oparciu o plan finansowy Spółki na rok 2023 r. zatwierdzony uchwałą nr 2/2023 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników BT z dnia 25.01.2023 r. oraz Prognozę

Handlową Spółki na lata 2023-2025 zatwierdzoną uchwałą nr 1/2023 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników BT z dnia 25.01.2023 r.

Zgromadzenie Wspólników, poza kwestiami wynikającymi wprost z przepisów prawa, podejmuje decyzje również w następującym zakresie:

- 1) udziale BT w innych spółkach i przedsiębiorstwach,*
- 2) zbywaniu, nabywaniu i obciążaniu nieruchomości,*
- 3) kwestiach roszczeń naprawczych na skutek szkód wyrządzonych podczas tworzenia Spółki lub w trakcie zarządzania nią lub też wykonywania zadań przez Zarząd,*
- 4) zbyciu i wydzierżawieniu przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowieniu na nich ograniczonego prawa rzeczowego,*
- 5) zbyciu, nabyciu lub obciążeniu urządzeń służących do trwałego użytku Spółki o wartości powyżej kwoty 200.000,00 zł,*
- 6) emisji obligacji,*
- 7) połączeniu lub przekształceniu Spółki, tworzeniu i przystępowaniu do spółek, przystępowaniu do spółdzielni i występowaniu z nich,*
- 8) podejmowaniu inwestycji, zaciąganiu zobowiązań lub zawieraniu umów o wartości przekraczającej kwotę 200.000,00 zł.*

Prawo Wspólników do sprawowania indywidualnej kontroli nie zostało wyłączone ani ograniczone oraz nie ma jakichkolwiek ograniczeń w wykonywaniu przez Wspólników prawa głosu z posiadanych udziałów. Ograniczono jednocześnie możliwość zbycia i nabywania udziałów w Spółce przez podmioty trzecie, w szczególności poprzez przyznanie prawa pierwszeństwa Wspólnikom w objęciu zbywanych udziałów (§ 13 umowy Spółki BT) oraz prawa pierwszeństwa Wspólnikom w objęciu udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym (§ 14 umowy spółki BT).

W skład organów decyzyjnych BT wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Kontrolujący Zamawiający mają bezpośredni wpływ na skład zarówno organu zarządzającego, jak i nadzorczego BT.

Zgromadzenie Wspólników powołuje i odwołuje członków Rady Nadzorczej BT. Rada Nadzorcza powoływana jest spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników. Każdy Wspólnik ma prawo wskazania jednego kandydata na członka Rady Nadzorczej. Obecni członkowie Rady Nadzorczej powołani zostali spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników, uchwałami podjętymi na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników w dniu 18.11.2022 r. Zgromadzenie Wspólników decyduje również o liczbie członków Rady Nadzorczej i wysokości wynagrodzenia członków Rady Nadzorczej. Zgromadzenie Wspólników zatwierdza również regulamin działania Rady Nadzorczej.

Rada Nadzorcza, z ramienia Wspólników, sprawuje nadzór nad działalnością Spółki. W szczególności Rada Nadzorcza posiada kompetencje w zakresie:

- 1) wyrażania zgody na podejmowanie inwestycji, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie umów o wartości przekraczającej kwotę 100.000 zł, z wyjątkiem inwestycji, umów i zobowiązań, na które zgody udziela Zgromadzenie Wspólników,
- 2) zwoływania Nadzwyczajnych Zgromadzeń Wspólników, jeżeli zwołanie go uzna za wskazane, a Zarząd nie zwoła Zgromadzenia Wspólników w terminie dwóch tygodni od dnia zgłoszenia odpowiedniego żądania przez Radę Nadzorczą,
- 3) zawieszania z ważnych powodów członków Zarządu w pełnieniu obowiązków,
- 4) badania bilansu, rachunku zysków i strat oraz przepływu środków pieniężnych,
- 5) badania sprawozdania Zarządu Spółki,
- 6) stałego monitorowania stopnia realizacji przyjętych przez Zgromadzenie Wspólników w planach operacyjnych i finansowych parametrów ekonomicznych, docelowych wyników ekonomiczno-finansowych oraz zadań zleconych do wykonania Spółce,
- 7) dokonywania bieżących kontroli poszczególnych obszarów działalności Spółki,
- 8) egzekwowania od Zarządu terminowej realizacji obowiązków informacyjnych i sprawozdawczych wobec podmiotów wykonujących prawa z udziałów oraz reagowanie na stwierdzone nieprawidłowości,
- 9) monitorowania i kontrola istotnych dla Spółki decyzji Zarządu,
- 10) udzielania zgody Zarządowi lub wyrażania opinii dla Zgromadzenia Wspólników odnośnie podjęcia działań skutkujących wzrostem zobowiązań, udzielania gwarancji poręczeń majątkowych oraz w zakresie rozporządzania składnikami aktywów trwałych ponad limity wynikające z umowy Spółki.

Rada Nadzorcza powołuje i odwołuje członków Zarządu. Rada Nadzorcza nie ma swobody w wyborze członków Zarządu, gdyż są oni powoływani spośród kandydatów wskazanych przez Wspólników. Przed odwołaniem członków Zarządu Rada Nadzorcza zasięga opinii Wspólników, a następnie powiadamia Wspólników o podjęciu uchwały w sprawie odwołania. Uczestniczący Zamawiający mogą więc wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Ponadto w skład organów decyzyjnych Wykonawcy wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących Zamawiających.

2. Wykonywanie działalności głównie na rzecz kontrolujących Zamawiających

Ponad 90% działalności Wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiających sprawujących nad nią kontrolę. W celu potwierdzenia procentowego udziału działalności wykonywanej przez BT w ramach zadań powierzonych mu przez Wspólników, w stosunku do działalności ogółem, zlecono sporządzenie wiarygodnej prognozy finansowej. Ze względu na dzień utworzenia Wykonawcy (23.12.2021 r.), dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne. Udział procentowy działalności wykonywanej na rzecz kontrolujących

Zamawiających ustalono w oparciu o wiarygodną prognozę handlową. Sporządzenie prognozy finansowej zlecono niezależnemu rzeczoznawcy. Przedmiotem analizy rzeczoznawcy było:

- 1) dokonanie analizy i określenie, jaki procentowo zakres działalności BT, w okresie od dnia jej utworzenia do końca listopada 2022 r., dotyczył wykonywania zadań powierzonych jej przez podmioty sprawujące nad nią kontrolę (Gminy i Związek Gmin, będących współnikami Spółki),
- 2) sporządzenie wiarygodnej prognozy finansowej BT celem określenia, jaki procentowo zakres przyszłej działalności BT dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych jej przez podmioty sprawujące nad nią kontrolę (Gminy i Związek Gmin, będących współnikami Spółki).

We wnioskach prognozy wielkości przychodów handlowych Wykonawcy na lata 2023 - 2026, sporządzonej w lutym 2023 r., stwierdzono, że:

- 1) w okresie od dnia utworzenia BT do końca listopada 2022 r. BT wykonywał działalność wyłącznie na rzecz podmiotów sprawujących kontrolę nad Spółką, czyli 100% działalności BT dotyczyło wykonywania zadań na rzecz Gmin będących współnikami BT,
- 2) w latach 2023 - 2026 100% działalności BT dotyczyć będzie wykonywania zadań na rzecz współników BT,
- 3) „Na podstawie przeprowadzonych analiz można jednoznacznie stwierdzić, że BiomTrans spełnia przesłanki zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) PZP umożliwiające udzielenie powierzenia w trybie z wolnej ręki („in-house”) ponieważ udział zadań powierzonych przez Zamawiających (Wspólników), jak wykazano powyżej, wynosi 100% w każdym z analizowanych okresów 3-letnich”.

Zgodnie więc z celem utworzenia BT, jakim jest wykonywanie zadań własnych Wspólników, 100% działalności BT dotyczy i dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

3. Brak udziału kapitału prywatnego

W kontrolowanej osobie prawnej - BT, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Wspólnikami BT są w/w Gminy i Związek Gmin. Posiadają oni wszystkie udziały BT. W kapitale BT nie ma więc bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.”.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba nie przeczy, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dopełnienia formalności związanych z zamieszczeniem ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy o treści wymaganej przepisami Pzp i aktami wykonawczymi do ustawy. Ogłoszenie to powinno zawierać między innymi krótki opis przedmiotu zamówienia, podanie trybu udzielenia zamówienia, w tym wskazanie podstawy prawnej, a także podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

W tym, zaś punkcie Zamawiający zobowiązany jest zamieścić taką treść, która potwierdzać będzie istnienie przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Celem tego jest umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy wymagane przepisami Pzp przesłanki zostały spełnione. Bezsprzecznie, bowiem w trybach „niekonkurencyjnych” to właśnie treść ogłoszenia decyduje choćby, czy istnieją podstawy do korzystania ze środków ochrony prawnej. Ogłoszenie to pierwsze źródło podstawowych informacji związanych z zastosowaniem trybu. Odnosnie takiego właśnie charakteru i roli ogłoszenia nie było sporu między stronami. Spór dotyczył tego, czy treść ogłoszenia była wystarczająca dla oceny wykazania zasadności zastosowania „niekonkurencyjnego” zamówienia z wolnej ręki. Przy czym, zanim Izba przejdzie do poszczególnych fragmentów ogłoszenia konieczne jest wskazanie na następujące okoliczności.

Po pierwsze, umieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w publikatorze - Biuletynie Zamówień Publicznych, wiąże się z obowiązkiem przestrzegania zasad dla danego publikatora. Jednym z ograniczeń występujących w oficjalnych publikatorach, w których zamieszczane są ogłoszenia jest właśnie liczba znaków do wykorzystania w danej sekcji. Po drugie, w Sekcji IV ogłoszenia związanej z wybranym trybem, skorzystał Zamawiający z maksymalnej liczby znaków dopuszczonej w publikatorze i jednocześnie zaznaczył, że dodatkowe informacje zamieszczone będą w Sekcji VI – Informacje dodatkowe. Podobnie, jak wcześniej także przy wypełnianiu tej sekcji Zamawiający wykorzystał dostępną liczbę znaków. Po trzecie, jednocześnie podał w Sekcji VI – Informacje dodatkowe link, pod którym znajduje się pełna treść uzasadnienia. Pod wskazanym linkiem w BIP-ie znajdowało się ostatecznie: ogłoszenie na stronie BIP Zamawiającego, informacje dodatkowe do Sekcji VI ogłoszenia, uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu z wolnej ręki – pełne oraz Prognoza Wielkości Przychodów Handlowych na lata 2023 – 2026 dla Przystępującego. Takie działanie było podyktowane, jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zarówno istniejącymi ograniczeniami liczby znaków możliwych do opublikowania w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, jak i brakiem możliwości dołączenia załączników do ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Powyższe Izba wzięła

pod uwagę w przedmiotowej sprawie i nie pozostało to bez wpływu na stanowisko Izby. Podobnie uznała Izba w sprawie KIO z 18.01.2023 r. o sygn. akt: KIO 3483/22.

W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego wyczerpuje przesłankę podania uzasadnienia prawnego i faktycznego dla wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, w konsekwencji Izba nie podzieliła zdania przeciwnego Odwołującego przedstawionego w odwołaniu i na rozprawie. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający przekazał tyle informacji w ogłoszeniu, na ile pozwalał mu na to formularz, nadto uzupełnił je w ramach informacji dodatkowych dla Sekcji VI ogłoszenia, czy też pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Przede wszystkim wskazał, że Gmina Augustów jest zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1 Pzp. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 4 Pzp, sprawuje nad Wykonawcą BiomTrans spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym (dalej jako BT, Spółka lub Wykonawca) kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Kontrola sprawowana jest łącznie przez Zamawiającego oraz współników BT, tj. Gminę Bargłów Kościelny, Gminę Goniądz, Gminę Grajewo, Gminę Janów, Gminę Jasionówka, Gminę Jaświły, Gminę Knyszyn, Gminę Korycin, Gminę Krypno, Gminę Lipsk, Gminę Nowinka, Gminę Rajgród, Gminę Sztabin i Związek Gmin „Kumiałka- Biebrza”. Wyłącznie wskazane podmioty, czyli zamawiający publiczni, są współnikami BT. (...) Spółka została powołana, aby działać w interesie Zamawiającego i pozostałych Wspólników Spółki. Wykonawca nie działa więc w interesie sprzecznym z interesami Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

Zamawiający kontrolujący BT mają bezpośredni wpływ na skład organów decyzyjnych kontrolowanej Spółki. (...) Szereg uprawnień przyznaje kontrolującym zamawiającym umowa spółki BT. W szczególności Zgromadzenie Wspólników decyduje o podziale zysku osiąganego przez BT, a także decyduje o sposobie pokrycia ewentualnej straty. Zgromadzenie Wspólników decyduje także o kierunku rozwoju Spółki i o jej planach działalności gospodarczej oraz zatwierdza roczne i wieloletnie plany finansowe i operacyjne. (...) Zgromadzenie Wspólników, poza kwestiami wynikającymi wprost z przepisów prawa, podejmuje decyzje również w następującym zakresie (...) 3) kwestiach roszczeń naprawczych na skutek szkód wyrządzonych podczas tworzenia Spółki lub w trakcie zarządzania nią lub też wykonywania zadań przez Zarząd, (...) Prawo Wspólników do sprawowania indywidualnej kontroli nie zostało wyłączone ani ograniczone oraz nie ma jakichkolwiek ograniczeń w wykonywaniu przez Wspólników prawa głosu z posiadanych udziałów. Ograniczono jednocześnie możliwość zbycia i nabywania udziałów w Spółce przez podmioty trzecie, w szczególności poprzez przyznanie prawa pierwszeństwa Wspólnikom

w objęciu zbywanych udziałów (§ 13 umowy Spółki BT) oraz prawa pierwszeństwa Wspólnikom w objęciu udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym (§ 14 umowy spółki BT).

W skład organów decyzyjnych BT wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Kontrolujący Zamawiający mają bezpośredni wpływ na skład zarówno organu zarządzającego, jak i nadzorczego BT.

Zgromadzenie Wspólników powołuje i odwołuje członków Rady Nadzorczej BT. Rada Nadzorcza powoływana jest spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników. Każdy Wspólnik ma prawo wskazania jednego kandydata na członka Rady Nadzorczej. Obecni członkowie Rady Nadzorczej powołani zostali spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników,(...) Zgromadzenie Wspólników decyduje również o liczbie członków Rady Nadzorczej i wysokości wynagrodzenia członków Rady Nadzorczej. Zgromadzenie Wspólników zatwierdza również regulamin działania Rady Nadzorczej.

Rada Nadzorcza, z ramienia Wspólników, sprawuje nadzór nad działalnością Spółki. W szczególności Rada Nadzorcza posiada kompetencje w zakresie: (...) 5) badania sprawozdania Zarządu Spółki (...)9) monitorowania i kontrola istotnych dla Spółki decyzji Zarządu, 10) udzielania zgody Zarządowi lub wyrażania opinii dla Zgromadzenia Wspólników odnośnie podjęcia działań skutkujących wzrostem zobowiązań, udzielania gwarancji poręczeń majątkowych oraz w zakresie rozporządzania składnikami aktywów trwałych ponad limity wynikające z umowy Spółki. Rada Nadzorcza powołuje i odwołuje członków Zarządu. Rada Nadzorcza nie ma swobody w wyborze członków Zarządu, gdyż są oni powoływani spośród kandydatów wskazanych przez Wspólników. Przed odwołaniem członków Zarządu Rada Nadzorcza zasięga opinii Wspólników, a następnie powiadamia Wspólników o podjęciu uchwały w sprawie odwołania. Uczestniczący Zamawiający mogą więc wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Ponadto w skład organów decyzyjnych Wykonawcy wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących Zamawiających.

W ocenie Izby, wszystkie istotne dla wyboru trybu udzielenia zamówienia okoliczności potwierdzające spełnienie przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp, w tym tiretu pierwszego, zostały przywołane w treści ogłoszenia o zawarciu umowy. W żadnym wypadku Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie próbuje uzupełnić treści ogłoszenia. Stanowi ono jedynie odpowiedź, polemikę z argumentacją Odwołującego, będącą w ramach środka ochrony prawnej poddaniem weryfikacji jej treści, bazującą na treści ogłoszenia. Wszystkie wskazane powyżej informacje świadczą o przemożnym wpływie wspólników i Zgromadzenia Wspólników, tak na Radę Nadzorczą, jak i Zarząd. Nadto wynika z nich, że w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele uczestniczących Zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może

reprezentować więcej niż jednego Zamawiającego. Zamawiający dwukrotnie wskazuje wprost na tą okoliczność. Nadto wynika, to z zasad wyboru i odwołania członków Rady Nadzorczej, czyli kreowania składu pozostałych organów Przystępującego. Wspólnicy przez Zgromadzenie Wspólników mają pełną kontrolę nad działaniem Rady Nadzorczej i Zarządu. Tym bardziej, że każdemu wspólnikowi służy prawo kontroli, np. poprzez przeglądanie ksiąg i dokumentów Spółki. Jednocześnie, Izba nie zgadza się z tym, że Zamawiający opiera się w swojej argumentacji na przepisach kodeksu spółek handlowych. Przytaczane fragmenty temu przeczą. Jak zasadnie podnosił na rozprawie Zamawiający umowa spółki, co ma odzwierciedlenie, w ogłoszeniu, reguluje wyższe uprawnienia niż wynikające z kodeksu spółek handlowych m.in. w zakresie Zgromadzenia Wspólników, czy też wyrażania zgody przez Radę Nadzorczą na decyzje Zarządu, czy też zgłaszanie kandydatów przez wspólników, z których Rada Nadzorcza wybiera członków Zarządu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności, należy zauważyć, że stanowisko Odwołującego jest niekonsekwentne. W odwołaniu bowiem, bezsprzecznie promuje tezę, że z uwagi na ograniczony skład osobowy Rady Nadzorczej (4 osoby), Zarząd (1 osoba) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących Zamawiających. Można nawet uznać, że konieczne jest w jego ocenie, aby w skład Rady Nadzorczej i Zarządu wchodziła co najmniej jedna osoba wskazana przez każdego ze wspólników. Podczas rozprawy z kolei, niejako w odpowiedzi na odpowiedź na odwołanie nie przeczył, że Rada Nadzorcza może składać się od 3 do 5 osób i każdy z nich może reprezentować kilku wspólników, zastrzegając, że powinno to w sposób jasny wynikać z uzasadnienia zastosowanego trybu, a nie z kodeksu spółek handlowych. Wskazywał nawet na konieczność zawarcia porozumienia między wspólnikami, w ramach którego każdy ze wspólników wskazywałby osobę z pośród członków Rady Nadzorczej, która reprezentowałaby interesy konkretnego wspólnika. Izba w tym zakresie podkreśla za orzecznictwem, które podzieliła: wyrok KIO z 11.03.2019 r., sygn. akt: KIO 305/19, że: „Przepisy Kodeksu spółek handlowych nie przewidują powoływania członków rady nadzorczej jako przedstawicieli poszczególnych wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Rolą rady nadzorczej jest bowiem nadzór nad działalnością spółki we wszystkich jej dziedzinach. Jest to zupełnie inny rodzaj działalności niż w przypadku, np. zgromadzenia wspólników, gdzie decyzje podejmowane są przez przedstawicieli wspólników w relacji do reprezentowanego kapitału zakładowego.

W spółce Sanikom członkowie rady nadzorczej powoływani są i odwoływani przez Zgromadzenie Wspólników. W Zgromadzeniu Wspólników mają prawo uczestniczyć

wspólnicy bez względu na posiadaną ilość udziałów. Wszyscy oni są zatem uprawnieni do głosowania również w sprawie wyboru członków rady nadzorczej. Bez znaczenia jest przy tym, że głosowanie w tej kwestii odbywa się zgodnie z zasadami obowiązującymi w zwykłej spółce handlowej i dany zamawiający może zostać przegłosowany.”

Powyższe należy również wywieść z art. 12 ust. 3 lit. i Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, gdzie stwierdza się, że poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające. W konsekwencji należy zgodzić się z Zamawiającym, że żaden członek Zarządu czy Rady Nadzorczej nie reprezentuje konkretnego wspólnika. Każdy bowiem reprezentuje każdego. Rada Nadzorcza rozpatruje wnioski wspólników, ale nie jest tak jakoby jeden członek Rady Nadzorczej oraz Zarządu był przypisany do konkretnego wspólnika. Tym bardziej, że członek Rady Nadzorczej, czy Zarządu zobowiązany jest do działania w interesie Spółki, a nie w interesie wspólnika/wspólników, gdyż są objęcie obowiązkiem lojalności wobec Spółki (art. 214¹ ksh), nie może więc znaleźć się w sytuacji „konfliktów interesów”, gdyż reprezentuje interesy Spółki, a nie interesy konkretnych wspólników. Tym bardziej, że z art. 293 ksh wynika odpowiedzialność odszkodowawcza Rady Nadzorczej i Zarządu za szkody wyrządzone Spółce. Członek Zarządu rozważa interesy różnych wspólników i samodzielnie podejmuje decyzje zgodnie z interesem Spółki i decyzje podejmowane są w ramach uchwały Rady Nadzorczej. Dodatkowo, za uznaniem każdego członka Rady Nadzorczej za przedstawiciela każdego ze wspólników przemawia fakt, że zostali oni wybrani jednogłośnie, o czym świadczy przedłożony jako dowód do odpowiedzi do odwołania Protokół Skrutacyjny. Powyższe Zamawiający przedłożył w odpowiedzi na argumentację i wątpliwości Odwołującego z odwołania. Przy czym, nawet gdyby dany wspólnik został przegłosowany, dana osoba nadal byłaby przedstawicielem tego wspólnika i wszystkich pozostałych. Podkreśla to: P. Nowicki, M. Romańska, M. Smaga, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, W-wa 2021, s. 674-675: „(...) *Przesłanka minimalnego składu organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej oznacza, że reprezentowani w tym składzie powinni być wszyscy zamawiający, co nie oznacza, że każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela (przedstawiciel może reprezentować jednego, kilku lub wszystkich zamawiających) ani że w skład takich organów mogą wchodzić tylko zamawiający. Decydujący jest rzeczywisty wpływ danego pojedynczego zamawiającego na procedury decyzyjne w osobie prawnej, co nie oznacza, że będzie to wpływ skuteczny. Zamawiający występujący w gronie innych zamawiających działających wspólnie może przykładowo zostać przegłosowany i cele, które chciał wyznaczyć osobie prawnej, nie zostaną wyznaczone. Nie oznacza to, że nie kontroluje on takiej jednostki w sposób umożliwiający udzielenie jej zamówień z wolnej ręki. Zawarta w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a Pzp*

przesłanka niedziałania w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad osobą prawną kontrolę oznacza, że kontrolowana osoba prawna nie musi wyrażać celów każdego z zamawiających, istotne jest, żeby nie stała tym celom na przeszkodzie. (...)".

W konsekwencji należy interpretować art. 214 ust.1 pkt 13 lit. a tiret pierwszy Pzp w sposób celowościowy, zgodnie z celem jaki przyświecał Ustawodawcy, a nie literalnie tak, jak czyni to Odwołujący, gdyż w polskim prawie nie ma przedstawiciela konkretnego wspólnika.

Z kolei kwestia absolutorium, złożonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie nastąpiła niejako w odpowiedzi na zarzut dotyczący Związku Gmin Kumiałka-Biebrza. W efekcie należy przyznać, że członek Zarządu Przystępującego jest przedstawicielem wszystkich wspólników, w tym także przedmiotowego związku gmin, skoro wspólnik ten głosował za udzieleniem Prezesowi Zarządu absolutorium z pełnienia funkcji w 2021 r.

Podnoszona podczas rozprawy nowa okoliczność związania członków Rady Nadzorczej ze wspólnikami stosunkiem umowy o pracę lub zlecenia, nie oznacza lojalności członka Rady Nadzorczej wobec pracodawcy przy wykonywaniu jego obowiązków związanych z uczestnictwem w Radzie Nadzorczej. Jest to niezależne obok członkostwa w Radzie Nadzorczej. Wspólnicy wybierają kandydatów na członków Rady Nadzorczej z zaufanych osób. Nie są to osoby przypadkowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej, jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....