

WYROK
z dnia 24 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2019 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę – miasto Grudziądz

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje gminie – miastu Grudziądz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża gminę – miasto Grudziądz i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od gminy – miasta Grudziądz na rzecz Przedsiębiorstwa Usług Miejskich „PUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 15 000 zł 00

gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: gmina – miasto Grudziądz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne w zakresie nieruchomości z terenu sektora II” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 grudnia 2019 r., pod numerem 2019/S 246-607248. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamiar udzielenia zamówienia o całkowitej wartości netto 1.693 536,30 spółce Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o., wbrew wymaganym ustawowo warunkom udzielenia takiego zamówienia, tj. niespełnienie przez ten podmiot wymogu ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nadużywanie pozycji dominującej prowadzącej do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców,
3. zasadniczych tez wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18, dotyczących braku równego traktowania podmiotów i zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o: odstąpienie przez Zamawiającego od zamiaru zawarcia umowy w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych; stwierdzenie, że nie występują przesłanki do udzielenia zamówienia w oprotestowanym trybie oraz ogłoszenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na realizację zadania w sektorze II miasta Grudziądza.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 17 grudnia 2019 r. Zamawiający zawarł w Biuletynie Informacji Publicznej informację o zamiarze zawarcia umowy z gminną

jednostką – Miejskimi Wodociągami i Oczyszczalnią Sp. z o. o. (MWiO) umowy na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne w zakresie nieruchomości z terenu sektora II, na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2019 r.; 20 grudnia 2019 r. ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Całkowita wartość zamówienia wynosi 1.693.536,30 PLN.

Zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu, uzasadnieniem dla takiego zachowania Zamawiającego jest art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem:

- 1) Zamawiający sprawuje nad Miejskimi Wodociągami i Oczyszczalnią sp. z o.o. kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej,
- 2) ponad 90% działalności Miejskich Wodociągów i Oczyszczalni Sp. z o.o. dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego,
- 3) w Miejskich Wodociągach i Oczyszczalni Sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Warunki te, zgodnie z przepisem ustawy, powinny zostać spełnione łącznie.

Odwołujący świadczy na lokalnym rynku profesjonalnie usługi odbioru oraz odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, jest dobrze przygotowana do tego zadania posiada środki techniczne, bazę magazynowo-transportową oraz zasoby ludzkie i jako taka jest zainteresowana udziałem w postępowaniu w przetargu nieograniczonym i pozyskaniem zamówienia na obsługę sektora II w mieście Grudziądzu.

Odwołujący poddaje w wątpliwość spełnianie przez MWiO wskazanych przez Zamawiającego w podstawie prawnej warunków.

Zgodnie z informacją zawartą na stronie MWiO spółka ta w 2018 roku uzyskała przychody z tytułu swojej działalności w wysokości 64.148.847,67 zł w tym: 83,16 % dotyczy działalności podstawowej polegającej na dostawie wody, odprowadzaniu ścieków i gospodarce odpadami; 7,96 % dotyczy pozostałej działalności typu: świadczenie usług wodno-kanalizacyjnych, odbiór odpadów, uzgodnienia dokumentacji, wynajem powierzchni handlowych itp.; 8,88 % dotyczy pozostałej działalności oraz działalności operacyjnej i finansowej.

Tymczasem Odwołujący za odpady zapłaciła MWiO (netto): w roku 2016 – 5.888.444,82 PLN, w roku 2017 – 6.559.619,30 PLN, 2018 – 7.833.967,26 PLN.

W latach 2016 i 2017 MWiO na podstawie wygranego postępowanie przetargowego obsługiwała sektor V za kwotę brutto 3.884.760,00 zł, netto 3.597.000,00 zł i nie było to zadanie powierzone przez Zamawiającego, tylko uzyskane w drodze postępowania przetargowego.

W latach: 2016, 2017 i 2018 Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Przystępujący) dostarczało odpady odebrane z sektorów I i II od marca 2018 r. również z sektora nr V. Szacunkowy koszt utylizacji, stanowiący komercyjny przychód MWiO wynosił: w 2016 r. – 2.430.000,00 zł, na podstawie danych o ilościach ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i cennika MWiO, w 2017 r. – 2.700.000 zł, wskaźnikowo i w 2018 r. – 4,000.000,00 zł, wskaźnikowo.

Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący dostarczały odpadu do zagospodarowania do MWiO na zasadach komercyjnych; nie były do tego zobligowane gdyż mogły wybrać tzw. RIPOK. MWiO sprzedaje komercyjnie wodę do zakładów przemysłowych w mieście, a także Gminie Grudziądz, która następnie dostarcza ją swoim mieszkańcom. W 2018 roku Gmina (wiejska) Grudziądz za wodę zapłaciła około 2.400.000,00 zł netto, za odprowadzone ścieki ponad 1.050,000,00 zł netto.

Klientem MWiO w zakresie dostarczanej wody dla mieszkańców miasta Grudziądz są mieszkańcy i zarządcy nieruchomości, i jest problematyczne, czy można to uznać za zadania powierzone przez Zamawiającego. Nadto MWiO wydierżawia powierzchnie handlowe.

Kierując się szacunkowym wyliczeniem przychodów MWiO z innych źródeł Odwołujący stwierdził, że realizacja usług przez MWiO na rzecz miasta Grudziądz nie przekracza 80%. Zatem nie jest spełniony warunek wskazany w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, co powoduje, że podmiot ten nie może uzyskać realizacji tego zadania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Spółka MWiO w przetargu nieograniczonym, w którym składanie ofert miało miejsce 16 grudnia 2019 r., złożyła oferty przetargowe na realizację czterech z pięciu zadań wraz z innymi podmiotami, jak Odwołujący, Przystępujący i Komunalnik Sp. z o.o. z Wrocławia. Tak więc MWiO uczestniczy na rynku usług na zasadach komercyjnych obok innych podmiotów; poza tym ma jeszcze możliwość pozyskania w trybie zamówienia z wolnej ręki dodatkowego sektora. Powyższa okoliczność nie tylko sprzeciwia się zasadom prowadzenia przetargu na uczciwych warunkach, ale jest też wbrew zasadom uczciwej konkurencji.

Nawet po spełnieniu wszystkich przesłanek formalnych (choć nie są one spełnione) zastosowanie takiej procedury wymaga szerszego spojrzenia. Taka procedura zabija konkurencję i w dłuższym okresie nie służy lokalnej społeczności. Zatem sam fakt spełniania przesłanek opartych wyłącznie na art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, w oparciu o którą ogłoszenia dokonało miasto Grudziądz, nie przesądza, że takie wyłączenie jest zgodne z prawem. Najnowszy wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 ogranicza stosowanie procedury *in house*. Wyrokiem tym TSUE uznał, że art. 12 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych jedynie upoważnia państwa członkowskie do wprowadzenia instytucji *in house* do prawa krajowego i wyznacza pewne warunki brzegowe, które muszą być spełnione. Nadto Trybunał uznał, że „z procedury

in house należy korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad Traktatu o funkcjonowaniu UE, a w szczególności zasad; swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zgodnie z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak równego traktowania, zasad niedyskryminacji, zasad wzajemnego uznawania, zasad proporcjonalności oraz zasad przejrzystości”. Trybunał jednoznacznie potwierdził, że udzielenie zamówienia w trybie *in house* nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii Europejskiej. Zatem jednostki samorządu terytorialnego organizując usługi użyteczności publicznej podlegają przepisom ustawy o ochronie konkurencji. Tak więc decyzja o powierzeniu własnej spółce rzeczonożego zadania bez przetargu winno być oceniane pod kątem jej wpływu na innych uczestników tego rynku. Gmina miasto Grudziądz nie dość że dopuszcza, aby spółka komunalna MWiO na zasadach rynkowych uczestniczyła (obok 3 innych wykonawców) w procesie pozyskania zamówienia publicznego o tym samym charakterze i profilu, to jeszcze jedno z zadań o wartości blisko 1,7 mln zł netto pozyska bez przetargu.

Zamawiający w tym przypadku nie wykazał nie tylko spełniania warunków art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także nie odniósł się do kwestii, czy takie zachowanie nie zakłóci konkurencji i nie będzie oznaczać nadużycia pozycji dominującej. Zatem powinien spowodować przesunięcie krytykowanego zamówienia z procedury bezprzetargowej do postępowania w przetargu publicznym, nieograniczonym, tym bardziej że na lokalnym rynku istnieją podmioty zdolne do wykonania tego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uznanie, iż zamówienie w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być udzielone MWiO nie tylko z powodu braku spełniania przesłanek wprost wskazanych w tym przepisie, ale także w ustawie o ochronie konkurencji oraz w wyroku TSUE z 03.10.2019 r. (sygn. C-285/18).

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości, przeprowadzenie dowodów ze wskazanych dokumentów oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Zamawiający zakwestionował zasadność postawionych przez Odwołującego zarzutów.

Podstawowym zarzutem Odwołującego jest rzekome niespełnianie przez Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnię Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu wymogów wskazanych w treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, umożliwiających udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest zarówno status gminy – miasta Grudziądz jako „zamawiającego” oraz wystąpienie przesłanek wskazanych w lit. a) oraz c) przywołanego

przepisu. Zdaniem Odwołującego zadania wykonywane przez MWiO zadania powierzone przez Zamawiającego nie przekraczają wymaganego progu 90% prowadzonej działalności. W konsekwencji zawarcie umowy między Zamawiającym a MWiO w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogłoby być dopuszczalne, gdyż zawarte w przedmiotowym przepisie wymogi muszą być spełnione łącznie.

Jak wynika z treści art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych do obliczenia procentu wykonywanej działalności, o której mowa wyżej, należy uwzględnić średni przychód osiągnięty przez osobę prawną (wykonawcę) w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie wyliczenie powinno dotyczyć działalności MWiO prowadzonej w latach: 2016, 2017 i 2018.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z oświadczeniem MWiO wartość procentowa wykonywania zadań powierzonych jemu przez Zamawiającego wynosi 90,41%, co potwierdza „Wyliczenie średniego przychodu dla celów *in-house*” sporządzone przez Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnię Sp. z o.o. oraz oświadczenie z 29 października 2019 roku.

Zaprezentowane przez MWiO w Biuletynie Informacji Publicznej wyliczenie przychodów za 2018 rok, na które powołuje się Odwołujący, nie może stanowić podstawy do wyliczenia procentu działalności kontrolowanej. Zgodnie z treścią art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonując przedmiotowej czynności powinno się bowiem uwzględniać średni przychód danej osoby prawnej w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Tymczasem zaprezentowane przez Odwołującego zestawienie obejmuje również przychody uzyskane przez MWiO z tytułu działalności finansowej i operacyjnej, zatem niewymienionych w treści art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W zestawieniu tym wyróżniono poszczególne tytuły uzyskania przychodów według kryterium świadczenia usług podstawowych oraz dodatkowych, które nie jest tożsame z wiążącym w niniejszej sprawie kryterium świadczenia usług powierzonych przez Zamawiającego oraz tzw. komercyjnych.

MWiO przedłożył zestawienie obejmujące wyliczenia sporządzone zgodnie z zasadami uregulowanymi w treści art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, według których średni przychód z tytułu usług, dostaw lub robót budowlanych uzyskany w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia wyniósł 55.584.697,90 złotych, z czego średni przychód z tytułu zadań powierzonych wyniósł 50.253.134.26 złotych, co stanowi 90,41%.

Ponadto, pomimo wyraźnego obowiązku wynikającego z treści art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów dla stwierdzenia faktów i twierdzeń wskazywanych w odwołaniu, tj.: kwot uiszczonych przez Odwołującego na rzecz MWiO w latach 2016-2018, kwot uiszczonych przez Przystępującego na rzecz MWiO w latach 2016-2018, możliwość wyboru RIPOK przez Odwołującego i Przystępującego, sprzedaży wody na zasadach komercyjnych, dzierżawy powierzchni handlowych.

Zamawiający zakwestionował przedstawione przez Odwołującego twierdzenia oprócz wyraźnie przyznanych.

MWiO sporządził i przedłożył Zamawiającemu stosowną informację dotyczącą osiągniętych przychodów z tytułu działalności komercyjnej, niepowierzonej przez Zamawiającego. Zgodnie z przedstawionymi dokumentami, przychody z tego tytułu wyniosły kolejno: w 2016 roku – 5.488.964,37 złotych, w 2017 roku – 5.529.010,11 złotych; w 2018 roku – 4.976.716,46 złotych.

Podstawę do wyliczenia przedmiotowych kwot stanowiły zestawienia obrotów i sald księgi głównej, utworzone na podstawie prowadzonych przez MWiO na bieżąco „Rejestrów sprzedaży dodatkowej” oraz „Rejestrów odbieranych odpadów”. Uwzględniają one m.in. przychody MWiO z tytułu obsługi sektora V, jak również z tytułu najmu i dzierżawy nieruchomości, wymienionych w odwołaniu.

Przedmiotowe zestawienia były tworzone z uwzględnieniem regulacji ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, zatem uwzględniają również część przychodów uzyskanych z tytułu działalności powierzonej przez Zamawiającego, oznaczonych odpowiednim kodem. W przypadku przedłożonych rejestrów mowa o przychodach z tytułu sprzedaży usług kanalizacji deszczowej, sprzedaży świadectw pochodzenia oraz konserwacji i czyszczenia fontann miejskich.

Przychody uzyskane od Odwołującego z tytułu składowania odpadów w obsługiwanym przez MWiO Zakładzie Gospodarki Odpadami w Zakurzewie wyniosły: 5.888.066,03 złotych w 2016 r., 6.558.900,61 złotych w 2017 roku, 7.832.158,64 złotych w 2018 roku. Zostały one zakwalifikowane przez MWiO jako powierzone przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że wykonywanie przedmiotowych czynności przez MWiO stanowi realizację zadania własnego gminy wynikającego z treści art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Realizacja wynikającego z powyższego przepisu zadania w zakresie utrzymywania wysypisk i unieszkodliwiania odpadów odbywa się na podstawie zawartej między Zamawiającym a MWiO umowy o świadczenie usług publicznych (umowy wykonawczej) w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi z 23 grudnia 2010 roku.

Zgodnie z § 2 ust. 9 przedmiotowej umowy MWiO może świadczyć usługi w zakresie utrzymywania składowisk odpadów i ich unieszkodliwiania również dla innych gmin, pod warunkiem zawarcia przez nie z Zamawiającym porozumienia międzygminnego w przedmiocie realizacji wymienionych wyżej usług. Oznacza to, że wszelkie przychody uzyskane przez MWiO z tego tytułu, również przekazywane przez innych płatników, należy uznać za przychody z tytułu wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego.

Na dopuszczalność zastosowania przedmiotowego rozwiązania wskazuje m.in. doktryna: „Wyrażenie <<dotyczy wykonywania zadań powierzonych>> należy rozumieć jako zadania zlecone w różnej formie przez zamawiającego osobie prawnej, nad którą zamawiający

sprawuje kontrolę. Bez znaczenia pozostaje źródło przychodu, co oznacza, że zlecający zadanie nie musi być płatnikiem za wykonaną usługę. Płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej muszą być ściśle związane z konkretnym poleceniem zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej nie zalicza się zadań pochodnych w formie dostaw, usług lub robót budowlanych, z których osoba prawna uzyskuje dodatkowy przychód. Nie ma również znaczenia to, czy uzyskany dodatkowy przychód jest związany z podstawową działalnością osoby prawnej.” (Nowicki Józef Edmund. Art. 67. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV. Wolters Kluwer Polska, 2019.). Jest to stanowisko wypracowane przez Departament UZP w opinii prawnej z 23 maja 2016 r., potwierdzone przez Izbę np. w treści wyroku KIO 1842/19.

W wyroku TSUE z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo* Trybunał wskazał, iż „w istocie uwzględnić należy wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia, wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług. Nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu – jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług świadczonych na podstawie koncesji lub innych stosunków prawnych nawiązanych przez tę jednostkę. (...) Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług – oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.”

Nie ulega zatem wątpliwości, że MWiO spełnia wszystkie wskazane w treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych kryteria umożliwiające udzielenie mu zamówienia z wolnej ręki, zaś przedstawione przez Odwołującego twierdzenia przeciwne nie są zasadne. Odwołujący nie wykazał jakiegokolwiek nieprawidłowego działania po stronie Zamawiającego, które mogłoby skutkować naruszeniem zasad konkurencji, w szczególności polegających na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku innych podmiotów. Planowane przez Zamawiającego udzielenie zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczyło tylko jednego z pięciu zadań związanych z odbiorem odpadów komunalnych na obszarze gminy – miasta Grudziądz, zaś odnośnie pozostałych zadań Zamawiający przewidział przeprowadzenie postępowania przetargowego. Nie może być zatem mowy o próbie zakłócenia konkurencji i wywalczenia pozycji

dominującej przez MWiO, gdyż wskutek udzielenia przedmiotowego zamówienia wykonawca mógłby być pewien realizacji wyłącznie jednego z pięciu zadań.

Wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, co wynika zarówno z treści art. 87 Konstytucji RP, jak i z treści art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Niezrozumiałym zatem jest zarzut niezastosowania się Zamawiającego do tego wyroku TSUE w sprawie C-285/18, gdyż jego treść nie zawiera żadnych norm prawnych kształtujących bezpośrednio sytuację prawną stron niniejszego postępowania.

III Stanowisko przystępującego po stronie Odwołującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiło Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu.

Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz przeprowadzenie dowodów ze wskazanych dokumentów na okoliczność, iż przychód MWiO uzyskany z tytułu usług świadczonych na rzecz Przystępującego powinien być klasyfikowany jako przychód z działalności komercyjnej, a nie z tytułu wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego, jako że wykonawca miał możliwość wyboru instalacji przetwarzania odpadów komunalnych zlokalizowanych w Regionie Północnym oraz na okoliczność wysokości cen uzyskanych w warunkach konkurencyjnego trybu udzielania zamówienia, tj. przetargu nieograniczonego na „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy – miasto Grudziądz”, numer referencyjny: GSO.271.1.2019).

Przystępujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie zostało wyodrębnione z zamówienia głównego, dla którego Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej pod nazwą „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy – miasto Grudziądz” (numer referencyjny: GSO.271.1.2019). Zdaniem Przystępującego nie zachodzą przesłanki uzasadniające udzielenie tego zamówienia publicznego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., a działanie Zamawiającego narusza zasadę konkurencyjności oraz przejrzystości udzielania zamówień publicznych.

Nie została spełniona przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wymóg, by ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczył wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.

Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na „Obieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obowiązanych do uiszczania opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi na rzecz

gminy – miasto Grudziądz” (numer sprawy GK.271.7.2017) wykonawcy mogli dokonać wyboru instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych poszczególnych frakcji, przy czym instalacje te – wybrane przez wykonawcę – należało wskazać w ofercie. Z tego też względu przychód spółki Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o. uzyskany z tytułu usług świadczonych na rzecz Przystępującego powinien być klasyfikowany jako przychód z działalności komercyjnej, a nie z tytułu wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego. Podobnie przychody uzyskiwane od pozostałych wykonawców realizujących usługę odbioru odpadów na terenie miasta – gminy Grudziądz, w tym od Odwołującego.

Przystępujący wskazał, że wartość faktur wystawiony przez MWiO Przystępującemu wynosiła: za rok obrotowy 2016: 1.643.469,52 zł, za rok obrotowy 2017: 1.558.122,78 zł, za rok obrotowy 2018: 2.510.475,98 zł, za rok obrotowy 2019: 3.137.029,68 zł, co daje sumę za lata 2016-2018: 5.712.068,28 zł i za lata 2017-2019: 7.205.628,44 zł, średniorocznie w latach 2017-2019 była to kwota 2 401 876,15 zł.

Zamawiający niesłusznie przyjmuje, że przychody MWiO uzyskane ze świadczenia usług na rzecz innych podmiotów niż gmina – miasto Grudziądz stanowią przychód z wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego. Czyni tak w przypadku usług zagospodarowania odpadów z gmin: Gruta, Rogoźno, Dragacz, Radzyń Chełmiński, Łasin, Gmina Grudziądz (gmina wiejska) oraz usług zaopatrzenia w wodę i odbioru ścieków z terenu Gminy Grudziądz (gmina wiejska). Jak słusznie podniósł Odwołujący, usługi te nie mogą być traktowane jako wchodzące w zakres usług powierzonych MWiO przez Zamawiającego. Wobec niespełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, które winno skutkować uwzględnieniem odwołania.

Uchybienie Zamawiającego obejmuje także naruszenie wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasad konkurencyjności i przejrzystości udzielania zamówień publicznych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego MWiO była jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, więc wątpliwe jest odstąpienie przez Zamawiającego od procedury konkurencyjnej na rzecz powierzenia zadania MWiO. Nawet spełnienie przesłanek formalnych dotyczących zastosowania formuły zamówienia z wolnej ręki nie jest jednoznaczne z tym, że Zamawiający nie narusza innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednostki samorządu terytorialnego organizujące usługi użyteczności publicznej podlegają także przepisom ustawy o ochronie konkurencji. Tym samym decyzja o udzieleniu zamówienia w formule zamówienia z wolnej ręki powinna być oceniana przez Zamawiającego pod kątem jej wpływu na innych wykonawców. W niniejszym postępowaniu pozostająca pod kontrolą Zamawiającego spółka MWiO jest traktowana w sposób

uprzywilejowany, mogący zakłócać warunki konkurencji między podmiotami gospodarczymi na rynku odpadowym i to w sytuacji, gdy co do pozostałych części przedmiotowego zamówienia przeprowadzane jest postępowanie przetargowe, w którym MWiO ubiega się o udzielenie zamówienia dla wszystkich 5 zadań. Zamawiający, nie dokonując analizy efektywności ekonomicznej i bez jasnego oraz niebudzącego wątpliwości uzasadnienia, zdecydował się na formułę zamówienia z wolnej ręki, chociaż to przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym pozwala Zamawiającemu uzyskać niższe ceny niż w przypadku zamówienia w formule zamówienia z wolnej ręki.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Jakkolwiek Strony i Przystępujący przedstawiali odmienne stanowiska, żaden z nich faktycznie nie kwestionował ani prawdziwości przedkładanych dokumentów ani faktów, na które się powoływali.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie przedstawionych dokumentów oraz stanowisk Stron i Przystępującego Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamiar udzielenia zamówienia o całkowitej wartości netto 1.693 536,30 spółce Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o., wbrew wymaganym ustawowo warunkom udzielenia takiego zamówienia, tj. niespełnienie przez ten podmiot wymogu ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nadużywanie pozycji dominującej prowadzącej do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców,
3. zasadniczych tez wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18, dotyczących braku równego traktowania podmiotów i zasad uczciwej konkurencji.

Art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369) stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zostały więc w nim wskazane podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Takie przypadki zostały określone m.in. w art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, spośród których Zamawiający wskazał jako podstawę prawną udzielenia zamówienia punkt 12.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

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

W art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto wskazówki dotyczące sposobu obliczania procentu działalności, o którym mowa w lit. b: „Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.” (ust. 8.), „W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata

poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.” (ust. 9).

Zamawiający nie powołał się na okoliczności wskazane w art. 67 ust. 9, zatem dokonywano obliczeń w oparciu o zasady wskazane w art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. średni przychód MWiO w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, tj. lata 2017-2019.

Pod pojęciem „udzielenia zamówienia” – co nie było sporne – należy rozumieć zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający początkowo kierował się wskaźnikami za lata 2016-2019, lecz ze względu na fakt, że udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) nie nastąpiło w roku 2019, jak planował, lecz było możliwe najwcześniej na koniec stycznia 2020 roku, w świetle powyższego przepisu, w ocenie Izby, jako „3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia” należało uwzględnić lata 2017-2020, co nie było kwestionowane przez Strony ani Przystępującego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z posiadanymi przez niego wyliczeniami MWiO w roku 2017 osiągnęło przychód w wysokości 55.085.470,10 złotych, z czego z zadań powierzonych przez Zamawiającego 49.556.459,99 zł, a pozostałych 5.529.010,11 zł; w roku 2018 przychód w wysokości 59.082.276,25 złotych, z czego z zadań powierzonych przez Zamawiającego 54.105.559,79 zł, a pozostałych 4.976.716,46 zł; w roku 2019 przychód w wysokości 62.511.130,16 złotych, z czego z zadań powierzonych przez Zamawiającego 56.796.375,23 zł, a pozostałych 5.714.754,93 zł. Daje to średni przychód w okresie 3 lat w wysokości 58.892.958,84 zł, z czego zadania powierzone to 53.486.131,67 zł, tj. 90,82%.

Powyższe przychody na rzecz Zamawiającego były osiągane z tytułu (według nazewnictwa Zamawiającego): „sprzedaży wody”, „odbioru ścieków”, „składowiska”, „deszczówki”, „świadectw pochodzenia z działalności oczyszczalni i składowiska”, „konserwacji i eksploatacji fontann miejskich”.

Odwołujący i Przystępujący zakwestionowali jedynie dwa rodzaje przychodów: uzyskiwane od nich z tytułu przyjęcia odpadów na składowisko Zakładu Gospodarki Odpadami w Zakurzewie, prowadzone przez MWiO oraz uzyskiwanych od gminy wiejskiej Grudziądz.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1437) zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy.

Nie było kwestionowane przez Odwołującego i Przystępującego, że wykonywanie przez MWiO zadań w tym zakresie, jest wykonywaniem zadań powierzonych przez gminę (Zamawiającego).

Nie było sporne, że kwestionowane przez Odwołującego i Przystępującego przychody od gminy wiejskiej Grudziądz dotyczyły dostawy wody i odprowadzania ścieków z urzędu tej gminy. Jak wyjaśnił Zamawiający – co nie zostało skutecznie zakwestionowane przez Odwołującego i Przystępującego – sporny budynek urzędu gminy znajduje się na terenie gminy – miasta Grudziądz, zatem obszarze, na którym gmina – miasto Grudziądz powierzyła swoje zadanie własne w postaci dostarczania wody i odbioru ścieków swojej spółce gminnej Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o.

Przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nie odróżniają w tym zakresie budynków zamieszkiwanych przez mieszkańców od budynków zbiorowego zamieszkania, budynków urzędowych, budynków użyteczności publicznej, innych budynków dostępnych publicznie itp. Tym samym, w ocenie Izby, również dostawa wody i odprowadzanie ścieków z urzędu gminy wiejskiej Grudziądz (przy założeniu, że znajduje się on, jak oświadczył Zamawiający, na terenie gminy miejskiej Grudziądz), można uznać za zadanie powierzone MWiO przez gminę – miasto Grudziądz, czyli Zamawiającego.

Natomiast zarówno MWiO, jak i Zamawiający nieprawidłowo uznali odpady dostarczone przez Odwołującego i Przystępującego na składowisko Zakładu Gospodarki Odpadami w Zakurzewie za zadanie powierzone przez Zamawiającego.

Jak wynika z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2019 r. poz. 2010 ze zm.) również utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy.

Jak wskazał Zamawiający, umową świadczenia usług publicznych (umową wykonawczą) w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi z 13 grudnia 2010 r. zawartą pomiędzy gminą – miastem Grudziądz a MWiO, nałożył na MWiO obowiązek wykonywania zadania własnego gminy. Jak wynika z preambuły oraz § 3 tej umowy, została ona zawarta w celu uszczegółowienia nałożonego przez Zamawiającego na MWiO zobowiązania wykonywania własnego gminy – miasta Grudziądz polegającego na świadczeniu usług w ogólnym interesie gospodarczym w postaci utrzymania wysypisk (składowisk odpadów) i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, w postaci Składowiska Odpadów w Zakurzewie.

Jednak, w ocenie Izby, w zakres powierzenia wynikającego z tej umowy może wchodzić jedynie działalność w niej wskazana, czyli utrzymania Składowiska Odpadów w Zakurzewie i sam ogólny obowiązek unieszkodliwiania odpadów komunalnych.

Utrzymanie składowiska odpadów zostało zlecone wyłącznie przez gminę, zatem nie ma tu czynnika prywatnych (komercyjnych) zleceń – niemniej jednak w ten zakres wchodzi jedynie czynności związane z utrzymaniem samego składowiska, jeśli przynoszą przychody (prawdopodobnie są to jednak głównie koszty utrzymania).

Jednak dostarczanie odpadów do unieszkodliwiania i ich unieszkodliwienie (zagospodarowanie) może być prowadzone na zlecenie gminy (gminy – miasta Grudziądz) lub też komercyjnie. Zagospodarowanie odpadów w sposób komercyjny będzie odbywało się głównie na podstawie umów zawieranych z podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą w zakresie odbioru odpadów, tak jak z Odwołującym i Przystępującym. Oba te podmioty zawarły z MWiO umowy, na podstawie których, fakultatywnie, dostarczały odpady na składowisko z Zakurzewie. Odpady te co prawda pochodziły, przynajmniej częściowo, z terenu gminy – miasta Grudziądz, przez co pośrednio koszty ich zagospodarowania pokrywał Zamawiający, jednak, ze względu na to, że dostarczenie tych odpadów na składowisko w Zakurzewie było wyborem tych wykonawców, a nie obowiązkiem narzuconym przez Zamawiającego, nie można tego zakresu uznać za zadanie zlecone przez Zamawiającego. Były to *de facto* zadania zlecone przez Odwołującego i Przystępującego. Tym bardziej za zadanie zlecone przez Zamawiającego nie można uznać zagospodarowania odpadów przywiezionych przez tych wykonawców, a pochodzących z terenów innych gmin – na co również wskazywali Odwołujący i Przystępujący.

Tym samym od wskazanej przez Zamawiającego kwoty przychodów pochodzących z zadań powierzonych przez Zamawiającego należy odjąć ww. kwoty. Zamawiający nie zanegował skutecznie kwot podanych przez Odwołującego i Przystępującego, zatem Izba uznała je za miarodajne.

Po potrąceniu powyższych sum wskazany przez Zamawiającego procent przychodu z zadań powierzonych przez Zamawiającego nie osiąga 90%, zatem nie została spełniona przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych i Zamawiający nie wykazał spełnienia podstaw prawnych pozwalających na udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Ze względu na brak spełnienia przesłanek ustawowych, wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że nie ma potrzeby ustosunkowywania się do kwestii zgodności z poglądami Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonymi w orzeczeniu z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18, czy też art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący: