

**WYROK**

**z dnia 16 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**  
**Irmina Pawlik**  
**Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **11 grudnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **23 listopada 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Zduńska Wola oraz z PSZOK w terminie: od 01.01.2021 r. - 31.12.2021 r.* (nr postępowania ZEOŚ.GOK.271.9.2020.MK)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Zduńska Wola**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

**A. FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**

– po stronie Odwołującego

**B. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli**

– po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Odwolującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

## Uzasadnienie

Miasto Zduńska Wola {dalej również: „Zamawiający”} wszczęło na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Zduńska Wola oraz z PSZOK w terminie: od 01.01.2021 r. - 31.12.2021 r.* (nr postępowania ZEOŚ.GOK.271.9.2020.MK).

13 listopada 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_222 pod poz. 546436 ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* o zamiarze udzielenia powyższego zamówienia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli {dalej również: „MPGK”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 listopada 2020 r. REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Remondis” lub „Odwołujący”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wyboru trybu z wolnej ręki dla powyższego zamówienia.

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

1. Art. 67 ust. 1 pkt 12, ust. 11 pkt 5, ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w informacji o zamiarze zawarcia umowy, polegające w szczególności na: 1) braku wskazania rzeczywistego wpływu członków rady nadzorczej na decyzje zarządu i zgromadzenia wspólników, niewskazanie granic działania zarządu oraz kryteriów i decyzji, które wymagają uchwały zgromadzenia wspólników, 2) błędnym uznaniu, że ponad 90% działalności kontrolowanej MPGK dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę w sytuacji, w której zgodnie z wydrukiem KRS przedmiotem działalności MPGK jest zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne, co nie gwarantuje, z uwagi na wpisanie MPGK do KRS 30 września 2020 r., że w przyszłości spółka będzie wykonywała działalności w większości wyłącznie na rzecz Zamawiającego i wyłącznie w zakresie zagospodarowania odpadów.
2. Art. 32 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 34 ust. 1 w zw. z art. 7 – przez wybór trybu zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności i proporcjonalności i powierzenie

z wolnej ręki realizacji zamówienia MPGK za cenę 4.376.198.15 zł netto w sytuacji, gdy na rynku są podmioty, które realizują tożsame usługi zarówno co do rodzaju, jak i ilości oraz obszaru za niższą cenę, co doprowadziło Zamawiającego do błędnego przekonania, że istnieje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki pomimo istnienia konkurencji na rynku i niezasadnego preferowania jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

3. Art. 36a ust. 2a i art. 67 ust. 11 pkt 2 i ust. 13 pkt 1 lit. b – przez nieokreślenie przez Zamawiającego w informacji o zamiarze zawarcia umowy oraz w informacji o udzieleniu zamówienia kluczowych części usług użyteczności publicznej będących przedmiotem zamówienia, połączone z jednoczesnym zamieszczeniem informacji o zamiarze zlecenia podwykonawstwa, w sytuacji gdy określenie kluczowych części usług stanowi obowiązek Zamawiającego, a jego wykonanie jest niezbędne zarówno dla możliwości określenia przedmiotu zamówienia, jak i dla możliwości oceny prawidłowości wyboru przez Zamawiającego procedury in-house.
4. Art. 36a ust. 2a w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc} w zw. z art. 14 ust. 1 – przez dopuszczenie przez Zamawiającego zlecenia przez MPGK podwykonawstwa w zakresie kluczowych części usług użyteczności publicznej będących przedmiotem zamówienia, polegające na nieokreśleniu tych kluczowych części, co stanowi czynność mającą na celu obejście nakazu wykonania kluczowych części usług publicznych przez wykonawcę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek.

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

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Na wstępie Odwołujący podkreślił za wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „TSUE” lub „Trybunał”} z 3 października 2019 r. sygn. C-285/18,

że swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni dla wykonania robót budowlanych, nie może jednak być nieograniczona. Przeciwnie, należy z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej {dalej również: „TFUE”}, a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości (zob. analogicznie wyroki z 9 lipca 1987 r., CEI i Bellini, 27/86-29/86, EU:C:1987:355, pkt 15; z 7 grudnia 2000 r., Telaustria i Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, pkt 60; z 10 września 2009 r., Sea C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 38).

Odwołujący podniósł, że z punktu widzenia prawa unijnego zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE (chyba że wyłączenie jest przewidziane wprost w TFUE jak np. w art. 346). Trybunał wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE.

Według Odwołującego samo wyłączenie spod przepisów dyrektywy 2014/24/UE przewidziane w jej art. 12 ust. 1 nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Ponieważ chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji, obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał, że udzielenie w trybie z wolnej ręki zamówienia nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE, na konieczność czego wskazuje prounijna interpretacja przepisów ustawy pzp, co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym, z pominięciem innych

wykonawców działających na rynku właściwym, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co do zasady taki przedsiębiorca jak Zamawiający podlega regułom konkurencji, a przepisów szczególnych wyłączających gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji nie ma.

*[bezpośredni wpływ]*

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne:

- w uzasadnieniu powołano się na to, że zgodnie z treścią umowy spółki radzie nadzorczej zostały przyznane kompetencje m.in. do przeprowadzenia corocznej oceny sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrachunkowy, wybieranie podmiotu uprawnionego przeprowadzającego badanie sprawozdania finansowego, powoływania i odwoływania członków zarządu spółki, podejmowania uchwał w sprawie zasad kształtowania wynagrodzeń członków zarządu w zakresie określonym w uchwałach zgromadzenia Wspólników;
- z umowy spółki wynika ponadto, że rada nadzorcza wyraża zgodę na rozporządzenie prawem lub zaciąganie zobowiązań powyżej 500 tys. zł netto, nie większych jednak niż 1 mln zł
- zarząd MPGK składa się z jednego członka (prezesa zarządu) uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji.

W ocenie Odwołującego z uzasadnienia opublikowanej informacji nie wynika, aby Zamawiający zagwarantował sobie bezpośredni nadzór i kontrolę nad MPGK. O ile w strukturach MPGK funkcjonuje rada nadzorcza, o tyle organ ten, poza przygotowywaniem rocznych sprawozdań, nie ma narzędzi do bieżącej weryfikacji czynności zarządu, gdyż sprawuje funkcję podstawową.

Odwołujący zwrócił uwagę, że istnieje możliwość rozszerzenia kompetencji rady, co byłoby rozwiązaniem słusznym w kontekście zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. Zgodnie z art. 220 Kodeksu spółek handlowych {dalej: „ksh”} umowa spółki może rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, a w szczególności stanowić, że zarząd jest obowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej przed dokonaniem oznaczonych w umowie spółki czynności, oraz przekazać radzie nadzorczej prawo zawieszania w czynnościach, z ważnych powodów, poszczególnych lub wszystkich członków zarządu.

Według Odwołującego zazwyczaj swoboda działalności zarządu hamowana jest poprzez precyzyjne kryteria w zakresie obowiązku uzyskania zgody organu kontrolnego na daną inwestycję. W tym przypadku transakcje powyżej 1 mln zł są poza kontrolą rady nadzorczej.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, że skorzystał z innych

instrumentów kontrolujących działania zarządu, np. określonych w art. 230 ksh, zgodnie z którym rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej.

Odwołujący stwierdził, że choć przepisy ksh zezwalają na umowne ograniczenie dyskrecjonalnej władzy jednoosobowego zarządu np. dzięki wprowadzeniu zarządu wieloosobowego i ustanowienie kilkuosobowej reprezentacji (wg art. 208 § 3 ksh każdy członek zarządu może prowadzić bez uprzedniej uchwały zarządu sprawy nieprzekraczające zakresu zwykłych czynności spółki, a § 4 stanowi, że jeżeli jednak przed załatwieniem sprawy, o której mowa w § 3, choćby jeden z pozostałych członków zarządu sprzeciwi się jej przeprowadzeniu lub jeżeli sprawa przekracza zakres zwykłych czynności spółki, wymagana jest uprzednia uchwała zarządu) w MPGK nie ma osoby, która mogłaby wyrazić sprzeciw wobec działań prezesa, który ma legitymację do swobodnego i nieograniczonego prowadzenia spraw spółki, w tym do czynności prawnych.

Analiza informacji o zamówieniu prowadzi do wniosku, że Wykonawca będzie miał możliwość zawarcia umowy na realizację usług w zakresie wywozu odpadów na rzecz innego niż Zamawiający podmiotu. Wykonawca ma swobodę w prowadzeniu działalności.

*[prognoza]*

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający powołuje się na opracowaną prognozę handlową na lata 2021-2023, która nie została jednak opublikowana wraz z ogłoszeniem ani w inny sposób udostępniona mu do wniesienia odwołania, stąd może bazować wyłącznie na lakonicznym opisie dotyczącym treści tego dokumentu zawartym w ogłoszeniu, gdzie wskazano ogólną kwotę przychodu ze sprzedaży usług w wysokości 4.395.000,00 zł, taką samą w każdym roku objętym prognozą.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie w zakresie prognozy handlowej nie zawiera żadnych twardych danych ekonomicznych ani ich analizy opartej o wiarygodne dane finansowe, co wskazuje na niską rzetelność prognozy i brak jej wiarygodności, w której nie ujęto chociażby waloryzacji cen usług.

Odwołujący podniósł, że z projektu uzasadnienia do uchwały o utworzeniu MPGK wprost wynika, że rada miasta dopuszcza rozszerzenie działalności spółki.

*[cena]*

Odwołujący podał, że:

- cena szacunkowa 4.376.198,15 zł netto, za którą MPGK ma w 2020 r. odbierać odpady komunalne, jest wyższa od cen oferowanych w roku poprzednim przez wykonawców prywatnych;

- Zamawiający rozpiął odrębne zamówienia publiczne na zagospodarowanie odpadów, w których nie przewiduje kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu.

Według Odwołującego z wyroku TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/19 wynika, że spełnienie wszystkich przesłanek umożliwiających stosowanie procedury *in-house* nie oznacza, że zastosowanie tej procedury jest zgodne z prawem. Powyższe przesłanki mają charakter brzegowy (muszą być spełnione), ale nie są to warunki, które same w sobie są wystarczające do uznania, że można stosować *in-house*. Tym samym rozważając zastosowanie procedury *in-house* należy co najmniej przeanalizować, czy: 1) jest to efektywne ekonomicznie; 2) nie zakłóci konkurencji i nie będzie oznaczać nadużycia pozycji dominującej; 3) będzie to zgodne z przepisami o pomocy publicznej.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze cenę podaną w informacji oraz ceny oferowane przez podmioty konkurencyjne, wytyczne z ww. orzeczenie TSUE nie zostały spełnione, gdyż udzielenie tego zamówienia z wolnej ręki nie jest efektywne ekonomicznie (naruszenie dyscypliny finansów publicznych) i zakłóca konkurencję (ilość zainteresowanych w poprzednim postępowaniu).

Zdaniem Odwołującego błędny wybór trybu z wolnej ręki narusza art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję).

Odwołujący dodał, że zgodnie z powyżej przywołaną ustawą Zamawiający zobowiązany jest do wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny, a zarazem gwarantujący należyłą realizację np. usług, co gwarantuje tylko konkurencyjny tryb postępowania. Z punktu widzenia interesu publicznego (tj. interesu mieszkańca) korzystniejsze byłoby bezpośrednie rozpisywanie konkurencyjnych postępowań niż powierzanie odbioru i zagospodarowania swoich odpadów komunalnych MPGK z wolnej ręki, co powoduje wzrost kosztów związanych z gospodarką odpadami, a nie ich spadek.

Odwołujący podniósł, że kary (administracyjne) za nieosiągnięcie poziomów recyklingu poniesie nie wykonawca (w przetargach zamawiający przerzucają odpowiedzialność finansową za recykling na wykonawców), a Zamawiający, czyli mieszkańcy, co powoduje, że ekonomicznie całe zamówienie staje się nieopłacalne.

{ad pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*

Zamawiający:

- określił przedmiot zamówienia poprzez wskazanie 4 kategorii usług, polegających na (1) odbieraniu odpadów od właścicieli nieruchomości, (2) transporcie odpadów odebranych z terenu miasta, (3) odbiorze i transporcie odpadów pochodzących z PSZOK oraz (4) edukacji ekologicznej mieszkańców (s. 1 i 2);
- nie określił w żadnym miejscu ogłoszenia kluczowych części świadczeń składających się na przedmiot zamówienia;
- wskazał, że w ramach zamówienia przewidywane jest zlecenie podwykonawstwa” (s. 5 ).

Odwołujący podał również, że zgodnie z jego doświadczeniem wykonawcy, który świadczył dotychczas usługi będące przedmiotem tego zamówienia na terenie Zduńskiej Woli, do ich wykonywania niezbędne jest posiadanie kadry w liczbie 21-24 osób (14-16 kierowców i ładowaczy oraz 7-8 pracowników umysłowych) oraz sprzętu w postaci 5 samochodów ciężarowych do selektywnej zbiórki odpadów oraz 2 samochodów hakowych.

Odwołujący zrelacjonował także, że:

- MPGK na swojej stronie internetowej zamieścił i wciąż publikuje ogłoszenia o pracy na stanowisku ładowacza i kierowcy-ładowacza;
- wg informacji prasowych MPGK poszukuje również księgowych, logistyków, dyspozytorów oraz specjalistów obsługi klientów;
- Zamawiający prowadzi w trybie ustawy pzp dwa postępowania mające za przedmiot zakup i dostawę samochodów ciężarowych: 1) pięciu samochodów do selektywnej zbiórki odpadów wraz z serwisem (ogłoszenie nr 2020/S 197-474751) – termin składania upłynął 10 listopada 2020 r., wybór oferty nastąpił 19 listopada 2020 r., termin wykonania określono na 22 grudnia 2020 r.; 2) dwóch samochodów ciężarowych z urządzeniem hakowym i żurawiem hydraulicznym (ogłoszenie nr 2020/S 217-530219) – termin składania upływa 8 grudnia 2020 r., termin wykonania określono do 21 lutego 2020 r.

Odwołujący zwrócił uwagę na poglądy doktryny {w odwołaniu zreferowane z podaniem ich źródła}, w której wskazuje się, że określenie „kluczowe” odnosi się do: (1) wyróżnianych pod względem rzeczowym (a nie procentowym) części zamówienia, które są decydujące czy też najważniejsze i mające wpływ na jakość wykonania zamówienia, (2) elementów istotnych dla prawidłowego wykonania umowy związanych z wykonawcą, (3) takich elementów, bez których realizacja pozostałego zakresu zamówienia nie pozwala na osiągnięcie celu, w jakim zamówienie jest zlecane, elementy będące sednem całego zamówienia.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 36a ust. 2 pzp stanowiącego, że wykonawca, któremu udzielono zamówienie na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem

jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.

Odwołujący powołał się na wyrażane w doktrynie stanowisko {w odwołaniu podano źródło}, że konstrukcja art. 36a ust. 2a pzp wymusza na zamawiających dokonujących zakupu użyteczności publicznej lub robót budowlanych zdefiniowania kluczowych części świadczeń.

Odwołujący stwierdził, że zarówno odbiór odpadów, jak również edukacja ekologiczna stanowią bez wątpienia usługi użyteczności publicznej, gdyż świadczone są w interesie ogólnym (lokalnej społeczności) i należą do zadań własnych gminy polegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty (art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym), co znajduje doprecyzowanie w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Odwołujący wywiódł, że zdefiniowanie części kluczowych na etapie przygotowania postępowania z wolnej ręki jest niezbędne nie tylko dla możliwości ustalenia granic podwykonawstwa, ale pozwala również na ustalenie, czy wybór takiego trybu był dopuszczalny i ekonomicznie uzasadniony. Dzięki określeniu kluczowej części zamówienia możliwe jest bowiem obiektywne zweryfikowanie, czy zastosowanie trybu *in-house* było ekonomicznie uzasadnione w kontekście rozmiaru zobowiązania, które będzie mogło zostać wykonane przez podwykonawcę, oraz czy i w jakim stopniu wykonawca będzie w stanie wykonać usługę samodzielnie. Stąd wskazanie kluczowych części usług lub robót wchodzi w zakres obowiązku zamieszczenia w informacji o zamiarze zawarcia umowy zawierającej określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia (art. 67 ust. 11 pkt 2 pzp) oraz w zakres obowiązku zamieszczenia informacji o udzieleniu zamówienia (art. 67 ust. 13 pkt 1 lit. b pzp). Według Odwołującego uchybienie temu obowiązkowi stanowi samodzielną podstawę do unieważnienia postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w ramach odbioru i transportu odpadów (usługi 1-3) kluczowe są czynności zarówno odbierania odpadów z miejsc ich wytwarzania, jak i przemieszczania tych odpadów do miejsc ich wykorzystywania, unieszkodliwiania czy gromadzenia, co oznacza, że w świetle art. 36a ust. 2a pzp muszą być one wykonane osobiście przez MPGK, bez udziału podwykonawców.

Według Odwołującego ustalenie, czy Wykonawca jest w stanie świadczyć samodzielnie kluczowe części usług publicznych, może nastąpić poprzez ustalenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego Wykonawcy. W szczególności, Wykonawca musi posiadać środki finansowe w wymiarze niezbędnym dla realizacji zamówienia, posiadać wykwalifikowaną i odpowiednio liczną kadrę (zarówno w zakresie pracowników umysłowych,

w tym zwłaszcza pracowników administracji i technicznych, jak i w zakresie pracowników fizycznych - kierowców, ładowaczy itp.) oraz dysponować satysfakcjonującymi pod względem ilości i jakości środkami technicznymi (maszyny, nieruchomości itp.). Nie bez znaczenia dla realizacji usługi jest również posiadanie odpowiedniego doświadczenia i związanego z nim know-how.

Odwołujący stwierdził, że mając na względzie charakterystykę działalności gospodarczej w zakresie gospodarki odpadami oraz krótki czas, który upłynął od zarejestrowania spółki, uzasadnione jest przyjęcie, że MPGK nie dysponuje odpowiednio liczebną i wyszkoloną kadrą, niezbędną do realizacji zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, że w chwili obecnej cała branża gospodarki odpadami boryka się z problemem braków kadrowych w odniesieniu do pracowników, zarówno wykwalifikowanych, jak i niewykwalifikowanych.

Według Odwołującego z przyczyn obiektywnych spółka komunalna jest mniej konkurencyjna na rynku i ma mniejszy potencjał do przyciągania pracowników niż przedsiębiorstwo o kapitale prywatnym. Jest to konsekwencją m.in. ograniczeń w zakresie ustalania zasad wynagradzania oraz zwiększonej kontroli wewnętrznej i zewnętrznej. Tym bardziej zatem trudno przypuszczać, aby MPGK w ciągu półtora miesiąca od powstania było w stanie skompletować odpowiednio liczebną i doświadczoną kadrę.

Z treści informacji o zamówieniu wynika, że wykonawca ma rozpocząć świadczenie usługi od 1 stycznia 2021 r. Niewątpliwie, wykonawca, jako nowoutworzony podmiot jest niedoświadczony. Ponadto wykonawca, po wyłonieniu kadry i zgromadzeniu sprzętu potrzebuje czasu na przeszkolenie pracowników: m.in. w zakresie bhp, w zakresie logistyki, obsługi sprzętu. Z analizy zgromadzonych dowodów, pozwalających odtworzyć na jakim etapie organizacji jest wykonawca, wynika, że zlecenie realizacji świadczenia usług MPGK nie daje rękojmi, że usługi te rozpoczną się terminowo i, że będą świadczone należycie.

Co więcej, z informacji opublikowanych na stronie internetowej MPGK wynika, że spółka jest dopiero na etapie kompletowania sprzętu niezbędnego do świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podsumował, że w tych okolicznościach prawdopodobieństwo samodzielnego i prawidłowego wykonania przez MPGK kluczowych części usług użyteczności publicznej jest znikome.

Zdaniem Odwołującego brak określenia przez Zamawiającego kluczowych części usług użyteczności publicznej odczytywany być może jako próba umożliwienia MPGK elastycznego zlecenia wykonania podwykonawcom tych części usług, których nie będzie on w stanie wykonać samodzielnie, a uzasadnione jest przypuszczenie, że będzie on zmuszony

podzlecać dużą część usług odbioru i transportu odpadów.

Odwołujący wywiódł, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie *in-house* z niepełnym określeniem przedmiotu zamówienia stanowi próbę obejścia art. 36a ust. 2a pzp, czynność tę uznać należy za nieważną z mocy art. 58 § 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp, co uzasadnia unieważnienie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego {dalej również „Przystępujący”} wnosili o uwzględnienie odwołania jako zasadnego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 11 grudnia 2020 r. wniósł o jego oddalenie, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania w szczególności przez podanie okoliczności i argumentację, które w zakresie, w jakim okoliczności te znalazły potwierdzenie w zgromadzonej dokumentacji, a argumenty zostały uznane za trafne, zostały dalej przedstawiona w ramach ustaleń i rozważań Izby.

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

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

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

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

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

Niewątpliwie Odwołujący, jako podmiot działający na terenie gmin w branży odbioru i zagospodarowania odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Przywołać w tym miejscu należy stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 następująco odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: *W rozumieniu tego przepisu „innymi osobami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie.*

Konieczne w tej sprawie okazało się przypomnienie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację

wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}.

Z tego względu poza zakresem rozpoznania w tej sprawie były podniesione przez Odwołującego w piśmie z 10 grudnia 2020 r. okoliczności, które należało podnieść do upływu zawitego terminu, który w odniesieniu do skarżonej czynności Zamawiającego z 13 listopada 2020 r. upłynął 23 listopada 2020 r., względnie, jeżeli Odwołujący uznawał, że przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć o nich wiedzę później, powinien uczynić podstawą kolejnego odwołania. Zauważyć jednak należy, że szereg okoliczności, o których mowa w tym piśmie, Odwołujący mógł i powinien zawrzeć w odwołaniu, gdyż w istocie stanowią polemikę z treścią uzasadnienia, z którym mógł się zapoznać 13 listopada 2020 r., w tym z powołaniem się na tezy z opracowania Najwyższej Izby Kontroli.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła jako istotne dla sprawy następujące okoliczności:

W odwołaniu nie odniesiono się do obszernej części wstępnej uzasadnienia zawartego w ramach informacji o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonej na BIP Zamawiającego, w tym następującego jego fragmentu:

(...)

*Jak wspomniano powyżej, podmiot realizujący zamówienie „in-house” jest wybierany z pominięciem procedur konkurencyjnych. Wynagrodzenie przekazywane tak wybranemu podmiotowi, jednocześnie związane ze świadczeniem UOIG (Usługi w ogólnym interesie gospodarczym), będzie stanowić prawdopodobnie pomoc publiczną. Należy zatem określić, czy wynagrodzenie, które otrzymuje za świadczenie usług publicznych będzie spełniać tzw. test Altmark. Uwzględniając dorobek praktyczny w stosowaniu tego testu należy wskazać, że spełnienie wszystkich przesłanek wskazanym w tym teście jest praktycznie niemożliwe, z wyłączeniem sytuacji w której wybór wykonawcy danych usług jest przeprowadzany w drodze procedury konkursowej. Z tego względu należy uznać, że w przypadku zamówienia bezpośredniego spełnione będą wszystkie przesłanki wskazane w art. 107 ust. 1 TFUE, czyli środki przekazywane podmiotowi realizującym Usługi, na pokrycie kosztów świadczenia powierzonych Usług (wraz z ewentualnym rozsądnym zyskiem), będą stanowić pomoc publiczną.*

*W związku z tym, aby przedmiotowa pomoc publiczna była zgodna z wewnętrznym rynkiem (brak konieczności notyfikacji przed Komisją), konieczne jest zapewnienie zgodności*

*z Decyzją UOIG. Decyzja UOIG jest elementem Pakietu UOIG, czyli unijnych regulacji, które mają zastosowanie wprost w każdym z państw członkowskich. Decyzja UOIG reguluje zasady pokrywania kosztów wykonywania zadań powierzonych w trybie bezpośrednim (zamówienie „in-house”) i środki spełniające warunki wskazane w tej decyzji stanowią pomoc publiczną zgodną z wewnętrznym rynkiem i tym samym ich przyznanie nie wymaga notyfikacji.*

*Zgodnie z Decyzją UOIG, Powierzenie obowiązku świadczenia określonych usług wymaga zastosowania się do poniższych zasad:*

*a) przedmiotem Powierzenia oraz źródłem jego legalnego finansowania mogą być wyłącznie działania, które można określić jako: usługi publiczne wykonywane w ogólnym interesie gospodarczym (tj. UOIG),*

*b) rekompensata przyznawana za świadczenie UOIG stanowi pomoc publiczną zgodną z rynkiem wewnętrznym, która nie podlega obowiązkowi zgłoszenia do Komisji (notyfikacji), tj. rekompensata może być wypłacana po spełnieniu warunków wskazanych w Decyzji UOIG,*

*c) Miasto zapewnia spełnienie wszystkich wymogów określonych w Decyzji UOIG, w tym dotyczących istnienia aktu powierzenia zawierającego wymagane elementy.*

*Ze względu na przepisy pomocy publicznej, regulujące zasady finansowania powierzanych usług, Powierzenie może dotyczyć wyłącznie takich usług, które mogą zostać zakwalifikowane jako UOIG. Są to usługi, których żadne przedsiębiorstwo, ze względu na swój interes gospodarczy, w ogóle nie zdecydowałoby się świadczyć lub nie zdecydowałoby się świadczyć na tych samych warunkach lub w tym samym zakresie bez interwencji publicznej, w jakim usługa ta jest świadczona przez podmiot, któremu została zlecona przy zachowaniu interwencji publicznej. Zasadniczo przyjmuje się, że w polskim systemie prawnym, jako UOIG można zakwalifikować w szczególności usługi polegające na wykonywaniu części zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego.*

*Zadania własne jednostek samorządu terytorialnego wynikają z aktów prawa powszechnie obowiązującego, w tym dla Miasta przede wszystkim z Ustawy o samorządzie gminnym. Zgodnie z tą ustawą, zadania własne gminy obejmują zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej.*

*Można więc stwierdzić, że te zadania własne Miasta, które mają charakter i wymiar działalności gospodarczej, będą – co do zasady – określane jako UOIG. Konieczne jest więc zweryfikowanie czy usługi w zakresie gospodarki odpadami, które mają stanowić przedmiot Powierzenia, będą spełniać przesłanki UOIG.*

*Zgodnie z powyższym, po pierwsze trzeba dokonać sprawdzenia, czy usługi te stanowią usługę publiczną – czy możliwe jest wskazanie jakie zadania (zadanie) własne gminy, będą*

*realizowane w ramach ich świadczenia przez Spółkę.*

*Po drugie, należy zweryfikować, czy usługi te stanowią działalność gospodarczą czyli, czy co do zasady mogłyby stanowić przedmiot obrotu rynkowego, co oznacza, że można zidentyfikować takie mechanizmy rynkowe, które powodować będą, że usługi te mogłyby być realizowane z nastawieniem na zysk.*

*Po trzecie konieczne jest określenie, czy wykonywanie usług stanowiących przedmiot Powierzenia wiąże się z zaspokojeniem istotnej potrzeby społecznej czyli, czy co do zasady ich realizacja służy całości społeczeństwa jako takiego. Istotną cechą usług w ogólnym interesie gospodarczym, jest konieczność stałego ich zapewniania, przy niezmiennych warunkach jakościowych, gdy jednocześnie podmiot ją wykonujący może napotykać na trudności o charakterze ekonomicznym.*

*Po czwarte trzeba stwierdzić, czy dla powierzanych usług o parametrach wskazanych przez Miasto nie występuje rynek (brak rynku) i czy występują procesy konkurencyjne na tym rynku lub procesy konkurencji o rynek.*

*Ostatnim elementem definiującym UOIG jest wskazanie, czy nałożony został przez Miasto obowiązek realizacji UOIG – czy wystąpiła interwencja publiczna.*

*Mając na uwadze powyższe, można stwierdzić, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym w zakresie gospodarki odpadami, są zadaniami spełniającymi definicję UOIG. Zasadnym jest stwierdzenie, że usługi w zakresie gospodarki odpadami, przy założeniu przez Miasto odpowiednich parametrów realizacji, będą usługami, których żadne przedsiębiorstwo, ze względu na swój interes gospodarczy, w ogóle nie zdecydowałoby się świadczyć lub nie zdecydowałoby się świadczyć na tych samych warunkach lub w tym samym zakresie bez interwencji publicznej, w jakim usługa ta będzie świadczona przez Spółkę.*

Ponadto w ramach powyższej informacji Zamawiający następująco uzasadnił spełnienie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a-c:

(...)

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; (...)

Spółka na zasadzie powierzenia, prowadzić będzie działalność w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG) w zakresie odbioru odpadów komunalnych, transporcie odpadów komunalnych, poprzez, w szczególności realizację następujących zadań:

1) odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Zduńska Wola;

- 2) transport odpadów odebranych z terenu Miasta Zduńska Wola do miejsc zagospodarowania wskazanych przez Zamawiającego;
- 3) odbiór i transport odpadów pochodzących z PSZOK prowadzonego przez Miasto Zduńska Wola do miejsc zagospodarowania odpadów wskazanych przez Zamawiającego;
- 4) edukacja ekologiczna dla mieszkańców Miasta Zduńska Wola.

Zgodnie z Uchwałą Nr XXIII/401/20 Rady Miasta Zduńska Wola z dnia 2 lipca 2020 r., Spółka w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb mieszkańców Miasta „na zasadzie powierzenia będzie realizować zadanie własne Miasta w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi. Zadania te polegać będą na odbiorze, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych. Do przedmiotu działalności określonego w umowie Spółki, zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD) należą zadania własne Miasta związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z).

Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a - Pzp określa wymagany charakter relacji między zamawiającym a podmiotem ubiegającym się o zamówienie. Warunkiem uznania danego podmiotu za podmiot wewnętrzny zamawiającego jest sprawowanie nad nim pełnej kontroli. Ustawodawca doprecyzował, że pod pojęciem kontroli rozumie dominujący wpływ na kształtowanie celów strategicznych podmiotu i kluczowych decyzji zarządczych.

Pod pojęciem strategii przedsiębiorstwa należy rozumieć długofalową koncepcję jego funkcjonowania, obejmującego w szczególności cele jego powołania oraz sposoby osiągnięcia zamierzeń biznesowych. Można zatem uznać, że stanowi ona w istocie o sensie istnienia podmiotu. Uprawnienia do kształtowania organizacji, nadawania jej kierunków rozwoju, modyfikowane ich względem potrzeb (w tym decyzje o wejściu lub wyjściu z określonego rynku) oraz co istotne, podejmowania decyzji o zakończeniu działalności stanowią najwyższy poziom sprawowania kontroli.

Ustawodawca nie ograniczył jednak pojęcia „sprawowania kontroli” wyłącznie do możliwości wywierania strategicznego wpływu na podmiot (jak ma to miejsce m.in. w przypadku przepisów prawa ochrony konkurencji). W ujęciu omawianego przepisu, obejmuje ono również możliwość ingerowania (skutecznego) w decyzje zarządcze o istotnym wpływie na działalność przedsiębiorcy.

O ile kryterium istotności wpływu jak bardzo ogólnie i może mieć różny wymiar w różnych podmiotach, to bez wątpienia uprawnienie do oddziaływania w obszarze zarządzania podmiotem stanowi narzędzie znaczącej ingerencji kontrolującego w działalności podmiotu. W szczególności, w przypadku spółek prawa handlowego ubiegających się o status podmiotu wewnętrznego – limitującego uprawnienia organów zarządczych, np. w zakresie

*ograniczenia swobody przez zastrzeżenie możliwości wydawania im wiążących poleceń.*

*(...)*

*Organami Spółki są: a. Zgromadzenie Wspólników, b. Rada nadzorcza – składa się z 3 do 5 Członków powoływanych uchwałą przez Zgromadzenie Wspólników na okres wspólnej 3 – letniej kadencji, c. Zarząd Spółki – składa się z 1 do 3 Członków powoływanych przez Radę Nadzorczą na okres wspólnej 4-letniej kadencji.*

*Umowa Spółki wyraźnie wzmacnia rolę Rady Nadzorczej oraz Zgromadzenia Wspólników względem Zarządu Spółki. Pierwszym elementem na to wskazującym jest wydłużony okres kadencji Rady Nadzorczej (3 lata) względem zapisów zawartych ustawie KSH, zgodnie z którymi kadencja Rady Nadzorczej wynosi zaledwie rok.*

*Warto również wspomnieć, iż w Umowie Spółki przewiduje się jednocześnie możliwość zwiększenia liczby Członków Rady Nadzorczej ponad rozwiązania z art. 215 § 1 ustawy KSH.*

*Kwestią podstawową dla rozstrzygnięcia, czy w danym przypadku mamy do czynienia ze sprawowaniem prawnej kontroli przez zamawiającego, jest analiza kompetencji przyznanych poszczególnym organom Spółki.*

*Zgodnie z zapisami Umowy Spółki, działalność Zarządu Spółki sprowadza się w dużym stopniu do wykonywania uchwał podjętych przez Zgromadzenie Wspólników oraz do kierowania administracją Spółki. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż kształt oraz skład Zarządu jest bezpośrednio zależny od działań i decyzji Rady Nadzorczej oraz Zgromadzenia Wspólników, którym to przyznano prawo m.in. do powoływania Członków Zarządu czy też zatwierdzania jego regulaminu.*

*Podstawowe kompetencje Zgromadzenia Wspólników tj. rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdania Zarządu z działalności Spółki, sprawozdania finansowego, rok obrotowy Spółki, zmiany Umowy Spółki czy też podwyższenie kapitału zakładowego określają wprost przepisy ustawy KSH. Ustawodawca daje jednak możliwość rozszerzenia niektórych kompetencji bądź ich zawężenia. Zgodnie z art. 213 § 3 ustawy KSH umowa spółki może wyłączyć bądź ograniczyć indywidualną kontrolę wspólników w przypadku ustanowienia rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej.*

*W tym przypadku nie skorzystano jednak z takiej możliwości, co niewątpliwie przemawia za uznaniem Spółki za podmiot wewnętrzny Zamawiającego.*

*Ponadto Umowa Spółki przyznaje Zgromadzeniu Wspólników możliwość kształtowania wynagrodzenia Członków Zarządu Spółki oraz Rady Nadzorczej, podejmowanie decyzji o połączeniu, podziale, przekształceniu lub rozwiązaniu Spółki czy też dokonywanie podziału zysku Spółki.*

*W myśl art. 219 ustawy KSH Rada Nadzorcza sprawuje stały nadzór nad działalnością Spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. Co więcej, Rada może badać wszystkie dokumenty Spółki, żądać od Zarządu i pracowników sprawozdań, wyjaśnień, a także dokonywać rewizji stanu majątku Spółki. Mimo, iż KSH daje swobodę do regulowania pracy Członków Rady Nadzorczej poprzez wyłączenie możliwości ich samodzielnego sprawowania prawa nadzoru, Umowa Spółki nie przewiduje takiego wyłączenia. Zgodnie z treścią Umowy, Radzie Nadzorczej zostały przyznane kompetencje m.in. do przeprowadzenia corocznej oceny sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrachunkowy, wybieranie podmiotu uprawnionego przeprowadzającego badanie sprawozdania finansowego, powoływania i odwoływania Członków Zarządu Spółki, podejmowania uchwał w sprawie zasad kształtowania wynagrodzeń członków Zarządu w zakresie określonym w uchwałach Zgromadzenia Wspólników.*

*Dokonując analizy treści Umowy Spółki można wyraźnie stwierdzić, iż Spółka spełnia przesłanki podmiotu wewnętrznego. Żadnych wątpliwości nie powinien budzić fakt, iż wszystkie udziały obejmuje Miasto. Daje to tej jednostce decydującą pozycję w określaniu kierunku działań Spółki oraz jej ostatecznego kształtu. Zarząd Spółki w dużej mierze zależny jest od postanowień pozostałych Organów, które nie tylko kontrolują i badają jego działalność, ale również bezpośrednio oddziałują, a wręcz kształtują jego pracę.*

*Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Miasto sprawuje kontrolę nad Spółką w zakresie wskazanym w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy PZP.*

*(...)*

*b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę (...)*

*Na wstępie zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 67 ust. 8 Pzp – do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.*

*Z kolei na podst. art. 67 ust. 9 Pzp - 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 art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.*

*Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Ustawy Pzp, aby dana osoba prawna mogła zostać uznana za podmiot wewnętrzny zamawiającego, ponad 90% jej przychodów ze sprzedaży musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego*

kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.

Zgodnie z art. 67 ust. 8 Ustawy Pzp, w celu obliczenia parytetu 90/10 należy uwzględnić średnią wartość przychodów ze sprzedaży, osiągniętych przez Spółkę w trzyletnim okresie poprzedzającym udzielenie zamówienie z wolnej ręki. Reasumując, zgodnie z powyższym przepisem, udział oblicza się na podstawie wartości przychodów ze sprzedaży usług, dostaw lub robót budowlanych powierzonych (zleconych niezależnie od trybu) Spółce przez Miasto, przez podmioty zależne od Miasta lub nad którymi Miasto sprawuje kontrolę oraz osiągnięte z innych źródeł, lecz w związku z wyraźną interwencją Miasta, nakazującą kontraktowanie ze Spółką. Opcjonalnie, jeśli dane historyczne są niedostępne lub nieadekwatne ze względu na datę utworzenia lub rozpoczęcia działalności Spółki lub ze względu na reorganizację, udział przychodów, o którym mowa powyżej można określić na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych.

Z uwagi na fakt, iż uchwała utworzenia Spółki została uchwalona w dniu 2 lipca 2020 r a akt założycielski Spółki został sporządzony w dniu 17 lipca 2020 r. procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b, został ustalony za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Spółka wykonuje zasadniczo jeden rodzaj działalności tj. działalność na rzecz Miasta.

W celu określenia parytetu działalności wykonywanej przez Spółkę na rzecz Miasta, należy zdefiniować przychody definiowane jako przychody osiągane w związku z powierzeniem od Miasta. (...)

Poniżej przedstawione zostają prognozowane przychody Spółki w latach 2021-2023

	2021	2022	2023
PRZYCHODY ZE SPRZEDAŻY I ZRÓWNANE Z NIMI, W TYM	4 395 000,00 zł	4 352 000,00 zł	4 352 000,00 zł
Przychody netto ze sprzedaży produktów – usług	4 395 000,00 zł	4 352 000,00 zł	4 352 000,00 zł
POZOSTAŁE PRZYCHODY OPERACYJNE	0,00 zł	0,00 zł	0,00 zł
POZOSTAŁE KOSZTY OPERACYJNE	0,00 zł	0,00 zł	0,00 zł
PRZYCHODY FINANSOWE	0,00 zł	0,00 zł	0,00 zł

Biorąc pod uwagę zapisy umowy spółki należy stwierdzić, że struktura prognozowanych przychodów Spółki jest jednorodna to znaczy w całości będą to przychody ze sprzedaży z działalności zleconej przez Miasto Zduńska Wola.

Z tytułu świadczenia Usług Wykonawcy przysługiwać będzie Rekompensata, obliczona według zasad w określonej przyszłej umowie. Wysokość Rekompensaty całkowitej, liczona jest jako suma rocznych kosztów operacyjnych i kosztów finansowych oraz suma dwunastu miesięcznych rekompensat umownych, jak też suma rocznych kosztów finansowych, skorygowane o podatek dochodowy od osób prawnych i marżę określoną w granicach rozsądnego zysku. Przy obliczaniu kwoty Rekompensaty umownej, Spółka uwzględni zasady kalkulacji kosztów, wpływów oraz Rozsądnego Zysku, o których mowa w art. 5 ust. 2,3,4

*Decyzji 2012/21/UE Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r., a także zasady prognozy przepływów pieniężnych. Wysokość Rekompensaty umownej, obliczana będzie jako niezbędna kwota, konieczna dla utrzymania stanu środków pieniężnych gwarantujących pokrycie wszystkich wydatków oraz osiągnięcie Rozsądnego Zysku. Rekompensata będzie obliczona przez Spółkę oraz weryfikowana przez Zamawiającego, który dokona oceny wysokości rekompensaty w oparciu o postanowienia umowy oraz przepisy unijne dotyczące pomocy publicznej.*

*Dysponowanie statusem podmiotu wewnętrznego niesie za sobą określone korzyści. Przejawiają się one w szczególności w niższym ryzyku prowadzenia działalności na poziomie operacyjnym. Przykładowo przez zapewnienie pokrycia kosztów realizowanej usługi publicznej oraz możliwość otrzymania rozsądnego zysku ze źródeł publicznych. W tym kontekście, zakaz wstępowania komercyjnych inwestorów w kapitał podmiotu wewnętrznego stanowi swoiste zabezpieczenie przed przepływem środków publicznych między działalnościami: rynkową i publiczną, a tym samym stworzenie warunków dla funkcjonowania uczciwej konkurencji na innych rynkach.*

*(...)*

*Ustalenie, które pozwoliło Zamawiającemu na odstąpienie od zastosowania trybów konkurencyjnych oparte jest na wiarygodnych i zbadanych danych uzyskanych przez zewnętrzny profesjonalny podmiot, który na zlecenie Zamawiającego wykonał usługę polegającą na opracowaniu wiarygodnej prognozy handlowej zgodnie z art. 67, ust. 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.*

*Tym samym uznać należy, że Miasto Zduńska Wola wykazało się należyta starannością w możliwości zastosowania powierzenia wykonania zamówienia przez podmiot wewnętrzny.*

*(...)*

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

*Spółka jako spółka komunalna jest osobą prawną, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Spółki, jedynym jej współnikiem jest Miasto Zduńska Wola. Powyższe oznacza, że w kapitale zakładowym Spółki, brak jest bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, co skutkuje spełnieniem przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c Pzp*

*Reasumując, należy wskazać, że przeprowadzona analiza wykazała, że Spółka spełnia definicje podmiotu wewnętrznego. W rozpatrywanym stanie faktycznym Spółka:*

*a) Pozostaje niewątpliwie pod kontrolą Miasta Zduńska Wola będącego jej jedynym współnikiem.*

*b) Miasto Zduńska Wola posiada samodzielny i bezpośredni wpływ na skład Rady*

*Nadzorczej, która powoływana jest przez Zgromadzenie Wspólników.*

*c) Spółka spełnia również warunek co najmniej 90% przychodów ze sprzedaży osiągniętych z zadań realizowanych w wyniku powierzenia obowiązku ich świadczenia przez Miasto Zduńska Wola.*

*Konkludując, spełnianie przez Spółkę powyższych kryteriów wraz z faktem braku bezpośredniego kapitału prywatnego w Spółce, oznacza, że Spółka Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spełnia definicję podmiotu wewnętrznego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.*

Izba stwierdziła, że dla wykazania zaistnienia przesłanki tzw. kontroli analogicznej powyższe uzasadnienie odzwierciedla w wystarczającym zakresie następujące zależności pomiędzy organami wynikające z umowy spółki z 17 lipca 2020 r. (w brzmieniu nadanym aneksem z 24 lipca 2020 r.) i innych aktów korporacyjnych spółki (regulaminu zarządu z 20 października 2020 r., regulaminu rady nadzorczej z 29 października 2020 r.), biorąc pod uwagę, że Zamawiający dysponuje wszystkimi głosami na zgromadzeniu wspólników jako jedyny udziałowiec MPGK.

Kompetencje zgromadzenia wspólników względem zarządu lub rady nadzorczej wynikające z umowy spółki:

- 1) wyrażenie zgody na rozporządzanie prawem lub zaciągnięcie zobowiązań do świadczenia o wartości powyżej 1 mln zł netto (§ 11 pkt 11),
- 2) uprawnienie do zatwierdzania regulaminu rady nadzorczej (§ 11 pkt 16),
- 3) wyrażanie zgody na przyznawanie przez zarząd darowizn powyżej 50 tys. zł netto (§ 11 pkt 17).

Czynności zarządu wymagające uzyskania zgody zgromadzenia wspólników według § 5 regulaminu zarządu:

- 1) zatwierdzenie wieloletnich strategicznych planów spółki,
- 2) rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości przekraczającej 1 mln zł,
- 3) zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
- 4) nabycie, zbycie lub obciążenie nieruchomości lub prawa użytkowania wieczystego albo udziału w nieruchomości lub prawie użytkowania wieczystego,
- 5) obejmowanie, nabywanie, zbywanie lub obciążanie udziałów w innych podmiotach gospodarczych,

- 6) zawieranie umów, o których mowa w art. 7 ksh,
- 7) przyznanie darowizn o wartości powyżej 50 tys. zł netto.

Uprawnienia rady nadzorczej względem zarządu wynikające z umowy spółki:

- 1) powoływanie, odwoływanie i zawieszanie w czynnościach członka zarządu lub całego zarządu (§ 17 pkt 5),
- 2) zatwierdzanie regulaminu zarządu spółki (§ 17 pkt 11),
- 3) opiniowanie wieloletnich strategicznych planów spółki (§ 17 pkt 13),
- 4) stałe monitorowanie realizacji przez spółkę wieloletnich strategicznych planów (§ 17 pkt 14),

Uprawnienia rady nadzorczej względem zarządu wynikające z regulaminu rady nadzorczej:

- 1) zawieszenie, z ważnych powodów, w czynnościach poszczególnych lub wszystkich członków zarządu oraz delegowania członków rady nadzorczej, na okres nie dłuższy niż trzy miesiące, do czasowego wykonywania czynności członków zarządu, którzy zostali odwołani, złożyli rezygnację albo z innych przyczyn nie mogą sprawować swoich czynności (§ 3 lit h),
- 2) opiniowanie projektów uchwał zarządu, w szczególności w sprawach polityki finansowej spółki, zmian zasad wynagradzania pracowników, zwolnień grupowych pracowników, istotnych zmian organizacyjnych Spółki (§ 3 lit. k),
- 3) ocena realizacji przez członków zarządu celów zarządczych w poprzednim roku obrotowym i ustalenie kwoty wynagrodzenia zmiennego (§ 3 lit q),
- 4) rozpatrywanie skarg i wniosków dotyczących działalności zarządu (§ 3 lit s).

Izba stwierdziła również, że w ramach powyżej przytoczonego uzasadnienia odzwierciedlono konkluzję wynikającą z wykonanej w październiku 2020 r. prognozy handlowej, w postaci przewidywanych przychodów MPGK w okresie kolejnych trzech lat, ze wskazaniem, że w 100% będą to przychody ze sprzedaży z działalności na rzecz Zamawiającego, co jest wystarczające dla wykazania przesłanki zależności ekonomicznej tej spółki od Zamawiającego przejawiającej się w tym, że ponad 90% działalności tej spółki dotyczy wykonywania powierzonych jej przez niego zadań.

Przy czym niesporne było, że z uwagi na datę utworzenia MPGK w tym przypadku wykazanie tej przesłanki mogło nastąpić wyłącznie w oparciu o wiarygodną prognozę handlową.

Jednocześnie w odwołaniu nie przedstawiono żadnych istotnych okoliczności, które podważałyby wiarygodność wniosków wynikających z tej prognozy, a zawarty w odwołaniu zarzut sprowadza się do domagania się gwarancji prawnych, że MPGK nie będzie

realizowało usług na rynku komercyjnym.

Natomiast Zamawiający wykazał, że zawarł we wzorze umowy, którą zamierza zawrzeć z MPGK postanowienia, które wychodzą naprzeciw takim oczekiwaniom Odwołującego:

*Zamówienia udzielono w trybie i na zasadach wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: P.z.p.). Wykonawca w całym okresie obowiązywania Umowy zobowiązany jest podejmować wszelkie niezbędne działania zmierzające do zapewnienia utrzymania stanu spełniania przesłanek stanowiących podstawę udzielenia niniejszego zamówienia, jak również do zaniechania wszelkich czynności, które kolidują lub mogą kolidować z utrzymaniem wskazanego stanu. [§ 1 ]*

*Niezależnie od powyżej przewidzianych podstaw odstąpienia od Umowy, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia jej, bez zachowania terminu wypowiedzenia lub z zachowaniem terminu wypowiedzenia przez siebie wyznaczonego, w przypadku gdy w toku realizacji zamówienia ustanie którakolwiek z przesłanek warunkujących dopuszczalność kontynuowania pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą współpracy w formule in-house, w szczególności na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 P.z.p. albo art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019). [§ 12 ust. 10]*

*Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku odstąpienia przez którąkolwiek ze stron od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w 4 ust. 12. [§ 10 ust. 10]*

Podnoszone w odwołaniu istnienie prawnej i faktycznej możliwości rozszerzenia działalności MPGK należy uznać za okoliczności hipotetyczne, których zaistnienia nie sposób antycypować, a zaistnienie zmiany, która przekreślałaby spełnienie wymaganej przesłanki za mało prawdopodobne, skoro Zamawiający sprawują kontrolę nad spółką, którą powołał właśnie w tym celu, aby realizować zadania własne gminy w formule *in-house*.

Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że zgodnie z brzmieniem § 2 ust. 1 uchwały powołującej MPGK: *Podstawowym celem działalności Spółki będzie wykonywanie powierzonych jej przez Miasto Zduńska Wola zadań o charakterze użyteczności publicznej służących bieżącemu i nieprzerwanemu zaspokajaniu zbiorowych potrzeb mieszkańców Miasta Zduńska Wola w drodze świadczenia usług w zakresie: 1) utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych; 2) odbioru odpadów komunalnych, przekazania ich do zagospodarowania oraz prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów*

komunalnych; 3) utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej; 4) innych zadań szczegółowo wskazanych w umowie Spółki. W kontekście tego postanowienia oczywiste jest, że rozszerzenie działalności MPGK w przyszłości ma dotyczyć realizacji na rzecz Zamawiającego zadań własnych gminy również innego rodzaju niż przedmiot aktualnie udzielanego zamówienia, a nie prowadzeniu przez tę spółkę działalności na rynku komercyjnym.

Odwołujący i Przystępujący – którzy z mocy art. 190 ust. 1 pzp obowiązani byli wskazać dowodu dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne – nie podali ciężarowi wykazania, że udzielenie zamówienia MPGK: 1) nie jest efektywne ekonomicznie, 2) zakłóca konkurencję i będzie oznaczać nadużycie pozycji dominującej, 3) nie jest zgodne z przepisami o pomocy publicznej. O ile w tym ostatnim obszarze odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności, o tyle w odniesieniu do pierwszych dwóch kwestii sprowadza się do ogólnego twierdzenia, że koszt realizacji przedmiotu zamówienia przez Odwołującego czy Przystępującego byłby niższy.

Natomiast Zamawiający wykazał, że choć Remondis dla takich samych frakcji odpadów określił w 2020 r. dla Miasta Zduńska Wola znacznie wyższe ceny jednostkowe niż dla Gminy Zduńska Wola {tabelaryczne zestawienie złożone na rozprawie}.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

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

Przepisy dyrektywy 2014/24/UE:

Art. 12.

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

- a) *instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;*
- b) *ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz*
- c) *w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym*

*i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną. Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.*

*(...)*

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

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

*Art. 18 ust. 1.*

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

*Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.*

*Przepisy ustawy pzp:*

*Art. 7. ust. 1.*

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

*Art. 10.*

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

*ust. 2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu*

*konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.*

Art. 67.

ust. 1 pkt 12

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

*a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,*

*b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,*

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

*(...)*

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

*ust. 9. W przypadku gdy, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu z a 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b (...) ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.*

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

*11. Przed udzieleniem zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12–15,*

*1) nazwę i adres zamawiającego;*

*2) określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia;*

*3) szacunkową wartość zamówienia;*

- 4) nazwę i adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia;
- 5) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki;
- 6) planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy;
- 7) informację o terminie i odpowiednio zamieszczeniu lub opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2, jeżeli zostało zamieszczone lub opublikowane albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało zamieszczone lub opublikowane.

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

Z kolei skorelowanie przytoczonych powyżej przepisów zawartych w art. 67 pzp jest takie, że wynikający z ust. 11 pkt 5 obowiązek podania przez zamawiającego podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w ramach zamieszczanej na stronie BIP informacji o zamiarze zawarcia umowy), odnosi się do wykazania spełnienia zaistnienia jednej z sytuacji określonych ust. 1 w pkt od 12 do 15. Ujmując to w szerszej perspektywie – konstrukcja art. 67 pzp jest taka, że ust. 1 w pkt od 1 do 15 zawiera taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, przy czym na każdą z nich składają się określone przesłanki, które łącznie muszą być spełnione. Wykazanie spełnienia się tych przesłanek jest konieczne, a zarazem wystarczające, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. Co do zasady tak rozumiane uzasadnienie wyboru tego trybu zamawiający może zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy (tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*), które ma charakter fakultatywny, co wynika z art. 66 ust. 2 pkt 3 pzp.

Natomiast w przypadku zamówień udzielanych *in-house* i innych zbliżonych sytuacjach, o których mowa w pkt od 12 do 15 ust. 1 art. 67 różnica sprowadza się do tego, że zamieszczenie takiego uzasadnienia, jako jednego z elementów zamieszczanej na stronie BIP danego zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy, ma charakter obligatoryjny, co wynika z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp. W obu przypadkach uzasadnienie wyboru trybu sprowadza się do wykazania spełnienia przesłanek konstytuujących daną sytuację jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych.

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

W motywie 34 preambuły dyrektywy 2014/24/UE ustawodawca unijny wskazał, że istnieją pewne przypadki, w których podmiot prawny działa – na mocy stosownych przepisów prawa krajowego – jako instrument lub służba techniczna określonych instytucji zamawiających mający obowiązek wykonywania poleceń wydawanych mu przez te instytucje zamawiające i niemający żadnego wpływu na wynagrodzenie otrzymywane za wykonanie tych poleceń. Ze względu na brak charakteru umownego taki czysto administracyjny stosunek nie powinien być objęty zakresem procedur udzielania zamówień publicznych.

*Instytucja tzw. zamówień in-house została wykształcona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszącym się do przepisów dyrektywy Parlamentu i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy, usługi, które wskazywało, że przepisy w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do niektórych umów zawieranych pomiędzy podmiotami sektora publicznego. Unijny prawodawca dokonał kodyfikacji zasad, które ukształtowały się w ramach orzecznictwa, nieznacznie je*

uzupełniając w przepisie art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, uznając jednocześnie ww. formy współpracy za zamówienia publiczne – w odróżnieniu od wcześniejszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Przewidywał jednakże możliwość wyłączenia od zastosowania dyrektywy w przypadku zajścia przesłanek określonych w powyższym przepisie, a wskazanych już wcześniej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przepis art. 12 dyrektywy 2014/24/UE został wdrożony do polskiego porządku prawnego w sposób wynikający z art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ustawy Pzp, tj. poprzez umożliwienie udzielania tego rodzaju zamówień w uproszczonym trybie, tzw. zamówienia z wolnej ręki, z terminem obowiązywania od dnia 1 stycznia 2017 r. (...)

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

Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu np. gminy oraz akt o jej utworzeniu (akt założycielski albo statut). W takim przypadku gmina nie nabywa od spółki żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich. Jeżeli zatem jednostka samorządu terytorialnego zleca wykonywanie zadań w celu prowadzenia działalności w sferze

*użyteczności publicznej samorządowej spółce prawa handlowego wówczas nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/05) zgodnie, z którym „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga”.(...)*

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

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

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

W szczególności Izba zauważyła, że regulacje zawarte w art. 67 ust.1 pkt 12 oraz w ust. 9 i 11 są konsekwencją wdrożenia przepisów dyrektywy do polskiego systemu prawnego. W początkowej fazie prac nad projektem nowelizowanej ustawy pzp zaproponowano odwzorowanie postanowień dyrektywy w zakresie instytucji *in-house*, która w art. 12, że takie zamówienia udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy. Przy czym takie wyłączenie jest możliwe tylko w okolicznościach wskazanych w tej dyrektywie. W toku dyskusji nad projektem w drodze kompromisu przyjęto wersję zaproponowaną w rządowym projekcie ustawy (z 24 marca 2016 r. - druk Sejmu VIII kadencji nr 366), w wyniku czego zamówienia *in-house* zostały objęte reżimem zamówień publicznych, z zastrzeżeniem, że będą udzielane w trybie niekonkurencyjnym – w trybie zamówienia z wolnej ręki. Izba potwierdziła, że wyłączenie przewidziane w art. 12 dyrektywy nie uprawnia zamawiającego do wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE, które to reguły uwzględnia art. 12 dyrektywy. W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że przepisy dotyczące instytucji *in-house* wprowadzone do ustawy pzp (w tym art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 8 i 9 oraz ust. 11) zostały dostosowane do dyrektywy i TFUE, a jednocześnie ustawodawca krajowy określił dodatkowe wymagania i tryb, w którym takie zamówienia mogą być udzielane.

Ponadto Izba podzieliła w tamtej sprawie pogląd, że wskazywane w odwołaniu przepisy TFUE (podobnie jak przepisy ustawy pzp) nie nakładają na zamawiającego planującego udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki obowiązku wykazania, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli dzięki wykazaniu przesłanek wymaganych na mocy art. 67 ust.1 pkt 12 pzp. Odnosząc się do podnoszonego również w tamtej sprawie twierdzenia, że decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* powinna zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, Izba podkreśliła, że ustawa pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie jak art. 12 dyrektywy) takiego obowiązku nie przewiduje. Nie można zatem domagać się od zamawiającego przedłożenia takiej analizy w jakiejś szczególnej formie. Izba jednocześnie zauważyła, że podane w informacji (o zamiarze udzielenia zamówienia) dane odnoszą się do ustaleń zamawiającego w zakresie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp i jest to nic innego jak analiza dokonana w celu podjęcia decyzji, czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji *in-house*.

Izba w tamtej sprawie nie zgodziła się również ze stanowiskiem, że zainteresowanie zamówieniem ze strony innych podmiotów (po ogłoszeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) powoduje, że zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie *in-house*,

bo prowadziłoby to do naruszenia konkurencji. Wskazała, że obowiązek publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie ma na celu wyłącznie umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia *in-house* w świetle przesłanek przewidzianych w pzp. Natomiast nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innymi podmiotów zamówieniem *in-house* zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie. Taka intencja wyrażona zostałaby w przesłance stanowiącej o obowiązku odstąpienia od tej procedury lub też jako przesłanka powodująca unieważnienie postępowania. Zdaniem Izby, zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji, ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, gdyż mają oni prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście może ono zostać rozpoznawane przez Izbę.

Takie stanowisko zostało następnie podzielone przez Izbę w uzasadnieniach wyroków wydanych 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 625/17 i 27 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2567/18.

Ponadto w uzasadnieniu wyroku z 7 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 96/17 Izba uznała – odnośnie zarzutu nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym, wyrażającym się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji z uwagi na sprzeczne z zasadami konkurencji zastosowanie instytucji *in-house* – że podzielenie takiej argumentacji w konsekwencji prowadziłyby do wniosku, że skorzystanie przez zamawiającego z instytucji *in-house* z założenia zmierza do takiego nadużycia. Tymczasem zarówno dyrektywa, jak i ustawa pzp, regulując tę instytucję uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego, pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 z zastosowaniem ust. 8 i ust. 9 ustawy pzp spełnione zostały określone tymi przepisami przesłanki.

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższe wypowiedzi są również aktualne w tej sprawie, pomimo powołania się przez Odwołującego na wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Irgita*.

Rozstrzygana przez Trybunał sprawa dotyczyła interpretacji art. 12 dyrektywy 2014/24, przy czym wątpliwości sądu litewskiego powstały na tle prawa krajowego, które dodatkowo ogranicza stosowanie zamówień *in-house* wyłącznie do jednostek samorządu i kontrolowanych przez nie spółek (ograniczenie podmiotowe), po spełnieniu dodatkowej przesłanki przedmiotowej, że ciągłość, dobra jakość i dostępność usług nie mogą być zapewnione w drodze nabycia ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym zamawiający litewski udzielił zamówienia na usługi utrzymania zieleni spółce Irgita, a następnie, po uzyskaniu wymaganego zezwolenia administracyjnego, zawarł umowę na ten sam przedmiot ze spółką Kauno švara jako zamówienie *in-house*, co spowodowało, że Irgita zakwestionowała przed sądem krajowym legalność takiego zamówienia. Na tle takiego stanu faktycznego Trybunał orzekł, że ustawodawca krajowy może wprowadzić szczegółowe warunki zastosowania wyłączenia *in-house* (jak np. prawie litewskim niska jakość usług pozyskiwanych w trybie konkurencyjnym), ale muszą one wynikać z prawa w sposób jasny i muszą być przewidywalne.

Co prawda Trybunał stwierdził również, że spełnienie formalnych przesłanek udzielenia zamówienia *in-house* nie oznacza zgodności jego udzielenia z prawem Unii, jednak nie zmienia to w żaden sposób wypracowanej w jego wcześniejszym orzecznictwie koncepcji zamówień wewnętrznych, ale dotyczyło specyficznej sytuacji, w której według oceny TSUE mogło dojść do naruszenia podstawowych zasad TFUE. W tym kontekście Trybunał doszedł do przekonania, że zawarcie umowy typu *in-house* w trybie niekonkurencyjnym, choć formalnie dozwolone, ale obejmujące za przedmiot ten sam zakres usług co będąca w mocy umowa uprzednio zawarta z prywatnym wykonawcą na podstawie dyrektywy, może naruszać zasadę przejrzystości, jeśli wykonawca prywatny nie ma zagwarantowanego minimalnego świadczenia albo też ta nowa umowa stanowi istotną modyfikację umowy z wykonawcą prywatnym.

Generalnie w powyższym wyroku Trybunał po raz kolejny potwierdził, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (co wynika jednoznacznie z pkt 31 preambuły dyrektywy klasycznej). Z drugiej strony jednocześnie przypomniał, że wprowadzone do dyrektywy 2014/24 warunki wyłączenia transakcji *in-house* nie zwalniają z oceny, czy instytucja zamawiająca podejmuje wszelkie działania w poszanowaniu traktatowych zasad kształtujących jednolity rynek, a także wynikających z nich zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości – do czego tak czy inaczej jest zobowiązana.

Powyższy wyrok TSUE nie oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia *in-house*, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych, w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy klasycznej, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę. Prawo europejskie o tyle zajmuje się bowiem ochroną rynku zamówień publicznych w kontekście transakcji typu *in-house*, o ile zakazuje, aby współpraca na tej zasadzie nie stawiała prywatnego usługodawcy w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.

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

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

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

Kolejny wyrok TS z 13 października 2005 r, w sprawie C-458/03 (Parking Brixen)

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

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

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

Przechodząc do przepisów związanych z działaniem jednostek samorządu terytorialnego, zauważyć należy, że zadania o charakterze użyteczności publicznej stanowią część zadań obciążających każdą z jednostek samorządu terytorialnego. Art. 1 ust 2 ustawy

z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 712 ze zm.), {dalej również: „ustawa o gospodarce komunalnej”} nakazuje rozumieć przez to zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej stanowi zaś zasadniczą część gospodarki komunalnej polegającej na wykonywaniu zadań własnych w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zgodnie z art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Wobec tego należy uznać, że utworzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego spółki prawa handlowego w celu wykonywania zadań własnych jest jedną z podstawowych i dopuszczalnych prawem form wykonywania zadań gminy w sferze użyteczności publicznej. Przepisy ustawy o gospodarce komunalnej pozwalają gminie w sferze użyteczności publicznej tworzyć wyłącznie spółki kapitałowe (art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej), a zatem dysponujące przymiotem osobowości prawnej. O wyborze sposobu prowadzenia i formie gospodarki komunalnej decydują organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej (art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Natomiast powierzenie tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań publicznych następuje na podstawie stosownej uchwały organu gminy oraz aktu założycielskiego spółki. Z kolei w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 713 ze zm.) {dalej również: „ustawa o samorządzie gminnym”} w art. 9 ust. 4 ustawodawca wskazał, że zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Przy czym art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym zawiera niezamknięty katalog zadań własnych gminy.

Pomiędzy gminą a spółką, w której gmina posiada wszystkie udziały, występują zatem dwie płaszczyzny stosunków prawnych. Z jednej strony relacje te mają charakter właścicielski, wynikający z posiadania udziałów lub akcji. Są to zatem typowe stosunki prawne zachodzące pomiędzy spółką a jej wspólnikiem, normowane zasadniczo przepisami ustawy Kodeks spółek handlowych, ale także innych ustaw, w tym ustawy o gospodarce komunalnej. Powyższe stosunki właścicielskie nie wykluczają jednak powstania stosunków obligacyjnych (zobowiązaniowych) pomiędzy gminą a jej spółką.

Należy odróżnić realizowanie zadań z zakresu użyteczności publicznej jako ustalonych w uchwale jednostki samorządu terytorialnego od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z realizowaniem przez

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

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

Natomiast z uwagi na wejście w życie od 1 stycznia 2017 r. art. 6d ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439) w brzmieniu nakazującym wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, w czym mieści się również udzielenie zamówienia *in-house* na podstawie art. 67

ust. 1 pkt 12 pzp powołanej do tego celu spółce.

Jak trafnie zauważyła Izba w uzasadnieniu wyroku z 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 158/17), odnosząc się do argumentacji, że formy (struktury) prawne spółek samorządowych – określone bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa – wyłączają pełną kontrolę wspólników lub rady nadzorczej nad działalnością zarządu spółki, a zarząd, a nie wspólnicy, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki na zasadzie art. 299 ksh, aparat pojęciowy analizowanego art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a pzp nie w pełni odpowiada regulacjom prawa handlowego. W tym świetle należy ocenić charakter relacji pomiędzy gminą jako jednostką samorządu terytorialnego a spółką, która przez gminę została utworzona. Zarówno gmina, jak i spółka są wyposażone w osobowość prawną, a ta druga powołana została stosownie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej w celu wykonywania zadań w zakresie gospodarki komunalnej sprecyzowanych w umowie spółki jako przedmiot przedsiębiorstwa spółki. Zarówno gmina, jak i spółka są wyposażone w osobowość prawną, a ta druga powołana została stosownie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej w celu wykonywania zadań w zakresie gospodarki komunalnej sprecyzowanych w umowie spółki jako przedmiot przedsiębiorstwa spółki. Jako spółka kapitałowa podlega oczywiście regulacjom kodeksu spółek handlowych, jednocześnie jednak niezbędne jest rozpatrywanie jej funkcjonowania w kontekście sposobu jej powstania, jej finansowania, kontroli jej działalności przez jednostkę samorządu terytorialnego, zasad powierzania spółce poszczególnych zadań, a także odpowiedzialności prawnej za skutki jej funkcjonowania; takie okoliczności decydują o specyfice spółki będącej komunalną osobą prawną. W istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wiąże się to z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. Powołane przepisy wskazują, że gospodarka komunalna jest to działalność jednostek samorządu terytorialnego polegająca na wykonywaniu nałożonych na nie ustawowo zadań określonego rodzaju, natomiast spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji. Ponadto

funkcjonowanie spółki komunalnej nie musi oznaczać całkowitego pozbawienia rady gminy i jej organu, jakim jest komisja rewizyjna, prawa kontroli nad danym wycinkiem gospodarki komunalnej, co stanowi odrębną, nieprzewidzianą przepisami ksh metodę kontroli „odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami”. Izba w tej sprawie w pełni podziela powyższe rozważania i uznaje je za aktualne również w stanie faktycznym tej sprawy.

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

spółek jednostka samorządu terytorialnego będzie egzekwowała nad tymi spółkami, które wyposaża w we własne mienie, kontrolę w zasadniczych aspektach ich działalności.

Reasumując, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający, sprawuje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami MPGK. Na marginesie należy zauważyć że najdalej idące stanowisko Odwołującego przeczy zdrowemu rozsądkowi, gdyż jednostki samorządu terytorialnego od lat prowadzą gospodarkę komunalną w formie spółek z o.o., czego by z pewnością zaprzestały, gdyby nie mogły mieć wpływu na cele strategiczne i istotne decyzje tych spółek.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Niesporne było, że Zamawiający ani w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, ani w informacji o zamiarze zawarcia umowy z MPGK na odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Zduńskiej Woli w 2021 r. nie określił kluczowych części tego zamówienia, które nie mogą zostać powierzone podwykonawcy

Poza wszelkim sporem jest jednak okoliczność, że określenie kluczowych części zamówienia w kontekście zakazu ich powierzenia podwykonawcom nie została wyszczególniona jako obligatoryjny element żadnego z ogłoszeń dotyczących trybu z wolnej ręki, o których mowa w art. 66 ust. 2 pzp (ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*), art. 67 ust. 11 pzp (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy) i art. 67 ust. 13 pzp (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia).

Z brzmienia art. 36 ust. 2a pzp [*Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót*] wynika, że hipoteza i dyspozycja normy prawnej wynikającej z tego przepisu jest adresowana do wykonawcy, czyli to wykonawca, któremu udzielono z wolnej ręki na podstawie m.in. art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp zamówienia na świadczenie m.in. usług użyteczności publicznej, nie może powierzyć podwykonawcy wykonania kluczowych części tych usług.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że we wzorze umowy, która ma zostać zawarta z MPGK znajdują się następujące postanowienia:

*Zamawiający, mając na względzie przepis art. 36a ust. 2 P.z.p., zgodnie z którym*

*Wykonawca jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części usług objętych niniejszym zamówieniem, zastrzega, że Wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy lub podwykonawcom przedmiotu zamówienia określonego w § 2, ust. 1 pkt. 1)-3), z wyłączeniem następujących frakcji odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz z PSZOK: zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny; przeterminowane leki, termometry, odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym; odpady niebezpieczne, przeterminowane chemikalia; baterie i akumulatory; zużyte opony; tekstylia i odzież; popioły. [§ 2 ust. 4]*

*Wykonawca ponosi odpowiedzialność za dochowanie przez Podwykonawców warunków umowy oraz odpowiada za ich działania lub zaniechania jak za swoje własne. W przypadku wykonania zamówienia z wykorzystaniem Podwykonawców Wykonawca przedkłada Zamawiającemu pisemną informację o zaangażowaniu Podwykonawcy oraz kopię egzemplarza umowy z Podwykonawcą, w terminie 5 dni od dnia podpisania umowy z Podwykonawcą. Jeżeli z umowy nie będzie wynikał w sposób dostateczny zakres prac Podwykonawcy, Zamawiający o otrzyma w formie pisemnej informację obu stron o zakresie prac Podwykonawcy w terminie 5 dni od dnia przedłożenia Zamawiającemu umowy z Podwykonawcą [§ 13 ust. 4]*

*W przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę umowy, informacji z ust. 4 lub oświadczeń, o których mowa w 4 ust. 9, Zamawiający upoważniony jest do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy do dnia ich dostarczenia Zamawiającemu, na co Wykonawca niniejszym wyraża zgodę. [§ 13 ust. 6]*

*W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.*

Zdaniem Izby zarzuty odwołania sformułowane na wstępie bezpodstawnie sugerują, że, gdy w art. 67 w ust. 11 pkt 2 i w ust. 13 pkt 1 lit. b ustawy pzp mowa jest o określeniu przedmiotu i wielkości lub wartości zamówienia, oznacza to również odesłanie do kwestii uregulowanej w art. 36 ust. 2a pzp, który ustanawia zakaz podwykonawstwa w odniesieniu do kluczowych części zamówienia. Przede wszystkim żaden ze wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp nie uprawnia do wyprowadzenia konkluzji, jakoby niewskazanie w ogłoszeniach dotyczących zamówienia z wolnej ręki na usługi użyteczności publicznej co jest uznawane za ich kluczowe części, stanowiło negatywną przesłankę udzielenia zamówienia *in-house*. Tym bardziej nie znajduje uzasadnienia jeszcze dalej idący wniosek, śmiało wyprowadzony w uzasadnieniu odwołania, jakoby z mocy art. 58 § 1 kc (zastosowanego przez odesłanie z art. 14 ust. 1 pzp) w takiej sytuacji udzielenie zamówienia

na podstawie art. 67 ust. 12 pzp, niezależnie od spełnienia określonych tam przesłanek, było nieważne jako zmierzające do obejścia zakazu wynikającego z art. 36 ust. 2a pz. W konsekwencji miałyby to powodować zaistnienie przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Abstrahując od powyżej poczynionych ustaleń, Izba podziela również uprzednio wyrażone w uzasadnieniu uchwały z 18 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO/KU 47/17, że do takich wniosków nie uprawnia analiza przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, gdzie ustawodawca określił wprost, kiedy zamówienie typu *in-house* może być udzielone i żadna z tych przesłanek nie odnosi się do oceny stopnia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a istotnym jest jedynie wykazanie, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia dotyczyć ma działalności powierzonej do wykonywania przez zamawiającego kontrolującego tego wykonawcę (osobę prawną). Nie można zatem skutecznie pozbawiać przymiotu zamówienia *in-house* z tej przyczyny, że wykonawca (osoba prawna) zamierza zlecić wykonanie części prac z udziałem podwykonawców.