

**WYROK**

**z dnia 24 czerwca 2020r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Członkowie: Ernest Klauziński**

**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawcę **T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kępicę w Kępicach**

orzeka:

1. Unieważnienie prowadzonego postępowania z uwagi na naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) to jest uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez Spółdzielnię Socjalną „Zielony Punkt”, na rzecz Zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę, w sposób wynikający z art. 69 ust. 9 w związku z art. 67 ust. 8 ustawy;

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego rzecz Odwołującego kwotę 11 100 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Słupsku**.

**Przewodniczący :** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Kępice, powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) Pzp wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na kompleksową realizację Systemu Monitorowania Odpadów Komunalnych (SMOK) na terenie Gminy Kępice.

W dniu 28 kwietnia 2020 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 550072577-N-2020 oraz na własnej stronie internetowej Informację o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując, że wykonawcą, któremu zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki jest Spółdzielnia Socjalna „Zielony Punkt”.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 850 000 zł tj. poniżej progu 199 095,87 Euro.

W dniu 4 maja 2020 r. Odwołujący – T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- błędnym wyborze trybu udzielenia zamówienia;
- błędnym przyjęciu, że istnieje podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki Spółdzielni Socjalnej „Zielony Punkt” (dalej jako „Spółdzielnia”), w sytuacji, w której Zamawiający nie sprawuje kontroli nad Spółdzielnią w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. a) Pzp,
- błędnym uznaniu, że ponad 90% działalności kontrolowanej Spółdzielni dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę,
- niewykazaniu, że w Spółdzielni nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, albowiem mieć też należy na uwadze, że zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych (dalej jako „uSS”), minimum 2 osoby prawne muszą być członkami takiej spółdzielni, a Zamawiający nie wykazał, kto jest drugim członkiem Spółdzielni,
- wyborze wykonawcy i przeprowadzenia z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny;  
co spowodowało naruszenie przez Zamawiającego zarzucając naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, oraz
- zawarciu niewyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy polegającego na niepełnym opisanu sytuacji uzasadniającej art. 67 ust. 1 pkt 12) Pzp w szczególności brak wskazania wszystkich członków Spółdzielni i możliwości weryfikacji

spełnienia przesłanek z ww. przepisu, jak i nie wykazanie wiarygodnych prognoz handlowych w powiązaniu z osiąganymi przychodami, co spowodowało naruszenie art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 Pzp.

Powyższe naruszenie przepisów doprowadziło Zamawiającego do błędnego przekonania, że istnieje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki pomimo istnienia konkurencji na rynku, polegającego w szczególności na niezasadnym preferowaniu jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu, albowiem wcześniej Zamawiający prowadził w tym zakresie postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które unieważnił.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek,
2. w oparciu § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (dalej jako „Rozporządzenie”) o zobowiązanie przez KIO Zamawiającego do przedłożenia statutu Spółdzielni, gdyż jest jej jednym z założycieli, a Odwołujący z uwagi na panujący czas epidemii COVID-19 nie jest władny do pozyskania statutu Spółdzielni z rejestru przedsiębiorców KRS.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiot objęty postępowaniem był wcześniej objęty postępowaniami w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie ZP.271.06.2020, w którym Odwołujący złożył ofertę, a który Zamawiający unieważnił. W związku z powyższym przedmiot postępowania może być realizowany przez inne niż Spółdzielnia podmioty i nie ma w tym zakresie podstaw do stosowania niekonkurencyjnego trybu.

Zdaniem Odwołującego nie ma też podstaw do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12) Pzp, bowiem nie zostały spełnione przesłanki do jego zastosowania, a w pkt III.3 Ogłoszenia Zamawiający błędnie podał, że spełnione zostały podstawy ku temu. Zamawiający wskazał tam, że „Spółdzielnia Socjalna „Zielony punkt” jest osobą prawną, nad którą Gmina Kępice sprawuje kontrolę i posiada dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółdzielni. Kierownik Zamawiającego pełni funkcję zgromadzenia członków założycieli spółdzielni. Zgodnie z przeprowadzoną analizą, na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych 91,6% działalności Spółdzielni Socjalnej „Zielony punkt” dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Gminę Kępice, polegających na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Kępice; budowie maszyn i urządzeń przeznaczonych do odbioru odpadów

oraz zarządzanie urządzeniami informatycznymi; dbałość o właściwą segregację odpadów komunalnych i ochronę środowiska naturalnego. W spółdzielni nie ma udziału kapitału prywatnego

Odwołujący zauważył, że Spółdzielnia nie prowadzi działalności w zakresie objętym Postępowaniem, gdyż w jej kodach PKD (rejestr przedsiębiorców) nie ma tych dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamówienie ma charakter budowlany (opis budowy pod instalację systemu śmietników), techniczny (Opis techniczny automatycznego systemu segregacji odpadów komunalnych) i przede wszystkim informatyczny (opis techniczny systemu informatycznego). Powyższe skutkuje wobec tego tym, że Zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia podmiotowi nie posiadającemu ku temu kwalifikacji. Podkreślił, że należy mieć na uwadze wymóg z art. 36a ust. 2a Pzp, zgodnie z którym „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”. Reasumując, Spółdzielnia nie jest zdolna do spełnienia ww. wymogu, a przy udziale podwykonawców nie może go wykonać.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie podał, ani w Ogłoszeniu, ani też w informacji o zamiarze zawarcia umowy danych o ilości członków Spółdzielni. Z treści oświadczenia z Ogłoszenia wynika jedynie, że „kierownik Zamawiającego pełni funkcję zgromadzenia członków założycieli spółdzielni. Błędnie zatem wysnuć można, że jest 1 jej członek, a to byłoby sprzeczne z treścią art. 5 ust. 1 uSS, zgodnie z którym liczba założycieli spółdzielni socjalnej nie może być mniejsza niż trzy, jeżeli założycielami są osoby fizyczne, i dwa, jeżeli założycielami są osoby prawne.” Zgodnie natomiast z art. 5 ust. 2 uSS Spółdzielnia socjalna liczy nie mniej niż pięciu członków w przypadku osób fizycznych lub dwóch członków w przypadku osób prawnych i nie więcej niż pięćdziesięciu członków. Powyższe już skutkuje naruszeniem art. 67 ust. 11 pkt 5) Pzp, a także art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. a) Pzp.

Odwołujący powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 27 października 2017 r. (V SAWA 2955/16) oraz orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z 20 czerwca 2016 r. (BDF1.4800.24.2016) zgodnie z którymi „Nie znajduje również uzasadnienia w tym przypadku powołanie się Obwinionego na możliwość realizacji zamówienia bez zastosowania procedur zamówień publicznych jako in-house do sytuacji dotyczącej spółdzielni socjalnej, w której ta jednostka posiada pełną kontrolą nad tą spółdzielnią. W odniesieniu do spółdzielni socjalnej warunek posiadania pełnej kontroli przez instytucje zamawiające będzie zachodził w przypadku, kiedy podmiotami tworzącymi taką spółdzielnię i posiadającymi 100 % udziałów będą wyłącznie jednostki samorządu terytorialnego (art. 5 ust 1 ustawy o spółdzielniach socjalnych). Jednakże Spółdzielnia Socjalna "P." została powołana przez Gminę R., tj. jednostkę samorządu terytorialnego oraz Ochotniczą Straż Pożarną w K. (uchwała nr (...) Rady Gminy R. z dnia (...)10.2011 r.) czyli

podmiot nie będący jednostką samorządu terytorialnego." Tym samym, Zamawiający nie może w stosunku do Spółdzielni zrealizować wymogu z art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. a) Pzp.

Odwołujący w powyższym zakresie wskazał także, że w jego ocenie kompetencje wymienione przez i dla Zamawiającego trudno określić mianem dominującego wpływu na cele strategiczne oraz posiadanie dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółdzielni. Wskazał, że nawet posiadanie 100% udziałów w spółce, czy też bycie jedynym właścicielem/założycielem podmiotu nie jest wystarczające, gdyż dominujący wpływ na cele strategiczne oznacza możliwość określania przez instytucje zamawiające celów podmiotu podległego oraz prawo zatwierdzania bądź uchylania planów przedstawianych przez podległy podmiot. Sama kontrola nie może być poczytywana jako wpływ na cele strategiczne podmiotu. Dopiero jasno określony nadzór może stanowić przejaw dominującego wpływu na strategiczne decyzje (wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie o sygn. C-573/07 Sea Srl). Dalej, omawiając pojęcie "analogicznej kontroli", to taka kontrola istnieje, gdy osoba prawna podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na skuteczne wywieranie wpływu na jej decyzje. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zamawiającego zarówno na strategiczne cele, jak i na jej istotne decyzje zarządcze (wyroki TSUE z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckai; z 13 października 2003 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen GmbH; z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant; z 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea Srl, z 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11). Dla oceny elementu kontroli istotny jest nie tylko aspekt prawny, lecz także aspekt faktyczny, tj. realny wpływ jednostki samorządu terytorialnego na dany podmiot i decyzje przez niego podejmowane. W szczególności istotne jest wykazanie, czy Zamawiający powierzając określone zadanie wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, skład personalny, jak i inne kwestie wynikające ze sprawowania zarządu w danym podmiocie; ocena statusu tego podmiotu powinna brać pod uwagę całokształt uregulowań prawnych (tak wewnętrznych, jak i ogólnie obowiązujących przepisów) oraz okoliczności faktycznych, dotyczących ewentualnej autonomii i jej zakresu danego podmiotu.

Odwołujący podniósł, że obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12) Pzp spoczywa na Zamawiającym, a w ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał istnienia dominującego wpływu na cele strategiczne oraz dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółdzielni. Co więcej, skoro do funkcjonowania spółdzielni socjalnej wymaga się minimum 2 osób prawnych, to nie sposób uznać aktualnie, że nie ma tam kapitału prywatnego, a zatem w ocenie Odwołującego nie wykazał Zamawiający spełnienia art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. c) Pzp. Nie ma w tym momencie możliwości wykluczenia, że co najmniej drugim podmiotem założyciel i członkiem Spółdzielni jest podmiot z kapitałem prywatnym. Samo stwierdzenie w treści Ogłoszenia jest nieweryfikowalne, skoro nie udostępniono pełnych danych o członkach Spółdzielni.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający wadliwie określił spełnienie warunku z art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. b) Pzp. Zamawiający dokonał tej oceny, jak sam wskazał, w oparciu o prognozy handlowe. Jednakże Spółdzielnia została wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS 15 stycznia 2018 r., a zatem za rok 2018 i za rok 2019 przy określeniu spełnienia wymogu z art. 67 ust. 1 pkt 12) lit b) Pzp powinno się brać nie same wiarygodne prognozy handlowe, ale i zgodnie z art. 67 ust. 8 Pzp średnie przychody za zakończone lata obrotowe. Zamawiający powinien wskazać, jak te przychody w poprzednich latach się kształtowały i jaka jest prognoza na rok 2020 r. i dopiero wtedy określić spełnienie wskaźnika z art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. b) Pzp. Inaczej bowiem Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu i może i innym potencjalnym wykonawcą, możliwość zweryfikowania takich informacji. Wobec tego, w ocenie Odwołującego wadliwie dokonano ustalenia wskaźnika z art. 67 ust. 1 pkt 12) lit b) Pzp. Odwołujący wskazuje też, że braki w tym zakresie skutkują same przez się już unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, na co wskazała KIO w wyroku z 3 marca 2017 r., KIO 328/17 „Tymczasem, w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, brak jakichkolwiek informacji o ustaleniu procentu działalności spółki kontrolowanej, co więcej również w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający nie wykazał, że spełnienie wymagania co do procentowego udziału działalności zostało ustalone, zgodnie z wymaganiami art. 67 ust 9 ustawy Pzp tj. w oparciu o wiarygodne prognozy handlowe. Zamawiający, na którym spoczywa ciężar wykazania przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, winien w treści Informacji o zamiarze zawarcia umowy wskazać na spełnienie przesłanki z lit b i sposób ustalenia procentowego udziału zadań własnych w działalności kontrolowanej osoby prawnej, zaś w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający winien wykazać spełnienie tej przesłanki, przedstawiając wiarygodne prognozy handlowe, w oparciu o które dokonał ustaleń. Inicjatywy w tym zakresie Zamawiający jednak nie podjął. W konsekwencji, brak wymaganego przepisami ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie in house, w szczególności braku spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Prowadzone postępowanie z uwagi na wskazane wyżej uchybienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji bowiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, ewentualna przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz 146 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp)".

Odwołujący przytoczył również wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/19, gdzie wskazano, że spełnienie wszystkich przesłanek umożliwiających stosowanie procedury in-house wcale 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. Podejmując decyzję o zastosowaniu in-house trzeba bowiem uwzględnić inne przepisy prawne. TSUE podkreślił, że z procedury in-house należy „korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad Traktatu o funkcjonowaniu UE, a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zgodnie z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości”. 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 oraz mając na uwadze cenę podaną w pkt II.6 Ogłoszenia oraz ilość ofert i ich ceny w poprzednim postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie ceny były niższe, niż ta podana w Ogłoszeniu, to niewątpliwie wytyczne z ww. orzeczenie TSUE nie zostały spełnione. Nie jest to bowiem efektywne ekonomicznie (naruszenie dyscypliny finansów publicznych), jak też zakłóca konkurencję (ilość zainteresowanych w poprzednim postępowaniu).

Odwołujący podkreślił ponadto, że do realizacji przedmiotowego zamówienia konieczne jest posiadanie uprawnień prawnoautorskich, których Spółdzielnia nie posiada. Realizacji zamówienia przez Spółdzielnię może naruszać majątkowe prawa autorskie T-Master Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, współpracującym z Odwołującym, co będzie powodowało podjęcie odpowiednich środków prawnych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 maja 2020r. wniósł o jego oddalenie w całości oraz o dopuszczenie dowodu z :

- dokumentów załączonych do pisma na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
- zeznań w charakterze świadków D. J. na okoliczność spełnienia przez Spółdzielnię wymogów niezbędnych do udzielenia jej zamówienia w trybie in-house, badania tych okoliczności przez Zamawiającego w tym co do zatrudnienia przez Spółdzielnię pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia, przebiegu negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, warunków udzielenia zamówienia i braku interesu prawnego po stronie odwołującego do wniesienia odwołania,



- zeznań w charakterze strony odwołującej R. S. na okoliczność, iż odwołujący nie ma interesu prawnego w składaniu odwołania gdyż nie przewiduje on przeniesienia pełni praw autorskich na Zamawiającego do programów informatycznych.

Odnosząc się zaś do zarzutów Odwołującego stwierdził, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania słusznie powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 października 2017r. oraz orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 czerwca 2016r., w których to potwierdzono prawo do udzielenia zamówienia z wolnej ręki spółdzielni socjalnej o ile podmiotami tworzącymi taką spółdzielnię są wyłącznie jednostki samorządu terytorialnego i posiadają one 100% udziałów. W przedmiotowej sprawie udziałowcami Spółdzielni Socjalnej „Zielony Punkt” pierwotnie w dniu jej założenia była Gmina Kępice i Stowarzyszenie na rzecz Miasta i Gminy Kępice, które to pismem z dnia 30 marca 2018r. wypowiedziało członkostwo w Spółdzielni. W związku z wystąpieniem z Spółdzielni, o którym mowa powyżej z dniem 28 czerwca 2018r. udziały w niej objęła Gmina Sławno, a tym samym na dzień zaproszenia do negocjacji był spełniony warunek posiadania przez jednostki samorządu terytorialnego 100% udziałów w Spółdzielni Socjalnej „Zielony Punkt” i brak kapitału prywatnego w spółdzielni. Zamawiający wskazał ponadto, że Prezes zarządu Spółdzielni Socjalnej „Zielony Punkt” p. D. J. jest jednocześnie etatowym pracownikiem Urzędu Miejskiego w Kępicach podległym Burmistrzowi Kępic, a więc również w ten sposób Zamawiający ma możliwość wpływać na działania Spółdzielni.

Według Zamawiającego również zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ppkt b) Pzp jest również chybiony gdyż w przedmiotowej sprawie średni roczny przychód ustala się wyłącznie w oparciu o prognozy handlowe z uwagi na fakt, iż Spółdzielnia działa na rynku krócej niż trzy lata, tj. zgodnie z art. 67 ust. 9 Pzp, a tym samym nie ma tu zastosowania art. 67 ust. 8 ustawy. Z przedłożonych prognoz wynika jednoznacznie, że w latach 2018-2021 przychody Spółdzielni Socjalnej „Zielony Punkt” w ponad 90% będą uzyskiwane od Zamawiającego, a założenia te potwierdzają analizy przychodów Spółdzielni za rok 2019 i pierwszy kwartał 2020r., których dokonał w trakcie negocjacji Zamawiający mimo braku takiego obowiązku, a wynika z nich, że w 2019r. blisko 92% przychodów pochodziło z usług świadczonych na rzecz Gminy Kępice, a w I kwartale 2020r. ponad 95%.

Odnosząc się do zarzutu, że zamierza powierzyć realizację zamówienia podmiotowi nie posiadającemu ku temu kwalifikacji, co narusza zasady konkurencji, zwłaszcza że na rynku istnieją podmioty mogące zrealizować zamówienie Zamawiający wskazał, że dla ważności udzielania zamówienia in-house nie jest wymagane doświadczenie, skoro można go udzielić nawet nowo powołanemu podmiotowi, który z natury rzeczy nie ma doświadczenia nie tylko w prowadzeniu działalności gospodarczej jak i realizacji zleconych zadań, i nie ma tu znaczenia czy w przedmiocie działalności podmiot ma wpisany zakres objęty zleceniem czy też nie,

zwłaszcza że wpisanie odpowiedniego PKD ma jedynie znaczenie dla celów statystycznych, i utartą linią orzecniczą nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

W przedmiotowej sprawie przed przystąpieniem do negocjacji Spółdzielnia zmieniła § 10 Statutu rozszerzając swój przedmiot działalności o PKD dotyczące usług informatycznych gdyż w zakresie budownictwa takie zapisy już były ujęte. Wyjaśnił, że miał świadomość, iż na dzień zaproszenia do negocjacji Spółdzielnia nie dysponuje odpowiednimi zasobami ludzkimi niezbędnymi do realizacji zamówienia w części dotyczącej systemu informatycznego i dlatego też przy pomocy partnera w realizacji programu tj. Politechniki Gdańskiej w Gdańsku skompletował załogę, którą zatrudni Spółdzielnia do realizacji zadania, a tym samym na dzień podpisania umowy wykonawca będzie dysponował odpowiednimi zasobami ludzkimi i materiałowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Powyższe okoliczności pozwalają również stwierdzić, że zarzuty dotyczące naruszenia zasad konkurencyjności są również bezzasadne.

Zamawiający końcowo stwierdził, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, bowiem wbrew swoim twierdzeniom nie jest zainteresowany realizacją zamówienia i nie może go zrealizować, gdyż jednym z warunków realizacji jest przeniesienia na Zamawiającego pełni majątkowych prawa autorskich do opracowanego systemu informatycznego, a przedstawiciele Odwołującego w rozmowach wielokrotnie podkreślali, że mogą Zamawiającemu przekazać wyłącznie licencję na korzystanie z systemu informatycznego gdyż przeniesienie pełni majątkowych praw autorskich spowodowałoby brak możliwości dalszego zarabiania przez Spółkę na opracowanym systemie informatycznym. W konsekwencji Zamawiający uznał, że brak możliwości spełnienia przez Odwołującego jednego z podstawowych warunków udzielenia zamówienia wyklucza go z możliwości ubiegania się o zlecenie jego realizacji, a tym samym wyklucza interes prawny do złożenia niniejszego odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody,

polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego co do braku interesu po stronie Odwołującego do wniesienia odwołania, wskazać należy, że Odwołujący wykazał, że jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Sąd Okręgowy w Gdańsku, w wyroku z dnia 25 maja 2012 r., o sygn. akt XII Ga 92/12, odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu, stwierdzając, że: „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 zaskarżenia 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”.

Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Zamawiający nie zdołał wykazać spełnienia wszystkich przesłanek, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, uprawniających go do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Podkreślenia wymaga, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełnienia m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim

kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę (podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza o wyroku z dnia 7 lutego 2017 Sygn. akt KIO 96/17).

Skład orzekający uznał, że Zamawiający w Informacji o zamiarze zawarcia umowy wykazał zaistnienie przesłanek z litery a) oraz c) art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp natomiast - pomimo ciążącego na nim obowiązku - nie zdołał wykazać zaistnienia przesłanki określonej w literze b) ww. przepisu dotyczącej procentowego udziału działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych spółce przez Zamawiającego, sprawującego nad nią kontrolę.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 67 ust. 8 Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Stosownie zaś do ust. 9 ww. przepisu w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Izba ustaliła, że Spółdzielnia Socjalna „Zielony Zakątek” została utworzona przez Gminę Kępice na mocy uchwały z dnia 9 listopada 2017 r. nr XXXII/291/2017.

Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki wykazując spełnienie przesłanki z litery b) art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, wskazał, że: „zgodnie z przeprowadzoną analizą, na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych 91,6% działalności Spółdzielni Socjalnej „Zielony Punkt” dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Gminę Kępice, polegających na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Kępice: budowie maszyn i urządzeń przeznaczonych do odbioru odpadów oraz zarządzania urządzeniami informatycznymi; dbałość o właściwą segregację odpadów komunalnych i ochronę środowiska naturalnego”. Ponadto Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie przedłożył jako dowód dokument „Prognoza handlowa dla Spółdzielni Socjalnej „Zielony punkt” na lata 2018-2021” oraz rachunek zysków i strat za 2019 r. i pierwszy kwartał 2020 roku.

Uwzględniając powyższe ustalenia skład orzekający uznał, że Zamawiający miał możliwość przedłożenia dokumentów uwiarygadniających dokonane przez siebie prognozy, bowiem Spółdzielnia swoją działalność rozpoczęła w 2017r. i na mocy § 46 ust. 2 Statutu z końcem roku Zarząd sporządza sprawozdanie finansowe i rachunek wyników oraz sprawozdanie roczne i przedkłada je Walnemu Zgromadzeniu, najpóźniej w ciągu 3 miesięcy po zakończeniu roku. Tym samym skoro Zamawiający miał możliwość złożenia dokumentów, wykazujących rozmiar działalności realizowanej przez Spółdzielnię na rzecz Zamawiającego, ich nie złożył, nie wykazując przy tym, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata

poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne, to Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że w 2018r. Spółdzielnia przeważającą część swojej działalności realizowała na rzecz Zamawiającego, a tym samym nie wykazał, że spełniła się przesłanka z litery b) przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki zawartej w literze a) art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, tj. nie wykazał, że sprawuje on kontrolę nad Spółdzielnią.

Wskazać należy, że zgodnie z orzecznictwem TSUE współkontrolowanie spółdzielni socjalnej przez jednostki samorządu terytorialnego należy uznać za sprawowanie kontroli nad tą Spółdzielnią. Powyższe potwierdza m.in. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2006r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Trybunał przyjął, że w przypadku gdy kilka jednostek samorządu terytorialnego kontroluje jedno przedsiębiorstwo, przesłanka dotycząca przeważającej części jego działalności może zostać spełniona jeżeli przedsiębiorstwo to wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie zarówno na rzecz jednej jak i kilku z tych jednostek, jak i na rzecz wszystkich ich łącznie. W konsekwencji, w przypadku przedsiębiorstwa kontrolowanego przez kilka jednostek samorządu terytorialnego działalnością, którą należy wziąć pod uwagę, jest działalność wykonywana na rzecz wszystkich tych jednostek łącznie. Ponadto wskazać należy, że z dokumentacji postępowania wynika, że Prezes Zarządu Spółdzielni Socjalnej jest pracownikiem Urzędu Gminy Kępice. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający sprawuje kontrolę nad Spółdzielnią jako Zamawiający jednostki samorządu terytorialnego, a tym samym przesłanka z litery a) jest przez Zamawiającego spełniona.

Izba nie podzieliła również zarzutu Odwołującego dotyczącego powierzenia realizacji zamówienia podmiotowi nie posiadającemu ku temu kwalifikacji. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał, że Spółdzielnia powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Ponadto jak wynika z akt postępowania przetargowego, w tym oświadczenia Prezes Zarządu Spółdzielni, Spółdzielnia podjęła działania mające na celu zapewnienie personelu, który umożliwi Spółdzielni realizację zamówienia w sposób i w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Ponadto – wbrew stanowisku Odwołującego - z § 10 Statutu wynika, że przedmiot działalności Spółdzielni obejmuje również PKD dotyczące usług informatycznych. Tym samym uznać należy, że Spółdzielnia jest podmiotem zdolnym do realizacji zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący: .....

.....

.....