

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Matecka**
Jolanta Markowska
Monika Szymanowska

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2023 r. przez odwołującego: wykonawcę Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miasto Lębork

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pucka Gospodarka Komunalna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pucku oraz R.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe R.L. z siedzibą w Starzynie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 5 oraz 8.
2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Lębork prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Miasto Lębork i ich transport do Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” Sp. z o.o. w Czarnówku w okresie od 1 kwietnia 2023 r. do 31 grudnia 2024 r.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 stycznia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 010-023345.

I. W dniu 17 marca 2023 r. wykonawca Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- wyboru w części III zamówienia (zadanie 3) oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pucka Gospodarka Komunalna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pucku oraz R.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe R.L. z siedzibą w Starzynie (dalej także jako: „Konsorcjum”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- zaniechania żądania od Konsorcjum złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 57 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1-5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c), pkt 3), 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, poprzez wybór oferty Konsorcjum w części III zamówienia (zadanie 3), podczas gdy przedstawione przez Konsorcjum referencje nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - co w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do złożenia prawidłowych referencji (względnie udzielenia wyjaśnień), a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;

2. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 57 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3) w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 128 ust. 1-5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c), pkt 3), 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum w części III zamówienia (zadanie 3), podczas gdy złożona przez Lidera Konsorcjum polisa OC nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej — co w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do złożenia prawidłowej polisy OC (względnie udzielenia wyjaśnień), a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;
3. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 97 w zw. z art. 128 ust. 1, 4, 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3), 5), 14) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum w części III zamówienia (zadanie 3), podczas gdy Konsorcjum nie wykazało umocowania Pani Izabeli Leciak do wydania ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium - co w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień lub dokumentów, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;
4. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 57 w zw. z art. 308 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 128 ust. 14 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c), pkt 3), 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum w części III zamówienia (zadanie 3), podczas gdy oświadczenie Lidera Konsorcjum stanowiące załącznik nr 9 do SWZ (oświadczenie ws. grupy kapitałowej) nie zostało w sposób prawidłowy podpisane - co w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień lub złożenia właściwego dokumentu, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;
5. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 57 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 128 ust. 1 - 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. e), pkt 3), 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum w części III Zamówienia (zadanie 3), podczas gdy złożona przez Konsorcjum informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca Lidera Konsorcjum - Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. nie zawiera wizualizacji dokumentu umożliwiającej ocenę, czy Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. jest nie karaną - co w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień lub złożenia właściwego dokumentu, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;
6. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 125 w zw. z art. 128 ust. 1, 3, 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c), pkt 3), 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum w części III zamówienia (zadanie 3), podczas gdy

złożone przez członków Konsorcjum dokumenty JEDZ zawierają błędy - co w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień lub złożenia właściwego dokumentu, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;

7. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3), 4), 7) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 3 w zw. z art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, ze zm., dalej: „ZNK”) w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, ze zm., dalej: „KC”) poprzez wybór oferty Konsorcjum, podczas, gdy Lider Konsorcjum jest spółką komunalną, która nie może działać poza terytorium administracyjnym gminy (będącej jej właścicielem), uczestnictwo spółki komunalnej w zamówieniu stawia zarówno Konsorcjum w uprzywilejowanej pozycji wobec pozostałych wykonawców (ze względu na faktyczne wykorzystywanie na potrzeby zamówienia środków publicznych, które otrzymuje spółka komunalna od macierzystej gminy oraz możliwość uzyskiwania tzw. „subsydiowania krzyżowego”), jak i Partnera Konsorcjum (ze względu na wybór przez spółkę komunalną Partnera Konsorcjum jako podmiotu współpracującego - tj. odnoszącego korzyść ze środków publicznych, którymi obraca spółka komunalna), przez co naruszone zostają zasady uczciwej konkurencji i ma miejsce rażące nadużycie prawa - co w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum;
8. art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 57 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 15 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c), pkt 3), 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum w części III zamówienia (zadanie 3), podczas gdy wskazywane przez Konsorcjum pojazdy są równolegle wykorzystywane do odbierania odpadów komunalnych z terenu innej gminy - co w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;
9. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia przez Izbę ww. zarzutów, odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 3) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy ma miejsce rażące przekroczenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz brak możliwości jej pokrycia z budżetu zamawiającego (ze względu na przekroczenie limitu ustanowionego w uchwale budżetowej).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 7 marca 2023 r. polegającej na wyborze w części III zamówienia (zadanie 3) oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- odrzucenia oferty Konsorcjum w części III zamówienia (zadanie 3).

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący podniósł m.in.:

Zarzut 1. Odwołujący podniósł, że złożone przez Konsorcjum podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Referencje Partnera Konsorcjum dotyczą nie tylko odbioru i transportu odpadów, lecz również zagospodarowania odpadów, a ponadto obejmują wyłącznie 40 dni z ww. okresu 3 lat (który zamawiający bierze pod uwagę). Z referencji tej nie wynika, ile odpadów zostało odebranych i przetransportowanych w okresie rzeczonych 40 dni. Z kolei Lider Konsorcjum przedstawił referencje wyłącznie z okresu 2 lat oraz które łącznie odnoszą się jedynie do 8672,09 Mg odpadów. Ponadto referencje Lidera Konsorcjum nie obejmują okresów rocznych w rozumieniu zamawiającego - tj. liczonych wstecz począwszy od terminu składania ofert (pierwszy rok od: 20.02.2020 r. do 19.02.2021 r., drugi rok od 20.02.2021 r. do 19.02.2022 r., trzeci rok od 20.02.2022 r. do 19.02.2023 r.). Z referencji nie wynika, ile odpadów zostało odebranych i przetransportowanych w tak rozumianych okresach czasowych.

Zarzut 2. Odwołujący wskazał, że Lider Konsorcjum złożył polisę OC (numer COR2S6199, wydaną przez Wiener Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna insurance Group), której okres ubezpieczenia skończył się z dniem 31.01.2023 r. (str. 3 polisy). Zdaniem odwołującego oznacza to niespełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, co potwierdza m. in. wyrok KIO z 21.12.2009 r. (KIO/U2P 1631/09, KIO/UZP 1643/09).

Zarzut 3. Odwołujący stwierdził, że ze złożonej przez Konsorcjum wraz z ofertą polisy ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium (nr 02GJ51/23/00012, wydanej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń. S.A., Vienna Insurance Group, Oddział w Toruniu), jak również z pozostałych dokumentów dotyczących tej polisy, nie wynika uprawnienie Pani Izabeli Leciak do podpisania tych dokumentów (w szczególności polisy).

Zarzut 4. Odwołujący stwierdził, że złożone przez Lidera Konsorcjum oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej nie zawiera podpisu Lidera.

Zarzut 6. Odwołujący wskazał na następujące nieprawidłowości w dokumentach JEDZ złożonych przez Konsorcjum: W dokumencie JEDZ Partnera Konsorcjum na str. 17 brak jest wskazania miejscowości. W dokumencie JEDZ Lidera oraz Partnera Konsorcjum na str. 4 w lit. a) wskazano (w zakresie roli, jaką będzie pełnić wykonawcą): „odpowiedzialny za określone zadania”. Zdaniem odwołującego, ze złożonych JEDZ nie wynika, który wykonawca będzie pełnić rolę lidera konsorcjum, a który partnera konsorcjum.

Zarzut 7. Odwołujący wskazał, że Lider Konsorcjum jest spółką komunalną, której 100% udziałów posiada Gmina Miasta Puck. Zgodnie z przepisami ustawy o gospodarce komunalnej spółka komunalna może zostać utworzona do realizacji gospodarki komunalnej wyłącznie na terytorium oraz na rzecz macierzystej gminy (czyli tej, która utworzyła spółkę komunalną, posiada jej udziały oraz sprawuje nadzór). Zdaniem odwołującego oznacza to, że Lider Konsorcjum nie jest uprawniony do zawierania umów oraz realizacji zamówienia publicznego. Co więcej, tego rodzaju sytuacja powoduje ryzyko powstania tzw. „subsydiowania krzyżowego”, w ramach którego działalność spółki komunalnej (realizacja przedmiotu zamówienia) będzie faktycznie finansowana z innej działalności (np. realizowanej w Gminie Miasta Puck z funduszy pozyskiwanych od mieszkańców Gminy Miasta Puck). Taka sytuacja skutkuje rażącym uprzywilejowaniem spółki komunalnej (Lidera konsorcjum) wobec pozostałych przedsiębiorców działających na rynku - a więc naruszenie także zasad uczciwej konkurencji. Pozostałym przedsiębiorcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia grozi realne ryzyko wykluczenia z rynku na okres realizacji zamówienia.

Zarzut 9. Odwołujący stwierdził, że jak wynika z dokumentu sprostowania informacji z otwarcia ofert nawet w przypadku wyboru przez zamawiającego ofert zawierających najniższe ceny, planowany budżet na realizację poszczególnych części zamówienia: w ramach sektora I - zostanie przekroczony o ponad 47,75%, w ramach sektora II - zostanie przekroczony o ponad 51,93%, w ramach sektora III - zostanie przekroczony o ponad 56,89%. Zamawiający zobowiązany byłby do poniesienia kosztu nie w zakładanej łącznej wysokości 7.062.322,17 zł brutto - lecz aż 10.755.872,28 zł. Jest to rażąca różnica obejmująca kwotę aż 3.693.550,11 zł. W §11 uchwały Nr XLIX-621/2023 Rady Miejskiej w Lęborku z dnia 27 stycznia 2023 r. w sprawie uchwalenia budżetu miasta Lęborka na 2023 rok stwierdza się, że wydatki na gospodarowanie odpadami w roku 2023 zostały ustalone w wysokości 10,647.000,00 zł. W ocenie odwołującego nie ma możliwości skorzystania z uprawnienia (wyjątku) określonego w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp (do zwiększenia środków na realizację zamówienia), jeżeli przekraczałoby to maksymalne wydatki określone w uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego. Zdaniem odwołującego, w zaistniałych okolicznościach spełniona została przesłanka obowiązkowego unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie procesowym wniesionym w dniu 30 marca 2023 r. W piśmie tym odwołujący zawarł wniosek o skierowanie przez Izbę pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o treści: *„Czy art. 12 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się temu, by instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia publicznego z zastosowaniem Dyrektywy 2014/24/UE podmiotowi, jeżeli podmiot ten realizuje zamówienie publiczne bez zastosowania*

Dyrektywy 2014/24/UE na rzecz innej instytucji zamawiającej będącej jego jedynym wspólnikiem oraz gdy udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem Dyrektywy 2014/24/UE temu podmiotowi powodowałoby prowadzenie działalności wykraczającej poza terytorium administracyjne oraz zadania własne właściwe dla instytucji zamawiającej będącej jego jedynym wspólnikiem?”

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych numerami 5 i 8.

Na rozprawie odwołujący wniósł o rozpatrzenie w pierwszej kolejności zarzutu nr 9 - jako zarzutu podstawowego, a pozostałych podtrzymanych zarzutów odwołania – w dalszej kolejności, tj. w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu nr 9.

II. Pismem wniesionym w dniu 29 marca 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający podniósł m.in.:

Zarzut 1. Zamawiający wskazał, że Partner Konsorcjum przedstawił poświadczenie wykonania zadania odbierania i zagospodarowania oraz transportu odpadów komunalnych wystawione przez Wójta Gminy Puck. Poświadczenie wystawione jest za okres od 1 kwietnia 2018 r. do 31 grudnia 2022 r., a nie jak wskazuje odwołujący od 1 kwietnia 2018 r. do 31 marca 2020 r. Zauważył, że ilość odpadów odebranych, w przypadku zamówienia łącznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów, jest tożsama z ilością odpadów zagospodarowanych (odpad odebrany musi zostać zagospodarowany). Ponadto stwierdził, że Lider Konsorcjum wykazał, że w okresie od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2022 r. odebrał i transportował odpady komunalne do Zakładu Zagospodarowania Odpadów o łącznej masie 8 672,09 Mg, co oznacza potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut 2. Zamawiający wyjaśnił, że nie wzywał Lidera Konsorcjum do złożenia aktualnej polisy, ponieważ posiadał już jego aktualną polisę OC złożoną w innym postępowaniu o zamówienie, prowadzonym przez zamawiającego. Ponadto wskazał, że polisę OC na 2.000.000,00 zł złożył Partner Konsorcjum.

Zarzut nr 3. Zamawiający wskazał, że dokumenty wadialne zostały podpisane przez uprawnioną przez ubezpieczyciela osobę - Izabelę Leciak - Wiceprezesa Zarządu PROBI Sp. z o. o. - komplementariusza PROBI Sp. z o.o. Spółki Komandytowej, reprezentanta firmy InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group. I.L. jako członek zarządu PROBI Sp. z o.o. jest uprawniona do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki dokumentów.

Zarzut nr 4. Zamawiający wskazał, że oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej zostało przez Konsorcjum uzupełnione w dniu 2 marca 2023 r. (w wyznaczonym przez zamawiającego terminie).

Zarzut nr 6. W ocenie zamawiającego brak podania nazwy miejscowości na końcu dokumentu JEDZ stanowi jedynie omyłkę pisarską, nie wprowadzającą zamawiającego w błąd, natomiast role, jakie będą pełnić poszczególni konsorcjanci, wynikają wprost z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Zarzut 7. Zamawiający wskazał, że zgodnie z aktualnym wypisem z Krajowego Rejestru Sądowego Puckiej Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (KRS 0000181647) przedmiotem działalności tego podmiotu jest między innymi zbieranie, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów. Jeżeli przyjąć, że świadczenie usług poza Gminą Puck nie mieści się w sferze zadań o charakterze użyteczności publicznej, to działalność Puckiej Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jest zgodna z art 9 i 10 ustawy o gospodarce komunalnej. Zdaniem zamawiającego przepisy oraz orzecznictwo nie wskazują, że spółka komunalna może działać wyłącznie i na rzecz macierzystej gminy. Zamawiający powołał się na stanowisko Izby przedstawione w wyroku z 30 marca 2021 r. (KIO 707/21).

Zarzut 9. Zamawiający wyjaśnił, że w związku ze znacznym wzrostem kosztów zagospodarowania odpadów, kosztów zakupu paliwa oraz kosztów pracowniczych, przewidywał konieczność zwiększenia stawek opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Pierwszym krokiem zamawiającego było postanowienie o zwiększeniu środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia. Kolejnym krokiem zamawiającego było przekazanie do Biura Rady Miejskiej w Lęborku projektu uchwały w sprawie wyboru metody ustalenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalenia stawki tej opłaty i ustalenia stawki opłaty za pojemnik lub worek o określonej pojemności, przeznaczony do odbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, celem procedowania na najbliższej sesji Rady Miejskiej. Decyzja o powyższym została podjęta przez Burmistrza Miasta Lęborka w dniu 14 marca 2023 r. Sesja Rady Miejskiej w Lęborku, podczas której procedowana będzie powyższa uchwała, odbędzie się 31 marca 2023 r. Po uchwaleniu przez Radę Miejską w Lęborku ww. uchwały, kolejnym krokiem zamawiającego będzie zmiana uchwały budżetowej, w której nastąpi zwiększenie środków finansowych zarówno po stronie dochodów, jak i wydatków. Podczas sesji Rady Miejskiej w Lęborku w kwietniu br. zostanie przyjęta zmiana uchwały budżetowej gminy na 2023 rok, zwiększająca odpowiednio środki na gospodarowanie odpadami komunalnymi.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pucka Gospodarka Komunalna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pucku oraz R.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe R.L. z siedzibą w Starzynie. Konsorcjum nie przedstawiło stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wycofania przez odwołującego zarzutów oznaczonych numerami 5 oraz 8 postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania.

Zarzut nr 9 (zarzut podstawowy)

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Z ww. przepisu wynika, że o tym czy zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku tym, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, decydują możliwości zamawiającego w zakresie zwiększenia tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Postępowanie o udzielenie zamówienia podlega umorzeniu dopiero wtedy, gdy zamawiający stwierdzi brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający opisał działania – podjęte oraz zaplanowane czynności, których celem jest zwiększenie tej kwoty. Na chwilę zamknięcia rozprawy nie odbyła się jeszcze sesja Rady Miejskiej w Lęborku, podczas której poddana pod głosowanie zostanie uchwała w sprawie wyboru metody ustalenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalenia stawki tej opłaty i ustalenia stawki opłaty za pojemnik lub worek o określonej pojemności, przeznaczony do odbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości (zaplanowano na 31 marca br.) jak i sesja Rady Miejskiej w Lęborku, podczas której poddana pod głosowanie zostanie uchwała w sprawie zmiany uchwały budżetowej, zwiększająca środki na gospodarowanie odpadami komunalnymi (zaplanowano na kwiecień br.). Na chwilę rozpoznania odwołania nie można było zatem stwierdzić zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe zarzut nr 9 Izba uznała za niezasadny.

Wobec nieuwzględnienia zarzutu podstawowego, Izba rozpoznała pozostałe podtrzymane zarzuty odwołania, podniesione jako zarzuty ewentualne.

Zarzut nr 1

Zgodnie z ustanowionym w rozdziale II pkt 6 SWZ warunkiem udziału w postępowaniu *Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługi polegające na odbieraniu i transporcie odpadów komunalnych na rzecz właścicieli nieruchomości lub gmin, wykonywane w sposób ciągły, o łącznej masie odpadów komunalnych nie mniejszej niż: Zadanie 1 - 2000 Mg/rok, Zadanie 2 - 2000 Mg/rok, Zadanie 3 — 2000 Mg/rok oraz, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Uwaga: w przypadku Wykonawcy składającego ofertę na więcej niż jedno zadanie, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wykonanie usług transportu odpadów komunalnych o łącznej masie nie mniejszej niż 4000 Mg/rok. Ponadto, zamawiający postanowił, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek określony w pkt 1. d) musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.* Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum złożyło wykaz usług (wraz z referencjami), w którym wskazało dwie usługi – jedną zrealizowaną przez Lidera Konsorcjum (na rzecz Gminy Miasta Lębork), a drugą przez Partnera Konsorcjum (na rzecz Gminy Puck). Odwołujący niezasadnie podniósł, że z referencji wystawionej dla Partnera Konsorcjum nie wynika, ile odpadów zostało odebranych i przetransportowanych (a ile zagospodarowanych) w okresie 40 dni podlegających zaliczeniu na potrzeby oceny spełnienia warunku. Jak słusznie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 2519, ze zm.) wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Podana w wykazie usług ilość odpadów odnosi się zatem zarówno do usługi odbioru i transportu, jak i

zagospodarowania odpadów. Ponadto, odwołujący nieprawidłowo podał okres wykonywania ww. usługi przez Lidera Konsorcjum. Zarówno z wykazu usług, jak i złożonej referencji, wynika okres: 1 kwietnia 2018 r. – 31 grudnia 2022 r., a nie jak podał odwołujący: 1 kwietnia 2018 r. – 31 grudnia 2022 r. Odnosząc się natomiast do wspólnych zarzutów dotyczących zarówno referencji Partnera Konsorcjum, jak i referencji Lidera Konsorcjum, należy stwierdzić, że odwołujący dokonał błędnej interpretacji postanowienia SWZ zawierającego opis ww. warunku udziału w postępowaniu. Z postanowienia SWZ nie wynika, jak wskazywał odwołujący, że w każdym z trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonawca obowiązany był wykonać wymagane usługi. Zgodnie z opisem ww. warunku usługi te miały być wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Powyższy termin koresponduje z postanowieniem § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), a przyjęcie interpretacji prezentowanej przez odwołującego stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców prowadzących działalność 3 lata lub dłużej. Niemniej jednak, nawet gdyby uznać, że istnieją wątpliwości w zakresie interpretacji ww. warunku udziału w postępowaniu, to zgodnie z zasadą przyjętą przez orzecznictwo wątpliwości te rozstrzyga się na korzyść wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, aby tak rozumiany warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony przez Konsorcjum (zgodnie z przywołanym postanowieniem SWZ - w całości przez żadnego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). Natomiast przedstawiony w toku rozprawy zarzut, iż z referencji złożonej przez Partnera nie wynika, które zadania były przez niego wykonywane w ramach konsorcjum oraz czy korzystano z instytucji podwykonawcy, nie podlegał rozpoznaniu, gdyż nie został podniesiony w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast pod pojęciem zarzutu rozumie się wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne, które w jego ocenie świadczą o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów prawa.

Mając na uwadze powyższe zarzut nr 1 Izba uznała za niezasadny.

Zarzut 2

Przede wszystkim należy stwierdzić, że zarzut ten nie został przez odwołującego uzasadniony. W uzasadnieniu odwołania zabrakło wskazania na czym zdaniem odwołującego polega niespełnienie przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Niemniej jednak, należy zauważyć, że odwołujący zakwestionował wyłącznie polisę OC złożoną przez Lidera Konsorcjum, nie stawiając żadnych zarzutów względem polisy OC złożonej przez Partnera Konsorcjum. Zamawiający nie postawił

w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu żadnych szczególnych wymagań zgodnie z art. 117 ustawy Pzp. A zatem nie było wymagane spełnienie tego warunku odrębnie przez każdego z członków Konsorcjum. W konsekwencji powyższego, zakwestionowanie tylko polisy złożonej przez Lidera Konsorcjum nie mogło prowadzić do uwzględnienia zarzutu.

Mając na uwadze powyższe zarzut nr 2 Izba uznała za niezasadny.

Zarzut nr 3

W treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej (polisa nr 02GJ51/23/000120) wystawionej w imieniu InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział w Toruniu p. I.L., która podpisała się pod tym dokumentem, została wskazana jako przedstawiciel ww. zakładu ubezpieczeń. Konsorcjum nie było zobowiązane do złożenia wraz z polisą pełnomocnictwa wykazującego umocowanie tej osoby do podpisania dokumentu polisy. Obowiązek taki nie wynika z przepisów ani postanowień SWZ. Niezłożenie tego rodzaju dokumentu nie prowadzi zatem do uznania, że wadium zostało wniesione nieprawidłowe. Natomiast możliwe jest podniesienie zarzutu braku umocowania osoby, która wystawiła gwarancję ubezpieczeniową, do podpisania tego dokumentu. W takim przypadku ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Niemniej jednak, jest to zarzut innego rodzaju, który w niniejszym postępowaniu nie został podniesiony.

Mając na uwadze powyższe zarzut nr 3 Izba uznała za niezasadny.

Zarzut nr 4

Izba ustaliła, że w dokumentacji postępowania znajduje się oświadczenie w sprawie przynależności do grupy kapitałowej podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania Konsorcjum (przedstawiciela Lidera Konsorcjum). Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, znajdujących potwierdzenie w dokumentacji postępowania, ww. oświadczenie zostało uzupełnione w dniu 2 marca 2023 r., tj. w terminie wyznaczonym przez zamawiającego na złożenie podmiotowych środków dowodowych (13 marca 2023 r.).

Mając na uwadze powyższe zarzut nr 4 Izba uznała za niezasadny.

Zarzut nr 6

Na końcu dokumentu JEDZ Partnera Konsorcjum przy dacie oraz podpisie nie zostało podane miejsce (miejscowość) złożenia ww. oświadczenia. Zgodnie z przepisami art. 125 ust. 1 i 2 JEDZ (czyli jednolity europejski dokument zamówienia) to oświadczenie wykonawcy

o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego, składane na formularzu sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonym w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Oświadczenie to stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Brak podania miejscowości pod wypełnionym formularzem JEDZ nie stanowi braku istotnego tego dokumentu – powodującego jego wadliwość i skutkującego powstaniem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu JEDZ. W taki sam sposób należy ocenić brak podania w JEDZ jednoznacznych informacji w zakresie w zakresie roli pełnionej przez wykonawców w ramach konsorcjum. W dokumentach JEDZ w odpowiedzi na pytanie dotyczące roli pełnionej w ramach konsorcjum (*Proszę wskazać rolę wykonawcy w grupie (lider, odpowiedzialny za określone zadania itd.*; str. 4 JEDZ) obydwaj członkowie Konsorcjum wskazali: *odpowiedzialny za określone zadania*. Jednakże z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum w sposób jasny wynika, który z wykonawców pełni rolę Lidera, a który Partnera Konsorcjum. W taki też sposób wykonawców tych identyfikuje sam odwołujący, o czym świadczy treść złożonego odwołania.

Mając na uwadze powyższe zarzut nr 6 Izba uznała za niezasadny.

Zarzut nr 7

Bezsporną jest okoliczność, że Lider Konsorcjum - Pucka Gospodarka Komunalna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pucku jest spółką komunalną, w której 100% udziałów posiada gmina miasto Puck.

Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2023 r. poz. 40) w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi (ust. 1). Gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie (ust. 2). Formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa odrębna ustawa (ust. 3). Zadaniem użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy, 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 (ust. 4). Ustawa z dnia 20 grudnia

1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679) określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej (art. 1 ust. 1), przy czym 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 (art. 1 ust. 2). Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 ww. ustawy jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek. Zgodnie z art. 10 ust. 1 ww. ustawy poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia. Natomiast zgodnie z art. 10 ust. 3 ww. ustawy ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich, o których mowa w ust. 1 i 2, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym prowadzących działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego na wynajem, w tym również związany z uprawnieniem do nabycia przez najemcę własności lokalu w przyszłości, oraz klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej.

Zgodnie ze stanowiskiem Izby wyrażonym w ww. wyroku z dnia 30 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 707/21): *„Krajowa Izba Odwoławcza jest organem rozstrzygającym spory w zakresie czynności lub zaniechań zamawiającego w konkretnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Poza sferą orzekania Izby znajdują się kwestie dotyczące legalności tworzenia spółek komunalnych – a tego właśnie dotyczą wskazane wyżej przepisy ustawy o gospodarce komunalnej. Kwestie te podlegają nadzorowi innych właściwych organów. Ponadto zauważenia wymaga, że ani ustawa o gospodarce komunalnej, ani ustawa Pzp, nie zawierają przepisów określających zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia przez spółki komunalne. Z punktu widzenia zarzutów odwołania istotne jest, że mamy do czynienia z ofertą złożoną przez zarejestrowanego przedsiębiorcę. Nie ulega wątpliwości, że komunalna spółka kapitałowa jest tworzona w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Czynności podejmowane przez takiego przedsiębiorcę w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, o ile nie są prawnie*

niedopuszczalne, są dozwolone. Nie mamy tu bowiem do czynienia z gminą (w tym z jej jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej), która może podejmować tylko takie działania, co do których istnieje wyraźna podstawa prawna, a z podmiotem gospodarczym – spółką kapitałową. Wyraźnego podkreślenia wymaga bowiem, że spółka kapitałowa z udziałem gminy jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, nie jest natomiast – w przeciwieństwie do samej gminy – organem władzy publicznej, który dla podjęcia każdego działania potrzebuje istnienia wyraźnej podstawy prawnej.”

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w ww. wyroku z dnia 30 sierpnia 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 55/21): „Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie podkreśliła bowiem, że jest organem rozstrzygającym spory w zakresie czynności lub zaniechań zamawiającego w konkretnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. KIO w toku postępowania odwoławczego weryfikuje zatem jedynie czy oferta została złożona zgodnie z prawem, a nie legalność podmiotów uczestniczących w tym postępowaniu, gdyż powyższe stanowi przedmiot kognicji innych organów nadzoru. W konsekwencji poza kognicją Izby, jak również tut. Sądu Okręgowego, znajdują się kwestie dotyczące legalności tworzenia tych podmiotów, w tym spółek komunalnych i zakresu ich funkcjonowania — jak w niniejszym postępowaniu. Uwypuklenia wymaga, że stwierdzenie legalności powołania i działania danej spółki komunalnej jest możliwe zgodnie z przepisami ustawy o samorządzie gminnym. Wskazany tam tryb postępowania zapewnia weryfikację legalności powołania tego rodzaju spółki, w tym kontrolę przed sądem administracyjnym. (...) Po pierwsze zauważenia wymaga, że skarżący ani w toku postępowania przed KIO, ani na etapie postępowania skargowego, nie wskazał żadnej normy prawnej, na podstawie której należałoby przyjąć nieważność oferty złożonej przez Konsorcjum PUK. Podstawy do takiego stwierdzenia z pewnością nie może stanowić art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 zPzp. Wbrew stanowisku skarżącego, sam fakt złożenia oferty przez spółkę komunalną nie sprawia jeszcze, że oferta taka jest nieważna z mocy prawa. Żaden przepis prawa nie zabrania natomiast takiej spółce ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez gminę inną, niż założycielska. Brak również przepisów, które zobowiązywałyby spółkę komunalną do wykazywania w toku każdego postępowania, w którym bierze udział, że została ona utworzona zgodnie z prawem, choćby na podstawie wyjątku zawartego w art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej. Powyższy dotyczy bowiem jedynie kwestii utworzenia danego podmiotu (komunalnej spółki kapitałowej), a nie ofert składanych przez ten podmiot. Ponadto żaden przepis prawa nie zabrania spółce komunalnej składania ofert w postępowaniach przetargowych, również poza terytorium administracyjnym rodzimej gminy. Po drugie podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu oferta złożona została przez zarejestrowanego przedsiębiorcę spółkę kapitałową stworzoną w celu prowadzenia działalności gospodarczej, zaś czynności podejmowane przez takiego przedsiębiorcę w

ramach prowadzonej działalności gospodarczej, o ile nie są prawem zabronione, są dopuszczalne. (...) Wbrew argumentacji skarżącego, dowodu na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z pewnością nie może stanowić sam fakt posiadania przez Konsorcjum PUK określonej formy organizacyjnoprawnej (spółka kapitałowa z udziałem gminy).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że sam fakt złożenia oferty przez Konsorcjum, którego Liderem jest Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. z siedzibą w Pucku, będąca spółką komunalną, w której 100% udziałów posiada gmina miasto Puck, nie prowadzi do uznania, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, czy że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy że doszło do zawarcia między wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Jak wskazano w przywołanych powyżej orzeczeniach Izby oraz Sądu Okręgowego w Warszawie poza sferą orzekania Izby znajdują się kwestie dotyczące legalności tworzenia spółek komunalnych. Jak natomiast wynika np. z Informacji o wynikach kontroli Najwyższej Izby Kontroli „Funkcjonowanie spółek komunalnych w województwie pomorskim i zachodniopomorskim” (<https://www.nik.gov.pl/plik/id,25802,vp,28575.pdf>) jako podstawę prawną wykraczania poza sferę użyteczności publicznej spółki komunalne podają przepis art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z tym przepisem ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich, o których mowa w art. 10 ust. 1 i 2, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym prowadzących działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego na wynajem, w tym również związany z uprawnieniem do nabycia przez najemcę własności lokalu w przyszłości, oraz klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej. W ocenie NIK zawarte w ww. przepisie pojęcie „*spółek ważnych dla rozwoju gminy*” jest zbyt ogólne i w konsekwencji skutkuje brakiem ograniczeń dla prowadzenia przez spółki komunalne działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej, co NIK ocenia jako zjawisko negatywne. W związku z powyższym NIK wystąpiła do Prezesa Rady Ministrów z wnioskiem o rozważenie możliwości wykreślenia albo ograniczenia zakresu stosowania zawartego w art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej pojęcia „*spółka ważna dla rozwoju gminy*”. Należy jednak jeszcze raz podkreślić, że w toku postępowania odwoławczego Izba nie bada legalności utworzenia i działania spółek komunalnych, gdyż stanowi to przedmiot kognicji innych organów nadzoru.

Wymaga zauważenia, iż odwołujący formułując przedmiotowy zarzut wskazał na naruszenie licznych przepisów ustawy, jednakże zawarte w odwołaniu uzasadnienie odnosi się wyłącznie

do przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*). Odwołujący nie udowodnił jednak, aby zamawiający dopuścił się naruszenia tego przepisu nie odrzucając oferty Konsorcjum. Odwołujący wskazał jedynie na ryzyko wystąpienia tzw. subsydiowania krzyżowego, jednakże nie wykazał aby taki sposób finansowania miał wystąpić w niniejszej sprawie. Wymaga przy tym zauważenia, że przyjmując sposób rozumienia odwołującego należałoby zakazać udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego także spółkom z udziałem Skarbu Państwa. Twierdzenia, że innym przedsiębiorcom grozi realne ryzyko wykluczenia z rynku na okres realizacji zamówienia również pozostały gołosłowne. Nie zostało w żaden sposób wykazane, że podmioty prywatne nie są w stanie skutecznie rywalizować z tego rodzaju wykonawcą.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o treści: „*Czy art. 12 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się temu, by instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia publicznego z zastosowaniem Dyrektywy 2014/24/UE podmiotowi, jeżeli podmiot ten realizuje zamówienie publiczne bez zastosowania Dyrektywy 2014/24/UE na rzecz innej instytucji zamawiającej będącej jego jedynym wspólnikiem oraz gdy udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem Dyrektywy 2014/24/UE temu podmiotowi powodowałoby prowadzenie działalności wykraczającej poza terytorium administracyjne oraz zadania własne właściwe dla instytucji zamawiającej będącej jego jedynym wspólnikiem?*”. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie nie istnieje potrzeba dokonania wykładni przepisów prawa unijnego. Zgodnie z przepisem art. 12 ust. 1 ww. dyrektywy 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. Przepis ten reguluje tzw. zamówienie in-house udzielane przez zamawiającego podmiotowi zależnemu ekonomicznie oraz organizacyjnie, nie objęte zakresem harmonizacji. Ww. regulacja została implementowana do krajowego porządku prawnego w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, który reguluje tryb zamówienia z wolnej ręki. Przepis ten nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Zamówienie pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Miasto Lębork i ich transport do Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” Sp. z o.o. w Czarnówku w okresie od 1 kwietnia 2023 r. do 31 grudnia 2024 r.” udzielane jest w trybie przetargu nieograniczonego. Wykładnia przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp jak i wskazanego przez odwołującego przepis art. 12 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie ma zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Jak wskazała Izba w ww. wyroku z dnia 30 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 707/21): *„jeżeli działalność spółek komunalnych stanowi szerszy problem o charakterze systemowym – na co wskazywali Odwołujący i Przystępujący – to może to być podstawą do ewentualnego formułowania wniosków de lege ferenda czy też postulatów wobec innych właściwych organów”*. Odnosząc się dodatkowo do argumentacji odwołującego przedstawionej w piśmie z dnia 30 marca 2023 r. za niezasadne należy uznać utożsamianie przez odwołującego spółki komunalnej z gminą. Fakt udzielenia zamówienia in-house nie oznacza, że spółkę komunalną należy utożsamiać z jej macierzystą gminę, a tym bardziej w ramach stosunków gospodarczych łączących tę spółkę z innymi podmiotami.

Mając na uwadze powyższe zarzut nr 3 Izba uznała za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....

.....