

WYROK

z dnia 3 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. przez **C. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TRANSPRZĘT C. G., Zabłotce 51, 38-500 Sanok** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ustrzyki Dolne, ul. Mikołaja Kopernika 1, 38-700 Ustrzyki Dolne**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Ustrzyki Dolne, ul. Mikołaja Kopernika 1, 38-700 Ustrzyki Dolne i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez C. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TRANSPRZĘT C. G., Zabłotce 51, 38-500 Sanok** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. **zasądza od Gminy Ustrzyki Dolne, ul. Mikołaja Kopernika 1, 38-700 Ustrzyki Dolne na rzecz C. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TRANSPRZĘT C. G., Zabłotce 51, 38-500 Sanok kwotę 11 100 zł 40 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Krośnie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Ustrzyki Dolne - powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy nieruchomości położonych na obszarze Gminy Ustrzyki Dolne. W dniu 15 lutego 2017 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 25962-2017 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 Gospodarka Odpadami Ustrzyki Dolne Sp. z o.o. Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 478 998 zł tj. poniżej progu 209 000 Euro.

W dniu 20 lutego 2017 r. Odwołujący – C. G., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Transprzęt - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. niewykazaniu spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, zarzucając naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP w związku z art. 67 ust. 9 poprzez bezpodstawne uznanie, iż zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, tj. dotyczących sprawowania kontroli nad osobą prawną, jak również wykonywania 90% działalności przez ten podmiot na rzecz Zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę,
2. braku uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, polegającym na fragmentarycznym zacytowaniu potencjalnie stosowanego przepisu ustawy PZP (art. 67 ust. 1 pkt 12), w rezultacie czego czynność ta wskazuje jedynie podstawę prawną, a nie kompleksowe omówienie i uzasadnienie wyboru trybu postępowania, zarzucając naruszenie: art. 67. ust. 11 pkt 5) ustawy PZP. Brak uzasadnienia oznacza nie tylko wadę formalną, ale również wadę materialną podstawy udzielenia zamówienia. W konsekwencji naruszone zostały przepisy stosowania ustawy PZP) oraz art. 67 ust. 1 PZP (zamówienie z wolnej ręki jest ścisłym wyjątkiem od stosowania konkretnych trybów przetargowych i może być udzielone jedynie w enumeratywnie wskazanych przypadkach).
3. nieprawidłowym określeniu przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia, zarzucając naruszenie art. 67 ust. 11 pkt 2) ustawy PZP w związku z art. 6c ust. 1 i ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach („UCPG”), z tego względu, iż przedmiotem postępowania mogą zostać objęte jedynie odpady komunalne, podczas gdy

informacja o zamiarze zawarcia umowy w niniejszym Zamówieniu wskazuje, iż jego przedmiotem są również odpady zbierane selektywnie. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 6c ust. 1 UGPG gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy,

4. niewykazaniu, że udzielenie zamówienia w tym trybie nie narusza zasad konkurencji, zarzucając naruszenie: art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP w związku z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE, co w konsekwencji będzie prowadziło do niczym nieuzasadnionego preferowania jednego z wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia publicznego z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym,
5. wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniu Zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji, stanowiącymi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, zarzucając naruszenie: art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP w związku z, art. 7 ust. 1 PZP oraz art 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) i z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem działania takie może być postrzegane jako prowadzące do przeciwdziałania ukształtowania warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji,
6. wyborze wykonawcy i przeprowadzenia z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12) PZP, art. 139 ust. 1 i nast. PZP, 138r ust. 3 PZP.

Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Zamówienia/postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania, wskazał, że jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie m.in. odbioru i zagospodarowania odpadów - w tym komunalnych w szczególności na terenie woj. podkarpackiego. Posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów - w tym komunalnych na terenie Gminy Ustrzyki Dolne oraz gmin ościennych. W związku z tym, Odwołujący zainteresowany jest stałym prowadzeniem działalności na terenie Gminy Ustrzyki Dolne. Realizacja zamówienia skutkowałaby zapewnieniem Odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności. Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki prowadzonego przez Gminę Ustrzyki Dolne

prowadziłoby do naruszenia uprawnień rynkowych Odwołującego jako podmiotu działającego na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów i skutkowałoby nieuzyskaniem zamówienia na odbiór opadów.

W ocenie Odwołującego, zamieszczone ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie spełnia wymagań określonych w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, w tym istotnych danych jak określenie przedmiotu zamówienia, wielkości lub zakresu zamówienia i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wskazane wady, zdaniem Odwołującego wykluczają możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie zostało wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki. W szczególności, fragmentaryczne zacytowanie potencjalnie stosowanego przepisu ustawy- art. 67 ust. 1 pkt. 12) oraz art. 3 ust. 1 pkt 1- 3a jest podaniem jedynie podstawy prawnej, a nie podaniem uzasadnienia. W uzasadnieniu Zamawiający powinien wskazać dlaczego i na jakiej podstawie uznał, że: 1. Zamawiający sprawuje kontrolę nad działalnością spółki Gospodarka Odpadami Ustrzyki Dolne Sp. z o.o. W szczególności w zakresie posiadanego kapitału zakładowego, uprawnień wynikających ze statutu. Sam fakt powiązań nie jest wystarczający do przyjęcia kontroli, gdyż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jako podmiot prawa prywatnego, posiada daleko idącą autonomię a uregulowania statutu mogą w zasadzie do minimum ograniczać wpływ wspólników na działalność spółki. Postanowienia KSH mają charakter dyspozytywny. 2. Ponad 90% działalności spółki Gospodarki Odpadami Ustrzyki Dolne Sp. z o.o.: dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego: Zamawiający w tym zakresie powinien w uzasadnieniu wykazać model przyjęty dla zakresu Zamówienia.

W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający poprzestał, jedynie na zamieszczeniu podstawy prawnej dla dokonania czynności, bez jakiegokolwiek rozwinięcia prawnego i faktycznego. Przekazanie danych o zamiarze udzielenia rzeczowego Zamówienia (w tym danych Wykonawcy) z pewnością nie wypełnia zakresu przepisu art. 67 ust. 11 ustawy PZP. Celem prawidłowego przeprowadzenia zamówienia, konieczne jest określenie/dokonanie analizy w szczególności:

1. analizy sytuacji rynkowej w zakresie ewentualnego naruszenia konkurencji,
2. wskazanie, iż działalność Zamawiającego nie jest nadużyciem pozycji dominującej,
3. szczegółowe wskazanie i udowodnienie, że Wykonawca jest podmiotem, nad którym Gmina Ustrzyki Dolne sprawuje kontrolę
4. wskazanie, że ponad 90% działalności Wykonawcy dotyczy zadań powierzonych mu przez Zamawiającego,
5. wskazanie konkretnych dokumentów świadczących o fakcie braku bezpośredniego kapitału prywatnego w strukturze Wykonawcy,

6. wskazanie innych dokumentów, które rzetelnie wskazywałyby chociażby minimalny zakres dodatkowych analiz, które motywowałyby rzeczzone zachowanie Zamawiającego.

Jako istotne, Odwołujący wskazał, iż w chwili obecnej w Gminie Ustrzyki Dolne funkcjonują dwie spółki o takim samym charakterze działalności tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., które prowadzi działalność w zakresie gospodarki odpadami, ale które świadczy usługi również w innych gminach, a zatem prowadzi działalność komercyjną, wykraczającą poza działalność na rzecz Zamawiającego oraz Gospodarka Odpadami Ustrzyki Dolne Sp. z o.o., która jest podmiotem nowoutworzonym oraz nie dysponuje wystarczającym potencjałem by prawidłowo zrealizować przedmiotowe Zamówienie. Wykonawca Gospodarka Odpadami Ustrzyki Dolne Sp. z o.o. został utworzony w dniu 16.09.2016 r., a zatem Zamawiający powinien wykazać za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, iż procent działalności o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) został spełniony, podczas gdy Zamawiający nie wskazał na taką dokumentację oraz jej nie udostępnił, celem umożliwienia weryfikacji jej wiarygodności przez inne podmioty działające na rynku. Przedmiotowe działanie Zamawiającego podlega weryfikacji z punktu widzenia ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168). Zgodnie z art: 17 ust. 1b ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Odwołujący wskazał, iż dodatkowo weryfikacji powinno pooglądać czy ww. działanie Gminy Ustrzyki Dolne polegające na prowadzeniu/utrzymywaniu dwóch spółek komunalnych (prowadzących ten sam rodzaj usług) jest zasadne oraz konieczne z punktu widzenia zasady racjonalnego gospodarowania, środkami publicznymi gminy.

Odwołujący podniósł także, że wybór spółki Gospodarka Odpadami Ustrzyki Dolne Sp. z o.o. na wykonawcę Zamówienia ma charakter powierzenia pozornego. Spółka powstała w dniu 16.09.2016 r. i nie posiada żadnego potencjału wymaganego do wykonania zamówienia. Kapitał zakładowy spółki wynosi 5 000 złotych. Spółka nie posiada doświadczenia, nie posiada zdolności ekonomiczno- finansowej, bazy technicznej, parku maszynowego, zasobów ludzkich oraz uprawnień niezbędnych do zapewnienia prawidłowej realizacji Zamówienia. Wskazał, że art. 36 a ustawy Prawo zamówień Publicznych zakazuje podwykonawstwa przy in-house.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania, Odwołujący podniósł, że zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (UCPG) zamawiający może zorganizować w systemie in-house jedynie odbiór odpadów komunalnych. Zgodnie z § 2 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia

2014 r. w sprawie katalogu odpadów, odpady dzieli się na dwadzieścia grup. Odpady komunalne skategoryzowane są pod kodami o numerze 20. Natomiast Zamawiający w Informacji/Zawiadomieniu o zamiarze zawarcia umowy (Pkt II Zawiadomienia) wskazał również odpady o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, 10 01 01, 16 06 03, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07. Działanie takie jest niezgodne z UCPG oraz stanowi naruszenie reguł konkurencji. Gmina nie może bowiem obejmować własnym systemem gospodarowania odpadów niekomunalnych, które powinny podlegać zasadom wolnego rynku. Tym bardziej, iż właściciele nieruchomości mogą sami decydować o sposobie pozbycia się odpadów niemających charakteru komunalnych, w tym nawet do ich sprzedaży jako surowca.

Odnosnie braku wykazania, że udzielenie Zamówienia w tym trybie nie narusza zasad konkurencji a tym samym wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym/ zachowanie Zamawiającego sprzeczne z zasadami konkurencji, stanowiącymi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, wadliwe negocjacje z Wykonawcą, Odwołujący wskazał, że z uwagi na wartość oraz zakres przedmiotowy podlega przepisom ustawy PZP, Dyrektywy 2014/24/UE (w ograniczonym zakresie - zgodnie z treścią art. 12 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE), jak również przepisom TFUE. Tym samym przez udzieleniem zamówienia w trybie wolnej ręki in-house niezbędna powinna być analiza Zamawiającego, czy powierzenie zamówienia nie pozostaje w sprzeczności z zasadami i regulacjami TFUE (tj. zasadą przedsiębiorczości, swobodą świadczenia usług, zasadą równego traktowania zasadą niedyskryminacji, zasadą wzajemnego zaufania, zasadą proporcjonalności, jak również zasadą przejrzystości). Obejmuje to również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazujące nadużywania pozycji dominującej. Zamawiający powinien podejmować takie działania by przede wszystkim nie naruszać zasad konkurencji na rynku właściwym. Tym samym przed udzieleniem zamówienia powinien zweryfikować czy na rynku nie ma podmiotów, które są w stanie zrealizować zamówienie na warunkach rynkowych. Możliwość powierzenia zamówienia w trybie in-house jest wyjątkiem od reguły, czyli powierzenia zamówień w trybach konkurencyjnych. Zatem Zamawiający powinien przy zlecaniu zamówienia in-house dołożyć wyjątkowej staranności przy ocenie czy z uwagi na brak podmiotów komercyjnych na rynku, jest konieczność realizacji usługi publicznej za pomocą spółki publicznej/komunalnej. W żadnym z dokumentów Zamawiający nie wskazał że udzielenie zamówienia w trybie in-house nie narusza zasad konkurencji na rynku właściwym - Gminy Ustrzyki Dolne, w szczególności takich danych nie zawiera ogłoszenie z dnia 15.02.2017 (wskazują jedynie na podstawę prawną działania Zamawiającego). Analiza ww. zagadnienia powinna znaleźć również swoje odzwierciedlenie w prawidłowo przygotowanej i zamieszczonej Informacji o zamiarze zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego, podkreślenia wymaga dodatkowo okoliczność, iż zastosowanie trybów niekonkurencyjnych (a do takich z pewnością należy tzw. zamówienie in-house), dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach wyjątkowych, które należy interpretować w sposób ścisły. Wskazać również należy, iż na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 4) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów istnieje zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W rezultacie zakazane jest takie zachowanie podmiotu mającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność innych podmiotów na danym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już istniejących na rynku (w szczególności wyrok SN z dnia 19.02.2009 r., sygn. akt: III SK 31/08). Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający, na podstawie art. 4 pkt 1 lit. a) jest przedsiębiorcą w ramach, w jakich organizuje realizację zadań własnych związanych z utrzymaniem porządku i czystości. W przypadku, gdy Zamawiający zdecyduje się na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, z całą pewnością w ten sposób wpływa na rozmiary rynku związanego z odbieraniem odpadów komunalnych, (w ten sposób bowiem wybrany podmiot może podejmować aktywność w ramach wyłączności) przy jednoczesnym oddziaływaniu na warunki świadczenia usług dotyczących zbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na art. 9 ust. 2 pkt 5) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym w przypadku, gdy dany podmiot ma możliwość wpływania na rynek właściwy, wówczas zobowiązany jest. on wykorzystywać swoje możliwości faktyczne i prawne (w tym udzielanie zamówień publicznych) w sposób sprawiedliwy i przede wszystkim z brakiem jakiegokolwiek dyskryminacji. Wykorzystanie instytucji udzielenia zamówienia w trybie in-house z jednoczesnym naruszeniem zasad kształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, stanowi więc naruszenie powyżej wskazanego art. 9 ust. 2 pkt 5) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podsumowując, Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy i przeprowadził z nim negocjacje w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (załączona w aktach sprawy).

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 15 lutego 2017 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 25962 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w przedmiocie usług odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy nieruchomości, położonych na obszarze Gminy Ustrzyki Dolne. W ogłoszeniu określił planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy: od dnia 6 marca 2017 do dnia 31 grudnia 2017 r. W pkt II.4 ogłoszenia „Krótki opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający, podał, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje odbiór od właścicieli nieruchomości zamieszkałych takich odpadów jak:

a. nieselektywnych (zmieszanych) odpadów komunalnych (kod 20 03 01), zgromadzonych w workach oznaczonych napisem „Gmina Ustrzyki Dolne” w pojemnikach, lub w kontenerach

b. selektywnych odpadów komunalnych, zgromadzonych w workach oznaczonych napisem „Gmina Ustrzyki Dolne”, w pojemnikach lub w kontenerach obejmujących: papier i tekturę (kod 15 01 01, 20 01 01), szkło (kod 15 01 07, 20 01 02), tworzywa sztuczne (kod 15 01 02, 20 01 39), metal (kod 15 01 04, 20 01 40), przeterminowane leki i chemikalia (w szczególności kod 20 01 31*, 20 01 32, 20 0113*, 20 01 25, 20 01 27*, popiół i żużel (kod 10 01 01) w workach dodatkowo oznaczonych napisem „POPIÓŁ”.

c. odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny obejmujących: odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji (kod 20 01 08), odpady zielone (kod 20 02 01), opakowania wielomateriałowe (kod 15 01 05), odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07), zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (w szczególności kod 20 01 23, 20 01 35, 20 01 36), baterie i akumulatory (w szczególności kod 20 01 33 , 20 01 34), zużyte opony (kod 16 01 03); odpady budowlane i rozbiórkowe (kod 17 01 01, 07 01 02, 17 01 031 17 01 07)

d. odpadów wskazanych w ppkt c, obejmujących: odpady wielkogabarytowe, zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne, baterie i akumulatory, chemikalia, metale. Wykonawca zobowiązany będzie odbierać z terenu nieruchomości dwa razy w roku w miesiącach maj i wrzesień, oddzielnym transportem.

e. odpadów wskazanych w ppkt c, obejmujących: odpady budowlane i rozbiórkowe z prowadzonych samodzielnie remontów, Wykonawca zobowiązany będzie odbierać w drodze zgłoszenia konieczności odbioru przez osobę prowadzącą remont, koszt transportu za w/w usługę ponosi osoba prowadząca remont na rzecz Wykonawcy.

Całkowita wartość zamówienia wynosi 478998 PLN. Ponadto w treści ogłoszenia Zamawiający wskazał, że postępowanie zostało wszczęte na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w trybie z wolnej ręki.

W pkt III. 3 ogłoszenia „Uzasadnienie wyboru trybu” Zamawiający wskazał: „Wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp., dla przedmiotowego zadania wynika z faktu, ustawodawca na podstawie art. 3 ust. 2 oraz art. 6c, 6d i 6f ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2016r poz. 250 z późn.zm.) nałożył na gminy obowiązek zapewnienia czystości i porządku na swoim terenie oraz obowiązek zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, którzy zamieszkują na terenie gminy. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz ust 8 ustawy prawo zamówień publicznych 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 zarządzenia sprawami tej osoby prawnej warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b. ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a
- c. w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

W zakresie spełnienia przesłanki określonej w lit. a i c wskazuje się, że 100% udziału w Gospodarce Odpadami Sp. z o. o Ustrzyki Dolne posiada Gmina Ustrzyki Dolne będąca w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającym. Gmina Ustrzyki Dolne jako jedyny wspólnik odgrywa decydującą rolę w zakresie celów strategicznych, obszarów działalności Spółki, co znajduje swoje odzwierciedlenie w akcie założycielskim Spółki Gospodarka Odpadami Sp. z o.o. Ustrzyki Dolne”.

Zgodnie z art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki wtedy, gdy: „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;”.

Z kolei w myśl art. 67 ust. 8 i 9 ustawy 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”, „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”.

Art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, określa minimalne wymagania co do treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie *in house*, wskazując, że 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:

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 pojęcie zamówienia z wolnej ręki, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ust. 2, jeżeli zostało zamieszczone lub opublikowane albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało zamieszczone lub opublikowane.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, w oparciu o przesłanki, określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Rację ma Zamawiający jedynie co do tego, że do wniesienia odwołania wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe, jednak nie można podzielić stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, że dla uznania, że dane pełnomocnictwo ma charakter rodzajowy niezbędnym jest wskazanie w jego treści na konkretne postępowanie, którego pełnomocnictwo dotyczy. Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, pełnomocnictwo z dnia 26 stycznia 2017 r., załączone do odwołania, w którym wymieniono enumeratywnie konkretne czynności związane z procedurą udzielenia zamówienia publicznego, do których umocowane są wskazane w tym pełnomocnictwie osoby, jest pełnomocnictwem rodzajowym. Pełnomocnictwo to wskazuje określoną kategorię czynności prawnych, do których umocowani są pełnomocnicy, co pozwala na uznanie go za pełnomocnictwo rodzajowe. Pełnomocnictwo umocowuje r.pr M. G. do m.in. wnoszenia w imieniu C. G., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Transprzet C. G., odwołań i występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, a ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co powoduje, że zniszczone są przesłanki materialnoprawne, uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Niewątpliwie Odwołujący - jako podmiot działający na terenie gminy 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. o Sygn. akt XII Ga 92/12, odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: cyt. „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”.

W ocenie składu orzekającego Izby w analizowanej sprawie, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, uprawniających go do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Wskazać należy, że zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Pozostałe tryby - negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne albo licytacja elektroniczna - mogą być zastosowane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp). Z przywołanych wyżej przepisów wynika, że przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie (podobnie Sąd Najwyższy z dnia 6 lipca 2001, III RN 16/01, OSNP 2001/22/657). 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 do 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 spełniania 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).

O ile przesłanki określone w lit a i c art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zostały, choć lakonicznie, ale wskazane w opublikowanej przez Zamawiającego Informacji o zamiarze zawarcia umowy, o tyle w treści tego ogłoszenia Zamawiający zupełnie pominął obowiązek wykazania zaistnienia przesłanki określonej w lit b tego przepisu, odnoszącej się do procentowego udziału działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych spółce przez zamawiającego, sprawującego nad nią kontrolę. Celem wykazania, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego, sprawującego nad nią kontrolę, koniecznym było - w tym stanie faktycznym, mając na uwadze, że ze względu na rozpoczęcie działalności spółki w roku 2016 r, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata są niedostępne - ustalenie procentu działalności, o którym mowa w lit b za pomocą „wiarygodnych prognoz handlowych” (art. 67 ust. 9 ustawy Pzp). 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).

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego co do nieprawidłowego określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia. W tym zakresie przychylić się należy do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, że o klasyfikacji odpadów do kategorii odpadów komunalnych świadczy miejsce ich wytworzenia. Stanowisko to jest zgodne z treścią art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2016, poz. 1987 ze zm.), gdzie odpady klasyfikuje się przez ich zaliczenie do odpowiedniej grupy, podgrupy i rodzaju odpadów, uwzględniając podstawową klasyfikację odpadów, którą prowadzi się w oparciu o źródło ich powstania. W art. 3 ust. 1 pkt 7 przywołanej ustawy o odpadach definiuje się odpady komunalne jako odpady powstające w gospodarstwach domowych. Zatem jeśli dany odpad, niezależnie do kodu, o jakich mowa w §2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 w sprawie katalogu odpadów, powstał w gospodarstwie domowym, to odpad taki należy do kategorii odpadów komunalnych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wyboru wykonawcy i przeprowadzenia z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych, Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie przewiduje, aby decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* była poprzedzona analizą w przedmiocie istnienia konkurencji na rynku właściwym. Ergo nie można domagać się od Zamawiającego przedłożenia takiej analizy. Również istnienie na rynku lokalnym innej spółki gminnej o tym samym charakterze działalności tj. Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. nie wyklucza udzielenia zamówienia *in house* nowoutworzonej przez gminę spółce.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty, opisane w pkt 4 i 5 odwołania, co do których Odwołujący złożył w toku posiedzenia oświadczenie o ich wycofaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....