

Sygn. akt: KIO 305/19

WYROK

z dnia 11 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworze**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lubawka w Lubawce**, działającej na rzecz zamawiających: **Gmina Lubawka w Lubawce, Gmina Stare Bogaczowice w Starych Bogaczowicach, Gmina Mściwojów w Mściwojowie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej SANIKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubawce**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Lubawka w Lubawce** unieważnienie prowadzonego postępowania z uwagi na naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki dotyczących procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, tj. **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej**

„Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubawce, na rzecz zamawiających sprawujących nad nim kontrolę;

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Lubawka w Lubawce** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworze** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Lubawka w Lubawce rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworze** kwotę **21 520 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy pięćset dwadzieścia złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane ze stawiennictwem na posiedzenie Izby.

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 **Jeleniej Górze**.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lubawka, działająca również na rzecz zamawiających: Gmina Stare Bogaczowice i Gmina Mściwojów – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Lubawka, Stare Bogaczowice, Gminy Mściwojów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 lutego 2019 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworze (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w sprawie zamówienia publicznego „Odbiór odpadów komunalnych z terenów zamieszkałych oraz terenów częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych Gminy Lubawka, Gminy Stare Bogaczowice oraz Gminy Mściwojów”, przy:

a) niewykazaniu spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie wskazanego przepisu ustawy P.z.p. (art. 67 ust. 1 pkt 14),

b) błędnym przyjęciu, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o. z siedzibą w Lubawce (dalej też: „Sanikom” lub „przystępujący”), podczas gdy nie wykazano zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki, dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego (zamawiających) sprawującego nad nim kontrolę;

c) nieprawidłowym oparciu się przy ocenie wskaźnika na prognozie, zamiast na danych historycznych;

d) bezzasadnym przyjęciu, że opisane w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności w przypadku Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o. mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p. oraz uznaniu,

że ewentualna „reorganizacja” czyni nieadekwatnymi dane historyczne, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że w przedmiotowym postępowaniu procent działalności, wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia na rzecz zamawiającego należy ustalić w oparciu o wyniki prognozy finansowej, a nie dane historyczne;

e) przyjęciu, że prognoza handlowa pn. Analizy finansowej w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie od 2019 do 2021 roku, przeprowadzona dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o. w Lubawce, jest wiarygodna;

f) braku wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, poprzez: niewystarczające uzasadnienie, że doszło do reorganizacji Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o., niewystarczające uzasadnienie, że reorganizacja (jeżeli do niej doszło) pozbawia wiarygodności dane historyczne, brak dołączenia do ogłoszenia prognozy handlowej mającej uzasadniać spełnianie przez Sanikom przesłanki z art. 67 ust. 14 lit. b ustawy P.z.p.,

g) udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji braku kontroli tzw. analogicznej zamawiających nad spółką Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o. i niewykazania że zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p., mają nad ww. wykonawcą kontrolę, odpowiadającą kontroli, sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami oraz niewykazaniu, że Sanikom nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających;

2. zaniechania wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce do wyjaśnienia lub udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji (który to udział wykonawca brał sam, a także przez osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło lub innej umowy o świadczenie usług), a także zaniechania wskazania przez zamawiającego w protokole sposobu zapewnienia konkurencji,

3. nieprawidłowym określeniu przedmiotu zamówienia z wolnej ręki poprzez wskazanie, że jego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z terenów zamieszkałych oraz terenów częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych Gminy Lubawka, Gminy Stare Bogaczowice oraz Gminy Mściwojów,

4. wszczęciu i prowadzeniu postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniu zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji,

5. wyborze wykonawcy i przeprowadzenia z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych;

Opisanym powyżej czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki dotyczących:

1.1 procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, tj. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o., na rzecz zamawiających sprawujących nad nim kontrolę;

1.2 spełnienia przesłanki kontroli analogicznej zamawiających nad ww. wykonawcą;

1.3 oraz bezzasadnie przyjął, że opisane w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p.;

2. art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że dane historyczne, dotyczące średniego przychodu za 3 lata, poprzedzające udzielenie zamówienia, dotyczące Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce byłyby nieadekwatne dla obliczenia wskaźnika 90% i w związku z tym, że procent działalności wykonywanej przez Sanikom na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych; podczas gdy dane dotyczące dotychczasowej działalności Sanikom są adekwatne i wyraźnie pokazują, że nie została spełniona przesłanka uprawniająca do zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b ustawy P.z.p.;

3. art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez niezasadne przyjęcie, że prognoza handlowa pn. Analiza finansowa w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie 2019-2021, przeprowadzona dla przedsiębiorstwa Sanikom jest wiarygodną prognozą, podczas gdy zawiera ona dane i założenia obarczone błędami, nieznanymi oparcia, nie potwierdzające się, a nawet stojące w rzeczywistej sprzeczności z realnymi wynikami Sanikom (co obrazują tabele z prognozowanymi danymi w poprzednich analizach, które są już obecnie sfalsyfikowane przez kolejne prognozy, rzeczywiste dane finansowe, a nadto chociażby przez szacowanie wartości

zamówienia na potrzeby niniejszego postępowania, gdzie różnica wartości wyliczonej na podstawie rzeczywistych danych z poprzednich 12 miesięcy z założeniem waloryzacji i danych prognozowanych to ponad 1.400.000 zł); prognoza jest nadto niewiarygodna, gdyż została sporządzona nie na zlecenie zamawiającego, ale na zlecenie samego wykonawcy, który to wykonawca tym samym sam wykazuje spełnienie przez siebie wskaźników na potrzeby uzasadnienia trybu przyznania sobie zamówienia, co na gruncie P.z.p. czyni prognozę z definicji niewiarygodną; wreszcie obszar Gminy Lubawka jako zamawiającego nie pokrywa się z Miastem Lubawka, które jest współnikiem, a jego obszar obszarem działalności Sanikom, a zatem przyjęte dane dla tego zamawiającego są nieprawidłowe dla wyliczenia wskaźnika;

4. art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy P.z.p. poprzez niezasadne przyjęcie, że zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p. sprawuje nad Sanikom kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, podczas gdy struktura własnościowa i organizacyjna spółki Sanikom uniemożliwia sprawowanie kontroli jej drobnym udziałowcom, a nadto zamawiającym jest Gmina Lubawka, podczas gdy współnikiem Sanikom jest Miasto Lubawka;

5. art. 67 ust. 11 pkt 5 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. przez zaniechanie prawidłowego określenia podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki co polegało na:

a) niewystarczającym uzasadnieniu, że doszło do reorganizacji Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o.;

b) niewystarczającym uzasadnieniu, że reorganizacja (jeżeli do niej doszło) pozbawia wiarygodności dane historyczne dla potrzeby określenia wskaźnika 90% działalności wykonawcy;

c) braku dołączenia do ogłoszenia analizy historycznej lub wiarygodnej prognozy handlowej mającej uzasadniać spełnianie przez Sanikom przesłanki z art. 67 ust 14 lit b ustawy P.z.p. – osiągnięcie wskaźnika 90%;

c) niewykazaniu, że zamawiający, o których mowa w art 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p. mają kontrolę nad spółką Sanikom odpowiadającą kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami oraz niewykazaniu, że Sanikom nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę;

6. art. 24 ust. 1 pkt 19 w związku z art. 24 ust. 10 oraz art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania w trybie art 24 ust 10 ustawy P.z.p.

wykonawcy Sanikom do wyjaśnienia i przedstawienia dowodów, że czynności wykonane przez wykonawcę w postępowaniu, polegające na sporządzeniu przez zleceniobiorcę Sanikom analizy, będącej następnie podstawą dla zamawiającego do określenia trybu zamówienia, spełnienia przesłanek do jego udzielenia, treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a nawet określenia szacunkowej wartości zamówienia (w sprzeczności z postanowieniami ustawy P.z.p.), częściowo oparcia treści ogłoszenia o zamówieniu na treści odpowiedzi na odwołanie z postępowania KIO 2567/18, a także dostarczenia przez Sanikom projektu umowy wykonawczej - czyli bezpośredniego, a co najmniej pośredniego udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, nie spowodują zakłócenia konkurencji, a także poprzez zaniechanie przez zamawiającego wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji;

7. art. 67 ust. 1 pkt 14 oraz art. 67 ust. 11 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku z art. 6c ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach („UCPG”) - poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dla przedmiotu postępowania, jakim jest również odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, które to nieruchomości objęte są na podstawie art. 6c ust 2a UCPG ustawowym obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu, co w konsekwencji doprowadziło do obejścia przepisów UCPG oraz błędnego określenia przedmiotu postępowania.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3. nakazanie zamawiającemu wezwania Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sanikom Sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce w trybie art. 24 ust. 10 P.z.p. do udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji i nakazanie zamawiającemu wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji;
4. ustalenie kosztów postępowania i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Ponadto odwołujący wniósł o:

4. przeprowadzenie dowodu z dokumentów, stanowiących załączniki do odwołania oraz przedstawionych przez odwołującego w toku postępowania - na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;

5. dołączenia do akt sprawy akt i dokumentów z postępowania odwoławczego prowadzonego pomiędzy tymi samymi stronami pod sygn. akt KIO 2567/18 i przeprowadzenia dowodu ze zgromadzonych tam dokumentów, w tym treści odwołania wraz z załącznikami (w tym zaświadczeń o wpisach do rejestrów działalności regulowanej w Gminach Lubawka, Stare Bogaczowice i Mściwojów (wyciągi)), odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, dowodów przedstawionych na rozprawie w dniu 21.12.2018r. oraz protokołu rozprawy, wyroku KIO wraz z uzasadnieniem oraz pełnomocnictwa i faktury, przedłożonej przez pełnomocnika zamawiającego w poprzednim postępowaniu przez KIO na koszty zastępstwa procesowego - na okoliczność ich treści, w związku z okolicznościami, powołanymi w uzasadnieniu odwołania;

6. zobowiązanie przez Izbę zamawiającego do przedłożenia całości dokumentacji, dotyczącej przedmiotowego postępowania i zamówienia publicznego, w tym porozumienia, zawartego pomiędzy Gminą Lubawka, Gminą Stare Bogaczowice a Gminą Mściwojów z którego wynika, że podmioty te wspólnie postanowiły udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie Gminę Lubawka jako zamawiającego, upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz;

7. zobowiązanie przez Izbę Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sanikom Sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce, ul. Nadbrzeżna 5a 58-420 Lubawka do przedstawienia pełnej dokumentacji, obejmującej:

- umowy zlecenia, zawierane na sporządzenie Analiz finansowych i weryfikacji dokumentacji w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w latach 2017-2019 oraz reprezentację przed KIO – na okoliczność ich treści oraz faktu, że wszystkie analizy, będące podstawą przygotowania i prowadzenia postępowań na potrzeby zamówień, udzielanych w trybie *in house* na rzecz Sanikom, w tym postępowania, kwestionowanego w odwołaniu, były wykonywane na zlecenie wykonawcy,

- protokoły posiedzenia Rady Nadzorczej:

- z dnia 23.01.2017, na okoliczność negatywnej opinii co do możliwości zastosowania trybu zamówienia *in house* w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych,

- z dnia 06.10.2017, na okoliczność ustaleń z panią Mecenasa A. W. - W. w związku z prowadzonymi działaniami, dotyczącymi wprowadzenia w spółce *in-house*,
- z dnia 30.10.2017, na okoliczność ustaleń w zakresie problemów, związanych z udzieleniem spółce w trybie *in house* zamówień na świadczenie usług użyteczności publicznej;
- protokołu Zgromadzeń Wspólników
- z dnia 25.06.2018- na okoliczność trybu wyborów do Rady Nadzorczej
- z dnia 24.09.2018- na okoliczność braku przegłosowania wniosku pełnomocnika Gminy Stare Bogaczowice- jednej z zamawiających Gmin
- dokumentację księgową, obejmującą rejestr sprzedaży za lata 2015 -2018, analizy finansowe za te lata, wykonywane na potrzeby organów spółki, zatwierdzone sprawozdania finansowe za te lata wraz z opinią biegłego rewidenta - na okoliczność, że nie zachodzi sytuacja, że ponad 90% działalności Sanikom osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne, kontrolowane przez tych zamawiających w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit b ustawy P.z.p.

8. oraz po dostarczeniu dokumentacji, o której mowa w pkt 5 i 6, 7 – o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości lub biegłego rewidenta, ewentualnie łącznie z biegłym z zakresu gospodarki odpadami - na okoliczność, czy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom Sp. z o.o. w Lubawce jako wskazany przez zamawiającego wykonawca, któremu miało zostać udzielone zamówienie spełnia przesłanki, wskazane w pkt 6 i art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tj. czy zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust, 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p. sprawuje nad wskazanymi jednostkami w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy P.z.p. oraz czy ponad 90% działalności Sanikom w okresie ostatnich 3 lat dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiających, a także, czy zaistniała w latach 2016-2018 reorganizacja wpływająca na adekwatność wyników historycznych dla potrzeb określenia wskaźnika 90/10, oraz na okoliczność oceny wiarygodności prognoz (analiz), wykonanych na zlecenie wykonawcy Sanikom, którymi posłużył się zamawiający w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego naruszają interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, poprzez niezasadne zastosowanie przez zamawiającego trybu z wolnej ręki z pominięciem podstawowego trybu zamówień, jakim jest przetarg nieograniczony. Prowadzi to do wyeliminowania innych zainteresowanych wykonawców,

w tym odwołującego, który jest podmiotem, który prowadzi działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości we wszystkich gminach. W 2013 r. roku odwołujący brał nawet udział w przetargach nieograniczonych na odbiór odpadów z terenu Gminy Lubawka, Stare Bogaczowice i Mściwojów. Poprzez działania i zaniechania powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 w z w. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 oraz art. 7 ust. 1, 2,3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie tego przepisu, dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiających sprawujących nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjął, że opisane w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”. o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p. odwołujący stwierdził, co następuje.

Odwołujący stwierdził, że nie można zgodzić się, aby przedsiębiorstwo Sanikom spełniało wymóg, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b. ustawy P.z.p., co powoduje, że nie zachodzi wyjątek ustawowy dla udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, a zamawiający powinien zastosować tryb konkurencyjny przetargu nieograniczonego.

Ustawodawca uzależnił udzielenie zamówienia z wolnej ręki m.in. od tego, że wykonawca któremu ma zostać udzielone zamówienie, w ponad 90% swojej działalności koncentruje na wykonywaniu zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. W analizie finansowej w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych przeprowadzona dla Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sonikom Sp. z o.o. w Lubawce z lutego 2019 r. i poprzednie z 2018 r. i 2017 r. nie potwierdzono w sposób wiarygodny, że Sanikom spełnia ww. wymóg. Brak spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b ustawy P.z.p. powinien uniemożliwić podejmowanie prób udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący stwierdził, że analiza z lutego 2019, jak i poprzednie analizy były każdorazowo sporządzone na zlecenie wykonawcy Sanikom, i nieweryfikowane przez zamawiającego. Już samo to powoduje ich niewiarygodność, gdyż z uwagi na zainteresowanie, a wręcz- jak wynika z

uzasadnienia samych analiz – założenie pozyskania zamówienia, wszelkie prognozy są dokonywane na korzyść wykonawcy i niezwykle optymistyczne. Wystarczy wskazać, że szacowana w postępowaniu zgodnie z art. 32 i art. 34 ustawy P.z.p. wartość przedmiotu zamówienia dla wszystkich gmin – oparta na rzeczywistych danych opartych na udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy (rok budżetowy 2018) – to 2.160.137,98 zł, natomiast wg analizy z lutego 2019, przywołanej w tymże szacowaniu to 3.599.844,20 zł. Różnica założonych przychodów to prawie półtora miliona złotych.

W ogłoszeniu o zamówieniu zawarto tabelę, z której jednoznacznie wynika, że w 2018 r. wskaźnik 90% nie został osiągnięty, mimo że był prognozowany w poprzednich analizach np. na 90,36% czy nawet na 91,06% (s. 13-15 Analizy finansowej z listopada 2017).

Ponadto zamawiający, w sposób nieprawidłowy wykorzystując art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p., stara się wywieść, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z reorganizacją przedsiębiorstwa, dlatego prognozy, a nie dane historyczne powinny być brane pod uwagę. Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem zamawiającego, wskazanym w Informacji o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdzie stwierdza się, że w rzeczonyj sprawie zaistniały przesłanki z art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p.

Uzasadnienie, że Sanikom przeszedł proces reorganizacji który miał polegać na:

- przejmowaniu kolejnych zadań publicznych od swoich udziałowców,
- ograniczeniu zadań komercyjnych,
- osiągnięciu wymaganej przez wspólników jakości usług,
- przejściu zadania odbioru odpadów komunalnych od Gminy Lwówek Śląski, przejmując tamtejszy Zakład Oczyszczania Miasta,
- pozyskaniu w roku 2017 trzech nowych udziałowców Spółki tj. Gminy Miejskiej Złotoryja, Gminy Wiejskiej Złotoryja i Gminy Zagrodno

nie wskazuje na reorganizację w rozumieniu powołanego przepisu.

W ocenie odwołującego wymienione powyżej zdarzenia nie można traktować jako reorganizacji, a jako normalne zdarzenia i decyzje biznesowe, związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Wskazane zmiany własnościowe polegające na przystąpieniu do Sanikom kolejnych wspólników mają marginalne znaczenie ze względu na bardzo mały udział ww. gmin w kapitale zakładowym spółki Sanikom.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące Sanikom są nieadekwatne i w związku z tym, że procent działalności wykonywanej przez Sanikom na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, podczas gdy dane dotyczące dotychczasowej działalności Sanikom są adekwatne i wyraźnie pokazują, że nie została spełniona przesłanka uprawniająca do zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, co następuje.

W przypadku uznania, że doszło do reorganizacji, czemu stanowczo sprzeciwia się odwołujący, należy wskazać, że nie każda reorganizacja działalności uzasadnia zastosowanie art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p., lecz tylko ta, ze względu na którą dane z poprzednich lat są niedostępne lub nieadekwatne. Zdaniem odwołującego żadne zmiany, które zostały dokonane przez Sanikom, nawet jeżeli Izba uzna je za reorganizację, nie dają podstaw do uznania, że z tego powodu dane z ostatnich 3 lat pozostają nieadekwatne. W spółce Sanikom nie miały miejsca żadne głębokie zmiany organizacyjne, które by mogły spowodować, że dane dotyczące średniego przychodu za lata poprzednie należy uznać za niezgodne lub nieodpowiednie. Wręcz przeciwnie – to dane historyczne i kolejne założenia, przyjęte w prognozach na kolejne lata, weryfikują negatywnie założenia wcześniejszych analiz.

W ocenie odwołującego, uzasadnienie nieadekwatności danych historycznych, wskazane przez zamawiającego, nie wskazuje na rzeczywistą nieadekwatność. Odwołujący wskazuje, że zawarta na s. 10 Informacji o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 11 lutego 2019 r. argumentacja, że Sanikom zatrudnia nowych pracowników czy inwestuje i modernizuje sprzęt, nie tłumaczy pozbawienia wiarygodności danych historycznych, albowiem jest to zwyczajne działanie biznesowe. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2018 r. o sygn. akt 2567/18, zgodnie z którym stwierdza się, że „Zamawiający w ogóle nie uzasadnił, z jakiego powodu ustalenie, czy 90% działalności SANIKOM dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez gminy wspólników tej spółki z o.o. sprawujących nad nią kontrolę, chciał przeprowadzić bez uwzględnienia średniego przychodu osiągniętego przez SANIKOM w odniesieniu do usług za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, czyli zgodnie z zasadą określoną w art. 67 ust. 8 ustawy PZP.”. W ocenie odwołującego Zamawiający w dalszym ciągu nie podołał temu zadaniu, gdyż w przedmiotowej sprawie nie występują przesłanki mogące uzasadniać posługiwanie się prognozą handlową, a nie danymi historycznymi, co rzutuje

także na niewystarczające uzasadnienie faktyczne i prawne w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że prognoza handlowa pn. Analiza finansowa w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie 2019-2021, przeprowadzona dla przedsiębiorstwa Sanikom jest wiarygodna, odwołujący podniósł, co następuje:

Zamawiający powołuje się na opracowaną prognozę handlową, Analizę na lata 2019-2021 [oraz pośrednio na poprzednie analizy).

Odwołujący podniósł, że ww. prognoza nie została opublikowana wraz z ogłoszeniem, a dopiero w dniu 19.02.2019 została udostępniona odwołującemu. Jednakże w związku ze związaniem treścią ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, powinno się zasadniczo bazować na tym obszernym w formie, ale lakonicznym w treści opisie, dotyczącym Analizy, a zawartym w Informacji o zamiarze zawarcia umowy zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego uzasadnienie dotyczące spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b ustawy P.z.p. nie zawiera żadnych konkretnych danych ekonomicznych, ani ich analizy, opartej o wiarygodne dane finansowe. Na stronie 11 ogłoszenia znajduje się tabela, gdzie w założonym okresie próg 90 % jest jedynie minimalnie przekroczony (w granicy błędu). Wskazana już wyżej weryfikacja przez rzeczywiste dane dotychczasowych wyników analiz wskazuje, że próg ten w rzeczywistości nie zostanie przekroczony. Tym bardziej, że pomimo wskazania tej okoliczności w toku poprzedniego postępowania KIO 2567/18, nadal nie została wyeliminowana czy też skorygowana okoliczność, że teren zamawiającego- Gminy Lubawka, przywołany także w opisie przedmiotu zamówienia, nie jest określony w umowie spółki Sanikom jako teren tzw. macierzysty, gdyż – zgodnie z § 4 tiret pierwsze – jest nim teren jedynie Miasta Lubawka (obszar mniejszy niż obszar Gminy), a zatem prognoza powinna brać pod uwagę ograniczenie tego obszaru jako obszaru działania Sanikom.

Odwołujący kwestionuje dokonaną analizę także z tego powodu, że zgodnie z doktryną „Wiarygodne prognozy handlowe”, o których mowa w art. 67 ust. 9, to informacje zawarte we wszelkich dokumentach, wycenach, sprawozdaniach, analizach finansowych, sporządzone przez podmioty specjalizujące się w świadczeniu usług w tym zakresie”.(Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. Opublikowano: LEX/el. 2018), a przymiotu wiarygodności pozbawia dokument z lutego 2019 fakt, że wcześniejsze prognozy, zawarte w

poprzednich Analizach nie sprawdzają się co do wielkości sprzedaży i osiągniętego wskaźnika oraz to, że prognozy zostały zlecone i opłacone nie przez zamawiającego, a przez wykonawcę Sanikom – podmiot żywo zainteresowany opracowaniem dokumentu mającego uzasadniać udzielanie mu zamówień z wolnej ręki.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy P.z.p. poprzez niezasadne przyjęcie, że zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p. sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, podczas gdy struktura własnościowa spółki Sanikom uniemożliwia sprawowanie kontroli drobnym udziałowcom, w tym zamawiającym, odwołujący podniósł, co następuje.

Przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy P.z.p. wskazuje, że możliwe będzie udzielenie zamówienia, jeśli zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- 1) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- 2) uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- 3) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Odwołujący podniósł, że w przypadku wykonawcy Sanikom, który posiada 23 wspólników posiadających łącznie 19673 udziałów, o różnej ilości posiadanych udziałów (w przypadku zamawiających są to: dla Gminy Lubawka 0 udziałów, dla Miasta Lubawka 3519 udziałów, dla Gminy Stare Bogaczowice 397 udziałów, dla Gminy Mściwojów 392 udziały), nie jest możliwe sprawowanie kontroli tzw. analogicznej nad spółką Sanikom przez drobnych udziałowców, takich jak Stare Bogaczowice czy Gminę Mściwojów. Rzeczne jednostki samorządu terytorialnego nie posiadają wystarczającej liczby udziałów nawet do tego, żeby skutecznie wnioskować o dodanie punktu porządku obrad na zgromadzeniu wspólników, a co dopiero wpływać w sposób rzeczywisty na działania spółki.

Odwołujący przywołał przykład wniosku pełnomocnika Gminy Stare Bogaczowice, gdzie nawet przy braku reprezentacji całego kapitału spółki na Zgromadzeniu Wspólników (obecnych 74,38%) wnioskował o ogłoszenie przerwy w obradach do 23.10 i został przegłosowany. Zgromadzenie Wspólników nie wyraziło zgody na przerwę. Nie mówiąc już o głosowaniach w bardziej istotnych sprawach, np. cenie za usługi, w których głosy rozkładają się różnie, a mali udziałowcy nie mają zasadniczo możliwości przeforsowania swojego stanowiska. Dodatkowo wskazał, że istnienie aż ponad 20 wspólników w praktyce uniemożliwia podejmowanie działań które nie będą sprzeczne w jakimś stopniu z interesem któregoś z zamawiających.

Odwołujący podniósł, że jeśli chodzi o zamawiającego Gminę Lubawka, to nie ma takiego wspólnika w Sanikom. W § 8 ust. 1 a wskazano, że wspólnikiem jest Miasto Lubawka, a obszar działalności Sanikom o charakterze użyteczności publicznej został przypisany w § 4 tiret pierwsze do terenu Miasta Lubawka. Odwołujący wskazywał na tę zasadniczą różnicę już w postępowaniu KIO 2567/18, natomiast zgodnie z informacją z KRS, do dnia dzisiejszego nie zaistniała żadna zmiana w tym zakresie, nie zostało to także w jakikolwiek sposób uwzględnione w treści analizy czy ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

W ocenie odwołującego, twierdzenie, że w Sanikom Rada Nadzorcza realizuje kontrolę na rzecz wszystkich udziałowców, pozostaje gołosłowne. Zgodnie z §17 umowy spółki Rada Nadzorcza składa się z 3-6 członków, w tym dwóch spośród kandydatów do Rady Nadzorczej, wskazanych przez pracowników spółki. Jediną grupą, która posiada więc zagwarantowaną reprezentację, nie są określani (ani tym bardziej wszyscy) udziałowcy, ale pracownicy spółki. Nie ma żadnego dokumentu, z którego by wynikało, że każdy z członków Rady Nadzorczej reprezentuje określonych udziałowców. Decydują głosy na Zgromadzeniu Wspólników (przypisane do ilości udziałów), o czym świadczy treść porządku obrad Zgromadzenia Wspólników z dnia 25.06.2018r., gdzie jednym z p. porządku obrad był wybór członków Rady Nadzorczej VII kadencji- jak w zwykłej spółce prawa handlowego.

Na zapytanie odwołującego o protokoły z kontroli analogicznych, dokonywanych przez wspólników, a także dokumenty, zawierające wskazanie, który z członków Rady Nadzorczej reprezentuje które gminy, zamawiający nie potrafił dokonać takiego wskazania. Ponadto, biorąc pod uwagę, że to Sanikom dostarcza dokumenty i treści do postępowania, a także biorąc pod uwagę na każdorazowy zakres udziału w przygotowaniu zamówienia, przygotowanie projektu umowy wykonawczej (która jakoby ma być narzędziem kontroli, a jej treść jest sprzeczna z interesami zamawiających gmin, gdyż np. da się ją rozwiązać wyłącznie przez wszystkie gminy jednocześnie z zachowaniem 6 miesięcznego terminu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec

roku kalendarzowego- § 21) oraz treści przekazywane chociażby w protokołach organów Sanikom, gdzie pisze się o wprowadzeniu *in house* w spółce - gdzie to zamawiający ma decydować i sprawdzać, czy zachodzi podstawa do udzielenia zamówienia *in house*, a nie spółka w stosunku do swojej działalności, odwołujący stwierdził, że w zakresie zamówienia na odbiór i transport odpadów to raczej Sanikom kontroluje swoich wspólników, niż wspólnicy Sanikom.

Jeśli chodzi o działalność sprzeczną z interesem gmin – wspólników, odwołujący wskazał, że chociażby treść umowy wykonawczej, przekazanej zamawiającemu przez Sanikom, jest korzystna dla wykonawcy, nie dla zamawiającego, a to w szczególności ze względu na gwarancje finansowe i trwałości stosunku prawnego (§ 11, § 21).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 11 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. przez zaniechanie prawidłowego określenia podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, co polegało na:

- a) niewystarczającym uzasadnieniu, że zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki poprzez osiągnięcie wskaźnika 90%;
- b) niewystarczającym uzasadnieniu, że doszło do reorganizacji lub że reorganizacja (jeżeli do niej doszło) pozbawia wiarygodności dane historyczne dot. wykonawcy Sanikom;
- c) braku dołączenia do ogłoszenia prognozy handlowej mającej uzasadniać spełnianie przez Sanikom przesłanki z art. 67 ust. 14 pkt b ustawy P.z.p.;
- d) niewykazaniu, że zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p. mają kontrolę nad spółką Sanikom odpowiadającą kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami oraz niewykazaniu, że Sanikom nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę

odwołujący podniósł, co następuje:

Informacja o zamiarze zawarcia umowy zamówienia publicznego w porównaniu z poprzednim ogłoszeniem z dnia 4 grudnia 2018 r. jest bardziej rozbudowana. Cytuje wręcz dosłownie s. 4-8 odpowiedzi na odwołanie w postępowaniu KIO 2567/18, a dalszej części opiera się na Analizie finansowej z lutego 2019. Obszerność nie powoduje jednak przekazania treści, umożliwiających wykonawcy weryfikację jej prawidłowości. W ocenie odwołującego, zamawiający winien dołączyć do ogłoszenia całą analizę historyczną lub wiarygodną prognozę handlową. Chcąc zweryfikować decyzję zamawiającego o ponownym udzieleniu zamówienia w trybie niekonkurencyjnym firmie Sanikom, odwołujący złożył wniosek o udostępnienie dokumentów

mogących mieć znaczenie dla sprawy, w tym dokumentów korporacyjnych Sanikom i przede wszystkim Analizy finansowej w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie od 2019 do 2021 roku, przeprowadzonej dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o. w Lubawce, obejmującej m.in.: wyliczenie wskaźnika, o którym mowa w art 67 ust. 1 pkt 14 lit. b Pzp oraz analizę finansową pozwalającą określić wysokość dozwolonej rekompensaty za wykonywanie zadań w zakresie odbioru odpadów na okres powierzenia a także weryfikację tych dokumentów. Odwołujący dokumenty te otrzymał 19 lutego 2019 roku, ale nie wszystkie, a przede wszystkim stwierdził brak ze strony zamawiających jakichkolwiek dokumentów weryfikujących dokumenty przedłożone przez Sanikom.

Odwołujący stwierdził, że dla wszystkich typów zamówień *in-house* (art. 67 ust. 1 pkt 12-15) ustawa przewiduje szczególne obowiązki informacyjne. Na podstawie art 67 ust 11 przed udzieleniem zamówienia *in-house* zamawiający obowiązany jest zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej, informację o zamiarze zawarcia umowy. Obowiązek opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma charakter powszechny, niezależny od wartości zamówienia. Zgodnie z poglądami doktryny „Wykonanie tego obowiązku ma służyć upublicznieniu informacji o udzielanym zamówieniu *in-house* i umożliwieniu w ten sposób zainteresowanym wykonawcom wniesienia odwołania od wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII.LEX).

Odwołujący podniósł, że duże znaczenie ogłoszenia o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego dla transparentności systemu zamówień publicznych i prawidłowości udzielania zamówień z wolnej ręki była wielokrotnie podkreślana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał na wyrok z dnia 3 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 328/17, gdzie stwierdzono, że: „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."

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie dołączając do ogłoszenia pełnej dokumentacji oraz uniemożliwiając odwołującemu zapoznania się z odpowiednim wyprzedzeniem z dokumentami mającymi uzasadniać wybór udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, nie podołał obowiązkowi z art. 67 ust. 11 ustawy P.z.p..

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu znajdują się błędy, w ogłoszeniu na stronie BIP termin składania ofert jest tożsamy z dniem ogłoszenia, a w ogłoszeniu w Dz.U. UE podana wartość zamówienia 3.599.844,20 raz jest wartością w złotych (p. II.1.7.)a raz w EURO (p.V.2.4).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 p. 191 w związku z art. 24 ust. 10 oraz art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania w trybie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. wykonawcy Sanikom do wyjaśnienia i przedstawienia dowodów, że czynności wykonane przez wykonawcę w postępowaniu, polegające na sporządzeniu przez zleceniobiorcę Sanikom analizy, będącej następnie podstawą dla zamawiającego do określenia trybu zamówienia, spełnienia przesłanek do jego udzielenia, treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a nawet określenia szacunkowej wartości zamówienia (w sprzeczności z postanowieniami ustawy P.z.p.), oraz częściowo oparcia treści ogłoszenia o zamówieniu na treści odpowiedzi na odwołanie z postępowania KIO 2567/18, a także sporządzenia projektu umowy wykonawczej, czyli bezpośredniego, a co najmniej pośredniego udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, nie spowodują zakłócenia konkurencji, a także poprzez zaniechanie przez zamawiającego wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, odwołujący podniósł, co następuje:

Odwołujący podniósł, że wykonawca Sanikom praktycznie sam przygotował i dostarczył zasadnicze dokumenty w postępowaniu, co przyznał zamawiający w odpowiedzi na wniosek o informację publiczną. Przede wszystkim analizy, w których wykazywane jest spełnienie przesłanek do udzielenia zamówienia *in-house* bez dowodu na jakąkolwiek ich weryfikację ze strony zamawiającego, ponadto posłużenie się wynikiem analizy przy szacowaniu zamówienia, pomimo że z szacowania na podstawie art. 32 i 34 ustawy P.z.p. wynikała zupełnie inna wartość, po trzecie – inkorporowanie treści z analizy i innych dokumentów, przygotowanych przez osobę, będącą zleceniobiorcą wykonawcy, do treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Także

projekt umowy wykonawczej został przygotowany i przedłożony przez Sanikom, a, jak wynika z treści protokołu negocjacji, nie wprowadzono do niego żadnych zmian.

Skoro zamawiający twierdzi w odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej, że z panią Mecenasa dr A. W. - W. [która jest Autorką lub Współautorką Analiz w latach 2017-2019] nie miał zawartych żadnych umów w latach 2016-2019, to należy wnioskować, że wszystkie dokumenty sporządzała Ona na zlecenie Sanikom (pomimo wniosku o udzielenie informacji publicznej o dostarczenie tych umów przez Sanikom, do dnia dzisiejszego te umowy nie zostały przekazane odwołującemu), i że na zlecenie Sanikom wykonywała więc zapewne także czynności zastępstwa zamawiającego w postępowaniu KIO 2567/18.

Równocześnie, w związku z posłużeniem się w postępowaniu przez zamawiającego dokumentami, stanowiącymi podstawę postępowania a przekazanymi przez wykonawcę Sanikom, udział Sanikom w przygotowaniu postępowania jest bezsporny. W przypadku zamówienia z wolnej ręki, konieczność stosowania art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p. nie została wyłączona, co wynika a contrario z art. 67 ust. 4-6 ustawy P.z.p., gdzie enumeratywnie wyliczono możliwości odstąpienia przez zamawiającego w postępowaniu z wolnej ręki od stosowania przepisów art. 19-21, art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 68 ust. 1 w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. b i pkt aa oraz 2, a także zamówień, o których mowa w ust. 3, art. 68 ust. 2 oraz art. 139 w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1 pkt 9 i od stosowania przepisu art. 68 ust. 2 w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1 pkt 1a.

Ustawodawca wskazał zatem wprost, od stosowania których przepisów o charakterze ogólnym i szczególnym w przypadku zamówienia z wolnej ręki można odstąpić, resztę - a więc art. 24 ust. 1 p. 19 i art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. pozostawiając w mocy.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający - w przypadku wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p., co zostało wykazane przez odwołującego w niniejszej sprawie - zobowiązany jest do wezwania wykonawcy w trybie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. o wyjaśnienia celem przedstawienia dowodów, że wskazana przez niego osoba (przygotowująca postępowanie o udzielenie zamówienia) nie spowoduje w przedstawionych okolicznościach zakłócenia konkurencji, zatem wykonawca przed wykluczeniem powinien otrzymać szansę przedstawienia swojego stanowiska w sprawie. Sankcją braku wykazania nie zakłócenia konkurencyjności (w niniejszej sprawie, zdaniem odwołującego, jest to nie do wykazania, gdyż całe postępowanie opiera się tylko i wyłącznie na analizach, przygotowanych na zlecenie Sanikom) jest wykluczenie wykonawcy, co powinno mieć miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdzie zamawiający

powinien przeprowadzić własną analizę historyczną/wiarygodną prognozę handlową i wykonać własną dokumentację postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 oraz art. 67 ust. 11 pkt 21 ustawy P.z.p. w związku z art. 6c ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dla przedmiotu postępowania, jakim jest również odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, które to nieruchomości objęte są na podstawie art. 6c ust. 2a UCPG ustawowym obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu, co w konsekwencji doprowadziło do obejścia przepisów UCPG oraz błędnego określenia przedmiotu postępowania, odwołujący podniósł, co następuje:

Jak wynika z brzmienia nazwy przedmiotu zamówienia, wskazanej w ogłoszeniu w BIP, „Odbiór odpadów komunalnych z terenów zamieszkałych oraz terenów częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych Gminy Lubawka, Gminy Stare Bogaczowice oraz Gminy Mściwojów, postępowaniem tym objęte jest również odbieranie odpadów z terenów niezamieszkałych. Z punktu widzenia przepisów UCPG, odbieranie odpadów komunalnych z niezamieszkałych nieruchomości wymaga przeprowadzenia przetargu, a zatem postępowania opartego na przepisach PZP w trybie nieograniczonym lub ograniczonym. Wynika to wprost z art. 6c ust. 2a UCPG. Co więcej, objęcie takich nieruchomości zadaniem gminy (a tym samym w ogóle możliwość organizacji postępowań w zakresie odbierania odpadów z ich terenu) jest dopuszczalna wyłącznie, gdy rada gminy postanowi o tym w drodze uchwały. Wynika to wprost z art. 6c ust. 2 UCPG. Ponadto, zgodnie z art. 6c ust. 2a UCPG, w przypadku, gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa wyżej, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt/burmistrz/prezydent miasta byłby obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy P.z.p. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów, nie może udzielać zamówienia z wolnej ręki. Przedmiot zamówienia wykracza zatem poza to, co jest możliwe do udzielenia, zgodnie z art. 6d ust. 1 UCPG.

Odwołujący nie zgadza się z wykładnią, że odbiór odpadów komunalnych z wolnej ręki w ramach *in house* może nastąpić z nieruchomości częściowo zamieszkałych i częściowo niezamieszkałych (nawet w przypadku jeżeli zamieszkuje tam jedna osoba), a w których prowadzona jest równocześnie działalność gospodarcza (handel, gastronomia, usługi, instytucje itp.). W samych przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie występuje

pojęcie „nieruchomości częściowo zamieszkałych i częściowo niezamieszkałych”, a jedyny przypadek, gdzie jest mowa o części nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych to art. 6j ust. 4 USPG, który dotyczy opłat z tych nieruchomości, które w tym wypadku stanowią sumę opłat dla lokali mieszkalnych i użytkowych- cały czas ustalanych w odrębny sposób. Lokale, w których prowadzona jest działalność gospodarcza, powinny być objęte procedurą przetargową, co potwierdza Ministerstwo Środowiska, którego urzędnicy przygotowali projekt ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W odpowiedzi na interpelację w przedmiotowej sprawie skierowaną do Marszałka Sejmu RP Marka Kuchcińskiego (pismo DGO.VI.070.2.2018.MD z dnia 10.09.2018r.), Wiceminister Środowiska Sławomir Mazurek informuje : „ (...) wydaje się, że przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach są jednoznaczne; co nie wyklucza możliwości podejmowania prób odmiennej interpretacji przez kancelarie prawne lub same zainteresowane gminy”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 lutego 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dot. braku spełnienia przesłanki kontroli analogicznej , zamawiający stwierdził, że zastosowany przez Spółkę tryb zamówień Z wolnej ręki spełnia wszelkie przesłanki faktyczne oraz prawne, ponieważ zarówno podmioty publiczne posiadające udziały w kapitale zakładowym spółki, jak i sama spółka przed powierzeniem zadania odbioru i transportu odpadów komunalnych analizowały dogłębnie możliwość skorzystania z tego trybu. W celu stwierdzenia czy Spółka SANIKOM może skorzystać z wyjątku zamówień z wolnej ręki w trybie in house sporządzone zostały liczne dokumenty. Odbyło się szkolenie dla wspólników z tematyki spółek in house przybliżające zagadnienie powierzenia zadań, omówiono przy tym przesłanki powierzenia, sposób ustalania oraz weryfikacji rekompensaty, możliwości kontroli wykonywania zadań, dbania o jakość świadczonych usług oraz omówiono na przykładach wyroków TSUE najczęściej popełniane przez podmioty oraz spółkę błędy dotyczące powierzenia.

W celu sprostania wymaganiom określonym w art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp oraz wymaganiom wynikającym z Decyzji KE z dnia 20 grudnia 2011 r. opracowane zostały następujące dokumenty:

1. Weryfikacja dokumentów przedstawionych przez Spółkę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom sp. z o.o. w Lubawce, obejmująca w szczególności:

- analizę zapisów aktu założycielskiego pod kątem spełnienia przesłanki kontroli analogicznej (pierwszej przesłanki) oraz przesłanki braku bezpośredniego udziału kapitału prywatnego (trzeciej przesłanki),

- wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku kontroli analogicznej ,

- analizę spełnienia drugiej przesłanki dotyczącej wykonywania przeważającej działalności na rzecz podmiotów powierzających oraz sposób jej wyliczenia.

2. Analiza finansowa w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych dla Gminy Lwówek Śląski w okresie 01.08.2018 – 31.12.2021 przeprowadzona dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Sp. z o.o. w Lubawce z lipca 2018 r.

3. Analiza finansowa w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie 01.01.2019 – 31.12.2021 przeprowadzona dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o. w Lubawce w listopadzie 2018 r. obejmująca m.in.: wyliczenie wskaźnika, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b Pzp oraz analizę finansową pozwalającą określić wysokość dozwolonej rekompensaty za wykonywanie zadań w zakresie odbioru odpadów na okres powierzenia.

Niniejsza analiza finansowa z listopada 2018 r.. stanowi kontynuację analiz sporządzonych przy uprzednich powierzeniach zadania odbioru odpadów komunalnych przez inne Gminy-Wspólników, li. Analizy finansowej z listopada 2017r. (I powierzenie zadania dla Gmin-Wspólników) oraz z lipca 2018 r. (Aktualizacja Analizy finansowej przy powierzeniu zadania przez Gminę Lwówek Śląski).

4. Analiza finansowa w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie od 2019 do 2021 roku, przeprowadzona dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Sp. z o.o. w Lubawce przeprowadzona na poczet niniejszego postępowania, obejmująca m.in.:

- wyliczenie wskaźnika, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b Ustawy P.z.p. oraz

- analizę finansową pozwalającą określić wysokość dozwolonej rekompensaty za wykonywanie zadań w zakresie odbioru odpadów na okres powierzenia

5. Wyliczenie wskaźnika historycznego

6. Zmieniony akt założycielski spółki.

7. Projekt umowy wykonawczej wraz z regulaminem rekompensaty.

Zamawiający wskazał, że kontrola analogiczna oraz inne przesłanki in-house były już przedmiotem badania przez KIO – wyrok z dnia 27 grudnia 2018 roku, sygn. akt: KIO 2567/18

oraz przez Departament Kontroli Zamówień Publicznych, który stwierdził brak podstaw do wszczęcia szczegółowej kontroli.

Zamawiający przywołał szereg orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, w tym: C-182/11 i C-183/11 Econord, C—324/07 Coditel Brabant i inne na okoliczność wykazania, że w rozpoznawanej sytuacji mamy do czynienia z kontrolą analogiczną.

Zamawiający podniósł, że Spółka Sanikom jest Spółką, która w 100% należy do podmiotów publicznych, które partycypują „we władzy” nad tą jednostką i posiadają różne wielkości udziałów. Nie jest przy tym istotny udział jaki podmioty publiczne posiadają w kapitale zakładowym spółki. Wyrok w sprawie Tragsal wskazuje, iż aby udowodnić sprawowanie kontroli nad spółką każdy z podmiotów publicznych powinien posiadać w niej jakieś udziały, które nie muszą być wysokie. Jedyny warunek to ten, żeby prawa wynikające z tych udziałów były wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę.

Ponadto, każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela, który z kolei może reprezentować jeden lub kilka podmiotów. Istotny jest rzeczywisty wpływ każdego pojedynczego zamawiającego na podejmowane decyzje w Spółce, pomimo, iż wpływ nie musi być skuteczny (zamawiający może zostać przegłosowany). W Spółce Sanikom wybrani przedstawiciele reprezentują więcej niż jeden podmiot.

Zamawiający stwierdził, że spółka omawia z radą nadzorczą wszelkie istotne kwestie dot. spraw spółki zarówno jej planowany rozwój strategiczny, jak i ważniejsze bieżące sprawy, również dot. wynagrodzeń pracowników i inne.

Spółka Sanikom świadczy zadania użyteczności publicznej wyłącznie na terenach macierzystych podmiotów zgodnie z wymogami przepisów wspólnotowych oraz ustawą o gospodarce komunalnej. Spółka nie zostanie otworzona na kapitał zewnętrzny (prywatny), co zostało podkreślone w akcie założycielskim. Wspólnicy ograniczyli autonomię Zarządu spółki poprzez wprowadzenie do aktu założycielskiego obowiązku opiniowania przez Radę Nadzorczą (działającą w imieniu wszystkich wspólników) planowanych rozporządzeń prawem, zawieranych istotnych dla Spółki umowach oraz zaciągniętych przez Zarząd Spółki zobowiązaniach w wysokości przekraczającej 200.000 euro. Zamawiający podkreślił, iż „strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylecia tego marginesu swobody.”² Kwota samodzielnego decydowania o sprawach Spółki nie może być zbyt wysoka, aby nie można było stwierdzić autonomii zarządu, ani zbyt niska, aby nie blokowała funkcjonowania działalności

Spółki. Dlatego też kwota ta była poddana dogłębnej analizie przez Wspólników na Zgromadzeniu wspólników, Ponadto, organy nadzorujące Spółkę akceptują Plan finansowy na następny rok obrachunkowy, Plany inwestycyjne, Regulamin organizacyjny spółki, Regulamin Zarządu, rozliczenie roczne rekompensaty, co stanowi dodatkową możliwość wpływania na politykę prowadzoną w Spółce. Warto wspomnieć, iż możliwość wpływu na decyzje podejmowane w Spółce może się odbywać na 'różnych płaszczyznach i z wykorzystaniem różnych metod (szczegółowiej na ten temat w Weryfikacji dokumentów przedstawionych przez Spółkę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom sp. z o.o. w Lubawce).

Spółka Sanikom jest podmiotem wewnętrznym, który w praktyce nie negocjuje tylko wykonuje polecenia Wspólników. Można stwierdzić, iż Gminy powierzają Spółce zadania władczym aktem powierzenia, Spółka natomiast jest zobowiązana przyjąć zadanie do wykonywania, za precyzyjnie, obiektywnie i przejrzyste obliczoną rekompensatę i otrzymuje wytyczne co do wymaganej jakości świadczonych usług, które również podlegają kontroli. Pozycję „podległą” spółki (typową dla spółek wewnętrznych in house) wyraźnie uwidacznia sposób ustalania taryf za odbiór i transport odpadów. Spółka jest zobowiązana przedkładać Zamawiającemu przed kolejnym rocznym okresem rozliczeniowym Plan rzeczowo-finansowy do zatwierdzenia, który zawiera również proponowane ceny jednostkowe netto (stawki) za odbiór i transport odpadów. Ostateczne rozliczenie rekompensaty za dany rok rozliczeniowy następuje z uwzględnieniem wypłacanych w trakcie roku miesięcznych rekompensat wynikających z przedstawianych miesięcznych zestawień ilości odebranych frakcji odpadów, na podstawie Sprawozdania z rozliczenia rekompensaty przedkładanego do Zamawiającego. Zamawiający samodzielnie lub poprzez niezależnego eksperta dokonuje weryfikacji przekazanej do Spółki rekompensaty poprzez określenie wysokości rekompensaty należnej (obliczonej zgodnie z regulaminem rekompensaty) na podstawie rzeczywistych przychodów i kosztów Spółki w zakończonym roku rozliczeniowym. W przypadku, gdy rekompensata należna obliczona zgodnie z regulaminem rekompensaty wykaże, iż poniesione koszty Spółki na zadaniu były niższe niż przychody, z uwzględnieniem rozsądnego zysku, to rekompensata zostanie uznana za nadmierną i podlegać będzie zwrotowi jako nadwyżka rekompensaty. W takim przypadku zgodnie z zapisami regulaminu rekompensaty, Spółka zweryfikuje wysokości rekompensaty na następne okresy rozliczeniowe w rocznych Planach rzeczowo-finansowych, w szczególności poprzez zmianę cen jednostkowych netto (stawek), celem ich dostosowania. W przypadku, gdy Spółka nie dokona rozliczenia rekompensaty za zakończony rok rozliczeniowy, bądź nie dokona zwrotu nadwyżek lub w przypadku stwierdzenia wykorzystania rekompensaty niezgodnie z przeznaczeniem, to

Zamawiający wstrzyma rozliczenie rekompensaty należnej Spółki na kolejne okresy i nałoży na Spółkę kary umowne, przewidziane w umowie wykonawczej.

Kontrola wykonywana przez Wspólników umożliwia im wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę Spółkę, a „podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jednostki samorządu terytorialnego, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi. Spółka Sanikom jest podmiotem zależnym zarówno pod względem gospodarczym, jak i podległym organizacyjnie.

Spółka Sanikom nie działa w interesie sprzecznym z interesem Gmin, sprawujących kontrolę, tylko zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w interesie Gmin, zgodnie z ich z wolą i wyznaczoną strategią. W Wytycznych Komisji Europejskiej dla państw członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe podkreślono, iż jeżeli na mocy swojego statutu jednostka ma na celu działanie w interesie swoich właścicieli i nie działa w jakimkolwiek innym interesie, wskazuje to na istnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami instytucji zamawiającej.

Kontrola analogiczna podobna do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to taka, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Dominujący wpływ na cele strategiczne to możliwość określania przez instytucje zamawiające celów podmiotu podległego oraz również prawo zatwierdzania bądź uchylania planów przedstawianych przez samą spółkę podległą. Cele strategiczne osoby podległej określane są przy powołaniu do życia podmiotu podległego - spółki i nie powinny być często zmieniane. Cele strategiczne określają również zakres działalności, który dana Spółka ma realizować lub zrealizować w określonym terminie czasowym.

W Spółce Sanikom dwadzieścia jeden podmiotów publicznych (Gmin) sprawuje wspólną, łączną kontrolę nad własnym podmiotem. Na Zgromadzeniach wspólników (odbywających się regularnie) omawiane są wszelkie ważniejsze sprawy dotyczące Spółki, ustalana jest strategia oraz dalszy jej rozwój. Wspólnicy wywierają decydujący wpływ na jednostkę kontrolowaną, a w szczególności na jej cele strategiczne (określają cele do wykonania przy powołaniu spółki) oraz na istotne decyzje podejmowane w Spółce. W tym miejscu należy podkreślić, iż wpływ na strategiczne cele podmiotu podległego - spółki nie oznacza permanentnie wpływania na podejmowane decyzje, a wyłącznie istnienie możliwości konstytutywnego kreowania tych celów. Wspólnicy ustalają również opłaty, ceny, priorytety Spółki, wymaganą jakość świadczonych usług. To decyzją Zgromadzenia wspólników Spółka miała stać się podmiotem wewnętrznym, została

zobowiązana do inwestowania w zasoby techniczne, opracowania planu, analizy uwzględniającej przystępowania poszczególnych gmin do powierzenia zadań w trybie zamówienia z wolnej ręki in house.

Kontrola Gmin będzie obejmowała zarówno ponoszone przez Spółkę koszty, otrzymywane przychody, jak i jakość świadczonych usług, ich zakres oraz wszystkie świadczone przez Spółkę zadania dodatkowe - nie powierzone (pod kątem nie przynoszenia strat, jak również nie przekraczania dozwolonego progu procentowego). Kontrola analogiczna będzie miała zatem charakter kompleksowy i nie będzie się ograniczać wyłącznie do decyzji strategicznych, jednakże obejmować będzie również istotne, indywidualne decyzje związane z zarządzaniem. Należy również podkreślić, iż kontrola powinna być skuteczna, strukturalna i funkcjonalna, nie powinna jednak przyjmować formy nadzoru, ponieważ odpowiedzialność ostatecznie zawsze ponosi organ zarządzający spółką. Kontrola skuteczna umożliwi wywieranie decydującego wpływu na zarząd spółki przez Zamawiającego, Radę nadzorczą i Zgromadzenie wspólników. Kontrola strukturalna to przede wszystkim kontrola przez organy statutowe spółki, w skład których wchodzi przedstawiciele instytucji Zamawiającej, a kontrola funkcjonalna to kontrola rzeczywistego zakresu wykonywanej działalności określonej w Umowie spółki.

W celu uszczegółowienia sprawowanej nad Spółką kontroli w umowie wykonawczej wpisano liczne postanowienia, ułatwiające jej sprawowanie. W szczególności określono, iż Zgromadzenie Wspólników ma być informowane zgodnie z par. 2 pkt 10 umowy wykonawczej o: planowanych zakupach inwestycyjnych, planowanym ubieganiu się o środki publiczne z funduszy unijnych, decyzji o przyznaniu albo odmowie przyznania oraz proponowanych warunkach dofinansowania. Gminy mają zagwarantowane prawo zgodnie z postanowieniami par. 6 pkt, 2 umowy wykonawczej do okresowej kontroli świadczonych przez Spółkę usług, Spółka jest zobowiązana do przedkładania raz rocznie Planu rzeczowo-finansowego (par. 8 umowy wykonawczej). regularnego przedkładania Sprawozdań ze świadczonych usług oraz wypłaconej rekompensaty. Ograniczone zostało prawo Spółki do korzystania z usług podwykonawców (art. 14 umowy wykonawczej). W par. 15 umowy wykonawczej ujęto postanowienia dotyczące kontroli wykonywanych zadań, w celu sprostania obowiązkowi kontroli analogicznej oraz obowiązkowi świadczenia usług o wysokiej jakości. Umowa określa także sposób badania przez Gminy jakości świadczonych usług. Spółka zobowiązana została również do niezwłocznego przekazywania informacji dotyczących realizacji umowy, na każde żądanie Gminy (par. 4 pkt. 22 umowy wykonawczej). Zgodnie z postanowieniami umowy wykonawczej wszelkie świadczone usługi prowadzone przez Spółkę będące usługami komercyjnymi będą na bieżąco analizowane pod

kątem możliwości ich dalszego świadczenia i spełniania wskaźnika procentowego (postanowienia par. 2 pkt. 1 1 oraz par. 4 ust. 1 pkt. 25 umowy wykonawczej).

Wszelkie powyższe działania i uprawnienia Gmin świadczą o sprawowaniu kontroli analogicznej wymaganej przepisami prawa dla spółek wewnętrznych in house.

Zamawiający stwierdził, że określenie w umowie – akcie założycielskim spółki jako wspólnika Miasto Lubawka wynika z tego, że jest to gmina miejsko-wiejska, na czele której stoi Burmistrz Miasta i w której funkcjonuje rada miasta i urząd miasta. Z uwagi na parokrotne zmiany poprzedniego statutu gminy, który obowiązywał do października 2018 roku, podczas zmiany umowy spółki wpisano, że wspólnikiem jest Miasto Lubawka. Zamawiający przedłożył Statut Rady Powiatu Kamiennogórskiego z dnia 29 marca 2016 roku, w którym wymieniono jako jedną z gmin wchodzących w skład tego powiatu gminę miejsko-wiejską Lubawka. Zatem samo miasto Lubawka nie jest odrębną jednostką samorządu terytorialnego, lecz wchodzi w skład gminy miejsko-wiejskiej Lubawka, w której siedzibą rady i burmistrza miasta jest miasto Lubawka.

Rada Nadzorcza reprezentuje wszystkich udziałowców, co wyraźnie wynika ze przedstawionych odwołującym kopii protokołów Rady Nadzorczej. Rada nadzorcza działa w interesie wspólników i wszelkie ważniejsze sprawy kieruje na zgromadzenie wspólników.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego reorganizacji oraz nieadekwatności danych historycznych, zamawiający stwierdził, że Spółka przyjęła stanowisko Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju pana M. H., który pod pojęciem „reorganizacji” definiuje „przekształcenia podmiotowe, reorganizacja struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności”, W przypadku, gdy dane w wyniku reorganizacji będą niedostępne lub niewiarygodne, należy wtedy przyjąć wiarygodne prognozy handlowe, w których Spółka wykaże (w przyjętym do obliczeń okresie czasu), iż większość wykonywanych zadań tzn. ponad 90% będzie świadczonych na rzecz Gmin. Dokumenty na poparcie prognoz sporządzone przez ekspertów z tej dziedziny lub też samą Spółkę mogą być sporządzone, w szczególności w formie wyceny, sprawozdania, bilansu, analizy finansowej z lub planowanych do zawarcia porozumień lub umów wykonawczych.

Sąd Najwyższy natomiast stwierdził, iż w pojęciu reorganizacja „mieści się każda zmiana struktury organizacyjnej określonej jednostki, choćby dotyczyła tylko jednego wycinka jej działalności i jednego z jej elementów konstrukcyjnych”. Tu warto podkreślić, iż reorganizacja to nie restrukturyzacja, która jest pojęciem szerszym.

Cytując za Słownikiem Języka Polskiego „ reorganizacja ” jest to „ zmiana organizacji czegoś, urządzenie czegoś w inny sposób ”. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Szczecinie w

wyroku z dnia 11.01.2013 r. wskazując, że y, reorganizacja ” oznacza zorganizowanie czegoś na nowo, w inny sposób, w konsekwencji czego może oznaczać zmianę ilościową lub jakościową lub obie te zmiany łącznie.

Zmiana zakresu działalności, reorganizacja struktury właścicielskiej nastąpiła również w Spółce Sanikom.

W wyroku KIO (Sygn. akt KIO 96/17) w sprawie odwołania dotyczącego planowanego udzielenia zamówienia publicznego przez Gminę Miasto Tarnów, stwierdzono kilka kluczowych warunków, które świadczyły za uznaniem „reorganizacji” w Spółce, o której mowa w art. 67 ust. 9 P.z.p. i tym samym sporządzeniem wiarygodnych prognoz handlowych jako podstawy do określenia procenta działalności publicznej. Organ kontrolny KIO wskazała przy tym na następujące warunki, składające się na proces reorganizacji:

1) Zmiana zakresu działalności wykonawcy (Spółki), polegająca na skoncentrowaniu wykonywanej działalności na rzecz powierzającego (Gminy Tarnów), przejawiająca się w ograniczaniu działalności komercyjnej na rzecz innych podmiotów. Celem zmiany zakresu działalności jest zmiana „do poziomu dopuszczalnego wskaźnika ”, tak aby wykonawca mógł funkcjonować jako podmiot wewnętrzny

2) Zmiana zakresu działalności wpłynęła na dane finansowe wykonawcy, w tym na zmianę struktury przepływów finansowych. W wyniku przeprowadzonych zmian oraz w konsekwencji również zmiany sytuacji finansowej wykonawcy, Izba podzieliła pogląd, iż „dane finansowe z poprzednich trzech lat są danymi nieadekwatnymi do sytuacji obecnej”, czyli po zmianie zakresu działalności.

3) Wykonawca wykazał na potwierdzenie działań reorganizacyjnych także wzrost zatrudnienia na zadaniu oraz realizowane inwestycje w zakresie sprzętu i unowocześniania środków transportu. Konsekwencją zmian personalnych była zmiana zadań pracowników zadań oraz wprowadzenie nowego schematu organizacyjnego Spółki. Organ kontrolny KIO uznał wskazane zmiany organizacyjne, w tym personalne i techniczne jako związane z wypełnieniem normy art. 36a ust. 2a ustawy Pzp zgodnie z którą: „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”.

Podobne przesłanki istnieją również w Spółce Sanikom z Lubawki. Spółka Sanikom, począwszy od 2016r. przeprowadza zmiany w zakresie swojej działalności oraz przechodzi

zmiany właścicielskie w zakresie przystępowania kolejnych gmin jako udziałowców, w celu ograniczenia świadczonych przez Spółkę usług pozostałych (komercyjnych) do poziomu poniżej 10% ogółu działalności. Tym samym Zarząd Spółki konsekwentnie przygotowuje Spółkę do możliwości przejęcia zadań publicznych od udziałowców w trybie zamówienia in-house udzielanych po 1 stycznia 2017 r. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp. Już w Sprawozdaniu z działalności Zarządu oraz w Sprawozdaniu rocznym z działalności za 2016 rok, Zarząd Spółki informował wspólników o możliwości zlecenia przez gminy usługi odbioru odpadów na podstawie delegacji Pzp w trybie zamówień in house. W tym samym roku Spółka przejęła zadanie odbioru od Gminy Lwówek Śląski, przejmując tamtejszy Zakład Oczyszczania Miasta. Gmina Lwówek Śląski została również udziałowcem Spółki. W roku 2017 udziałowcami Spółki zostały trzy kolejne Gminy, tj. Gmina Miejska Złotoryja, Gmina Wiejska Złotoryja i Gmina Zagrodno, które przystąpiły do Spółki z zamiarem powierzenia jej zadań publicznych. W latach ubiegłych zadania na rzecz tych Gmin były prowadzone jako zadania komercyjne. Przyjęcie nowych udziałowców było decyzją zarówno Zarządu jak i wspólników Spółki, potwierdzone poprzez przyjęte uchwały Zgromadzenia Wspólników Spółki, którą podjęto również z zamiarem zwiększenia udziału zadań publicznych w działalności Spółki. Tym samym, trudno nie zauważyć konsekwentnych działań Spółki w dążeniu do spełnienia procentu działalności publicznej (wskaźnika) jako podstawy powierzenia jej zadań w trybie zamówień z wolnej ręki. Ponadto, Spółka ogranicza zakres działalności pozostałej (komercyjnej), jak np. w przypadku zadania utrzymania letniego i zimowego dróg, przejmując to zadanie od podwykonawcy w Gminie Boguszów Gorce, co również od 2019r. zwiększy wskaźnik działalności publicznej. Reasumując, Spółka konsekwentnie realizuje reorganizację, w tym przypadku w zakresie struktury właścicielskiej i wynikającej z niej zmiany zakresu działalności w kierunku zwiększania udziału działalności publicznej, w celu utrzymania statusu spółki wewnętrznej po zmianie przepisów od 1 stycznia 2017r. Bez tych działań Spółka nie mogłaby starać się o zamówienia in-house, a tym samym podważyłaby wcześniejsze swoje decyzje i cele.

Konsekwencją zmiany zakresu działalności i reorganizacji struktury właścicielskiej jest ich wpływ na sytuację finansową wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego procentu działalności i niewiarygodności prognozy zamawiający stwierdził, że prognoza finansowa wykazała, że spółka Sanikom osiągnie w latach 2018-2021 wskaźnik na poziomie 90,24% przychodów z działalności publicznej. Zamawiający powołał się na „Analizę finansową w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów

komunalnych w okresie 01.03.2019 – 31.12.2021 przeprowadzoną dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Sp. z o.o. w Lubawce.

Zamawiający stwierdził, że spółka i zamawiający zgodzili się na sporządzanie Analizy z ponownie wyliczonym wskaźnikiem zawierającym najbardziej aktualne dane w zakresie przychodów, przed każdym postępowaniem o powierzenie zadania. Prognoza spółki jest wykonywana w sposób kroczący, co jest potwierdzeniem realistyczności i wiarygodności. Zamawiający jako jednostki samorządu terytorialnego preferują ten sposób sporządzania prognoz, analogiczny jak w przypadku sporządzania wieloletnich prognoz finansowych w samorządach.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania opublikowania analizy finansowej wraz z ogłoszeniem, zamawiający podniósł, że z żadnych przepisów nie wynika obowiązek publikacji wiarygodnej prognozy handlowej. Art. 67 ust. 11 ustawy P.z.p. wyraźnie określa, jakie elementy powinna zawierać informacja o zamiarze zawarcia umowy i wszystkie te elementy zostały przez zamawiającego w sposób bardzo obszerny wskazane. Ponadto stwierdził, że zastosował się do poprzedniego wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2018 roku sygn. akt KIO 2567/18.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania w trybie art 24 ust 10 ustawy P.z.p. wykonawcy Sanikom do wyjaśnienia i przedstawienia dowodów, że czynności wykonane przez wykonawcę w postępowaniu, polegające na sporządzeniu przez zleceniobiorcę Sanikom analizy, będącej następnie podstawą dla zamawiającego do określenia trybu zamówienia, spełnienia przesłanek do jego udzielenia, treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a nawet określenia szacunkowej wartości zamówienia (w sprzeczności z postanowieniami ustawy P.z.p.), częściowo oparcia treści ogłoszenia o zamówieniu na treści odpowiedzi na odwołanie z postępowania KIO 2567/18, a także dostarczenia przez Sanikom projektu umowy wykonawczej - czyli bezpośredniego, a co najmniej pośredniego udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, nie spowodują zakłócenia konkurencji, a także poprzez zaniechanie przez zamawiającego wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, zamawiający stwierdził, że zarzut ten jest bezzasadny, ponieważ powołanego przepisu nie stosuje się do zamówień z wolnej ręki. Zamawiający przywołał tu stanowiska doktryny, w tym zawarte w komentarzu Józefa Edmunda Nowickiego „Prawo zamówień publicznych”, komentarzu W. Dzierżanowskiego, S. Babiara oraz w opinii Urzędu Zamówień Publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego uznania, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dla przedmiotu postępowania, jakim jest również odbieranie

odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, które to nieruchomości objęte są na podstawie art. 6c ust 2a UCPG ustawowym obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu, co w konsekwencji doprowadziło do obejścia przepisów UCPG oraz błędnego określenia przedmiotu postępowania, zamawiający powołał się na rozstrzygnięcie analogicznego zarzutu przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku w sprawie KIO 2567/18 oraz KIO 96/17.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wskazania braku naruszenia konkurencji, zamawiający stwierdził, że zarzut zaniechania wykazania braku naruszenia zasad konkurencji jest niezasadny, ponieważ działania podjęte przez zamawiającego nie naruszają żadnego z obowiązujących przepisów ustawy Pzp oraz żadnego z przepisów Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE). Po pierwsze, zarówno przepisy art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp jak i art. 102 TFUE, czy też art. 106 TFUE (powołane przez Odwołującego) nie nakładają na Zamawiającego obowiązku wykazania, że nie naruszone zostały zasady konkurencji, w inny sposób niż wykazanie, iż spełnia on przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Zgodnie z zasadą przejrzystości oraz ochrony konkurencji Zamawiający jest wyłącznie zobowiązany do wskazania (w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia) spełniania warunków określonych we wspomnianym art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp w związku z ust. 8-10 Pzp. Brak jest natomiast obowiązku wykazania przez Zamawiającego, że nie narusza on zasad konkurencji stosując tryb zamówienia in house. W przypadku, gdyby ustawodawca uważał za istotne i obowiązkowe wykazanie przez Zamawiającego, iż udzielenie zamówienia w trybie in house nie narusza konkurencji, to przesłanka taka zostałaby zapewne ujęta jako następny warunek konieczny w przepisach. Jeżeli ustawodawca takiego warunku (bardzo ważącego w skutkach) wyraźnie nie ujął w przepisach ustawy, to nie należy dokonywać nadinterpretacji przepisów.

Zamawiający wskazał, że przez ustawodawcę trybu konkurencyjnego dla zamówień in house nie może być traktowane, jako automatyczne naruszenie zasad konkurencji oraz nadużycie pozycji dominującej, ponieważ interpretacja taka prowadziłaby do naruszeń w każdym przypadku zastosowania tego wyjątkowego trybu.

Wprawdzie zamieszczenie informacji o zamiarze udzielenia zamówienia umożliwia potencjalnym wykonawcom dokonanie oceny spełniania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp oraz wniesienia odwołania w przypadku stwierdzenia, że brak jest podstaw do jego udzielenia, nie występuje jednakże możliwość unieważnienia, odstąpienia czy też przerwania procedury z wolnej

ręki, w przypadku gdy na rynku istnieje inny podmiot trzeci zdolny lub zainteresowany wykonaniem tego zamówienia.

Po drugie zamawiający wskazał, iż przepisy dotyczące zamówień in house wprowadzone zostały do polskiego prawodawstwa w celu dostosowanie przepisów krajowych do Dyrektywy 2014/24/UE. Art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE zawierający przesłanki zastosowania zamówień wewnętrznych in house można uznać za końcowy efekt długoletniego dorobku orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z tej tematyki. Zgodnie z pkt. 2 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE priorytetowym motywem przyjęcia Dyrektywy było uwzględnienie niektórych utrwalonych kierunków linii orzeczniczej TSUE, zapoczątkowanych w 1999 r. przez pierwsze wydane w tej sprawie orzeczenie Teckal Srl. Przesłanki art. 12 tejże Dyrektywy dotyczące zamówień in house zostały ujęte w taki sposób, aby nie naruszały zasady konkurencyjności, równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, co wyraźnie wynika z brzmienia pkt 31, akapitu drugiego, zdania trzeciego Preambuły Dyrektywy: „Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.” Preambuła Dyrektywy wskazuje ponadto, iż Dyrektywa w pełni uwzględnia zasady wyrażone w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tym samym nie sposób się zgodzić z argumentacją Odwołującego.

Ponadto, w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U, z 2016 r., poz. 1020) podkreślono, iż „Projekt zawiera propozycje, aby tzw. zamówienia in house były udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki a same przesłanki zostały zmodyfikowane - w stosunku do Dyrektywy - w taki sposób, aby podmioty, które otrzymują zlecenia bez przetargu w zasadzie nie uczestniczyły w konkurencji na otwartym rynku Minister Środowiska w wydanym stanowisku do ww. projektu wskazywał, że „Rezygnacja z dotychczasowego rozwiązania, nakładającego na gminy obowiązek przeprowadzenia przetargu na ww. usługi, umożliwi gminom stosowanie do tych usług wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych, łącznie z możliwością udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniających in house.”

Zamawiający podkreślił, iż Zamawiający i Spółka Sanikom długi czas przed powierzeniem zadań przygotowywali się do procedury zamówienia in house. Analizowano zarówno jego wady, jak i korzyści płynące dla Gmin oraz przede wszystkim dla mieszkańców. Przeprowadzono

szkolenia z tematyki, zweryfikowano dokumenty Spółki oraz sporządzono stosowne analizy w tym zakresie w celu podjęcia właściwej decyzji (por. ad 1 listy zarzutów). Nie można zatem zarzucać Zamawiającemu, iż nie przeprowadzał on analiz lub iż nie badał rynku.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, który wskazuje na konieczność stosowania analogi do Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz konieczność tym samym przeprowadzania analizy rynku. Zamówienia dotyczące dziedzin obronności nie mogą być porównywane do zamówień z wolnej ręki in house, z uwagi na ich odmienny charakter, specyfikę oraz inne wymogi stawiane przez obowiązujące przepisy prawa. Zgodnie bowiem z art. 13 Ij ust. I PZP Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, zaprasza do składania odpowiednio ofert, ofert wstępnych albo udziału w dialogu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3. Zamawiający ma zatem możliwość ograniczenia konkurencji działającej na rynku, poprzez opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania »boru wykonawców, a zatem słuszne wydaje się zalecenie opisane w „Przewodniku dotyczącym zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa ” przeprowadzania analizy rynku, Należy podkreślić, iż w sekcji IV. I .2 „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” znajduje się pole do wypełnienia „Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów”. To oznacza, że Zamawiający określa także te kryteria. Również i ta argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający stwierdził, że trudno zgodzić się z zarzutem Odwołującego i przyjąć, że Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej uchwaliły Dyrektywę 2014/24/UE niezgodnie z przepisami TFUE lub z ich pominięciem. Należy jeszcze raz powtórzyć, że zarówno żaden z przepisów ustawy prawo zamówień publicznych jak i żaden z przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie nakładają i nie wymagają od Zamawiającego, który planuje udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, aby uzasadniał i wykazywał, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób niż odwołując się do przesłanek wymaganych w art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp dla zastosowania tej podstawy prawnej. Jedynym warunkiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego jest wskazanie, że Spółka komunalna spełnia przesłanki określone w art. 67 ust. I pkt 14 Pzp. Wyłącznie wystąpienie tych przesłanek Zamawiający powinien udowodnić. Gdyby intencją ustawodawcy było dokonywanie dodatkowych analiz rynku wskazujących na brak konkurencji, o których pisze Odwołujący, to warunek taki zostałby dodany do przepisu

regulującego zamówienia in house. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 96/17, która podkreśliła, że ustawa Pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie art. 12 dyrektywy zamówieniowej) nie przewidują obowiązku przeprowadzenia analizy rynku wskazującej na brak naruszenia konkurencji. Również w innym wyroku organ KIO stwierdził, iż Zamawiający w celu prawidłowego przeprowadzenia zamówienia, nie musi przeprowadzać analizy w przedmiocie istnienia konkurencji na rynku właściwym, ponieważ ustawa prawa zamówień publicznych nie przewiduje takiego wymogu. Z przepisów ustawy nie wynika wymóg spełnienia jeszcze innych przesłanek niż te wprost wymienione w przepisie.

Art. 67 ust. 1 pkt 12-15 Pzp jest wyjątkiem do którego odsyła art. 10 ust. 2 Pzp Zgodnie z nim w przypadku spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, określonych w ustawie prawa zamówień publicznych, nie ma konieczności stosowania trybów podstawowych wymienionych w ust. 1 (przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego), ponieważ w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek. Nie dochodzi również do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ w trybie zamówienia z wolnej ręki, brak jest jakiegokolwiek konkurencji oraz konieczności przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców (zasada w tym trybie jest bezprzedmiotowa)? Tym samym analiza sytuacji rynkowej w zakresie ewentualnego naruszenia konkurencji i wskazanie, iż działalność Zamawiającego nie jest nadużyciem pozycji dominującej nie jest wymagana.

W zakresie zarzutu wszczęcia i prowadzenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniu zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji, zamawiający stwierdził, że Zarówno Dyrektywa 2014/24/1JE jak i Ustawa prawo zamówień publicznych wprowadzając przepisy dotyczące zamówień in house uznały uprzywilejowaną pozycję Zamawiającego, nie naruszającą zasad konkurencji, jeżeli spełni on określone w przepisach warunki.

Ponadto Spółka spełnia warunki określone w art. 106 ust. 2 TFUE, co jak sam wskazał Odwołujący mogłoby świadczyć o braku naruszenia konkurencji.

Przystępujący do postępowania odwoławczego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 11 lutego 2019 roku zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego dla zadania pod nazwą „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości

częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Lubawka, Stare Bogaczowice, Gminy Mściwojów” o następującej treści:

1. Określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia:

A. Określenie przedmiotu zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Lubawka, Gminy Stare Bogaczowice i Gminy Mściwojów.

Zakres przedmiotu zamówienia: Zakres zamówienia obejmuje:

1. Odbiór zmieszanych odpadów komunalnych;
2. Odbiór selektywnie zebranych odpadów zielonych i ulegających biodegradacji;
3. Odbiór selektywnie zebranych odpadów: szkła, papieru, tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych i metalu;
4. Wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych;
5. Dostarczanie odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych („RIPOK”).
6. Rodzaj i szacunkowa ilość odpadów w okresie realizacji zamówienia z terenu poszczególnych gmin:

Gmina Lubawka zmieszane odpady komunalne — 7165,73 Mg, szkło — 333,98 Mg, papier — 218,77 Mg, metal i tworzywa sztuczne 607,98 Mg, bio 269,50 Mg, odpady wielkogabarytowe — 103,93 Mg,

Gmina Stare Bogaczowice : zmieszane odpady komunalne— 2 534,08 Mg, szkło— 270,07 Mg, papier — 151,61 Mg, metal i tworzywa sztuczne — 231,24 Mg, bio — 12,39 Mg, odpady wielkogabarytowe— 97,77 Mg,

Gmina Mściwojów: zmieszane odpady komunalne — 2364 Mg, szkło — 180,85 Mg, ,papier — 28,51 Mg, metal i tworzywa sztuczne — 227,73 Mg, bio — 1,12 Mg, odpady wielkogabarytowe 14,34 Mg,

Nomenklatura wg CPV

90 50 00 00-0 Usługi związane z odpadami

90 51 31 00-7 Usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych

90 51 10 00-2 Usługi wywozu odpadów

34 92 81 80-6 Pojemniki i kosze na odpady i śmieci

1. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi:

Łączna wartość zamówienia na zadaniu odbiór i transport odpadów wynosi: 3 599 844,20 zł netto, (3 887 831,74 zł brutto), co w przeliczeniu na euro daje kwotę: 834 901,36 euro, z czego na:

Gminę Lubawka przypada kwota: 2 112 662,90 zł netto,

Gminę Stare Bogaczowice przypada kwota: 802 145,90 zł netto,

Gminę Mściwojów przypada kwota: 685 035,40 zł netto,

2. Nazwa i adres Wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia:

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Sp. z o.o. w Lubawce ul. Nadbrzeżna 5a
58-420 Lubawka

3. Podstawa prawna i uzasadnienie wyboru trybu dzielenia zamówienia z wolnej ręki:

Zamawiający Gmina Lubawka, działając w imieniu własnym oraz Gminy Stare Bogaczowice i Gminy Mściwojów, zgodnie z art.67 ust. 1 pkt 14 Ustawą PZP, może udzielić zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej i spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego, uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby

prawnej, kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

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

Zamawiający przed zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki dokonał weryfikacji czy podmiot, spełnia wszystkie przesłanki faktyczne i prawne umożliwiające powierzenie zadania odbioru i transportu odpadów komunalnych. W celu stwierdzenia czy Spółka SANIKOM może skorzystać z wyjątku zamówień z wolnej ręki w trybie *in house* sporządzone zostały liczne dokumenty.

W celu sprostania wymaganiom określonym w art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP oraz wymaganiom wynikającym z Decyzji KE z dnia 20 grudnia 2011 r. opracowane zostały następujące dokumenty:

1. Weryfikacja dokumentów przedstawionych przez Spółkę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom sp. z o.o. w Lubawce, obejmująca w szczególności:

analizę zapisów aktu założycielskiego pod kątem spełnienia przesłanki kontroli analogicznej (pierwszej przesłanki) oraz przesłanki braku bezpośredniego udziału kapitału prywatnego (trzeciej przesłanki), wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku kontroli analogicznej, analizę spełnienia drugiej przesłanki dotyczącej wykonywania przeważającej działalności na rzecz podmiotów powierzających oraz sposób jej wyliczenia.

2. Analiza finansowa w przedmiocie powierzenia zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie od 2019 do 2021 roku, przeprowadzona dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z o.o. w Lubawce, obejmująca m.in.:

wyliczenie wskaźnika, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b Pzp oraz analizę finansową pozwalającą określić wysokość dozwolonej rekompensaty za wykonywanie zadań w zakresie odbioru odpadów na okres powierzenia.

Niniejsza Analiza finansowa stanowi kontynuację analiz sporządzonych przy uprzednich powierzeniach zadania odbioru odpadów komunalnych przez inne Gminy-Wspólników.

3. Zmieniony akt założycielski spółki.

Przesłanki kontroli analogicznej:

Gminy: Lubawka, Stare Bogaczowice oraz Mściwojów są jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, o której mowa w art.3 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp warunek sprawowania kontroli analogicznej jest spełniony, gdy Zamawiający wspólnie wywierają decydujący wpływ na jednostkę kontrolowaną w sposób podobny do kontroli sprawowanej przez nie w stosunku do własnych wewnętrznych jednostek organizacyjnych, tzn. służb, wydziałów, departamentów. Kontrola ta zwana kontrolą analogiczną Gmin nad Spółką będzie spełniona, gdy łącznie zostaną spełnione następujące warunki:

w skład organów decyzyjnych Spółki będą wchodzić przedstawiciele wszystkich Gmin, przy czym przedstawiciele mogą reprezentować więcej niż jedną Gminę;

Gminy będą mogły wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje Spółki;

Spółka nie będzie działać w interesie sprzecznym z interesem Gmin, sprawujących kontrolę.

Spółka Sanikom jest Spółką, która w 100% należy do podmiotów publicznych, które partycypują „we władzy” nad tą jednostką i posiadają różne wielkości udziałów. Nie jest przy tym istotny udział jaki podmioty publiczne posiadają w kapitale zakładowym spółki. Wyrok w sprawie Tragsa wskazuje, iż aby udowodnić sprawowanie kontroli nad spółką każdy z podmiotów publicznych powinien posiadać w niej jakieś udziały, które nie muszą być wysokie. Jedyny warunek to ten, żeby prawa wynikające z tych udziałów były wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę. Ponadto, każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela, który z kolei może reprezentować jeden lub kilka podmiotów. Istotny jest rzeczywisty wpływ każdego pojedynczego zamawiającego na podejmowane decyzje w Spółce, pomimo, iż wpływ nie musi być skuteczny (zamawiający może zostać przegłosowany). W Spółce Sanikom wybrani przedstawiciele reprezentują więcej niż jeden podmiot.

Spółka Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” sp. z o.o. w Lubawce, będąca podmiotem w 100% należącym do Gmin, powstała dnia 01 stycznia 1998 r. w wyniku połączenia dwóch zakładów: Zakładu Budżetowego Gospodarki Komunalnej w Lubawce i Zakładu Budżetowego Wodociągów i Kanalizacji w Lubawce. Kapitał zakładowy spółki należy obecnie do 21 gmin: Gminy Lubawki, Gminy Kamiennej Góry, Gminy Czarny Bór, Gminy Męcinka, Gminy

Jawor, Gminy Mściwojów, Gminy Paszowice, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Marciszów, Gminy Wądroże Wielkie, Gminy Świerzawa, Gminy Wojcieszów, Gminy Boguszów-Gorce, Gminy Bolków, Gminy Mieroszów, Gminy Lwówek Śląski i Miasto Kamienna Góra, Gminy Zagrodno, Gminy Złotoryja Miejska, Gminy Złotoryja Wiejska. Gminy Zagrodno, Złotoryja Miejska oraz Złotoryja Wiejska przystąpiły do Spółki w roku 2017. Spółka Sanikom jest podmiotem wewnętrznym, który wykonuje powierzone mu przez Gminy umową spółki zadania użyteczności publicznej, w szczególności takie jak: prowadzenie, utrzymanie i eksploatacja Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych, odbiór i transport odpadów, utrzymanie czystości i porządku, utrzymanie zieleni miejskiej, utrzymanie zimowe i letnie dróg gminnych, zarządzanie cmentarzem komunalnym oraz zaopatrzenie mieszkańców w wodę i kanalizację.

Spółka Sanikom świadczy zadania użyteczności publicznej wyłącznie na terenach macierzystych podmiotów zgodnie z wymogami przepisów wspólnotowych oraz ustawą o gospodarce komunalnej. Spółka nie zostanie otworzona na kapitał zewnętrzny (prywatny), co zostało podkreślone w akcie założycielskim. Wspólnicy ograniczyli autonomię Zarządu spółki poprzez wprowadzenie do aktu założycielskiego obowiązku opiniowania przez Radę Nadzorczą (działającą w imieniu wszystkich wspólników) planowanych rozporządzeń prawem, zawieranych istotnych dla Spółki umowach oraz zaciągniętych przez Zarząd Spółki zobowiązaniach w wysokości przekraczającej 300.000 euro. „Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylecia tego marginesu swobody.” Kwota samodzielnego decydowania o sprawach Spółki nie może być zbyt wysoka, aby nie można było stwierdzić autonomii zarządu, ani zbyt niska, aby nie blokowała funkcjonowania działalności Spółki. Dlatego też kwota ta była poddana dogłębnej analizie przez Wspólników na Zgromadzeniu wspólników. Ponadto, organy nadzorujące Spółkę akceptują Plan finansowy na następny rok obrachunkowy, Plany inwestycyjne, Regulamin organizacyjny spółki, Regulamin Zarządu, rozliczenie roczne rekompensaty, co stanowi dodatkową możliwość wpływania na politykę prowadzoną w Spółce. Warto wspomnieć, iż możliwość wpływu na decyzje podejmowane w Spółce może się odbywać na różnych płaszczyznach i z wykorzystaniem różnych metod (szczegółowiej na ten temat w Weryfikacji dokumentów przedstawionych przez Spółkę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom sp. z o.o. w Lubawce).

Spółka Sanikom jest podmiotem wewnętrznym, który w praktyce nie negocjuje tylko wykonuje polecenia Wspólników. Można stwierdzić, iż Gminy powierzają Spółce zadania władczym aktem

powierzenia, Spółka natomiast jest zobowiązana przyjąć zadanie do wykonywania, za precyzyjnie, obiektywnie i przejrzysto obliczoną rekompensatę i otrzymuje wytyczne co do wymaganej jakości świadczonych usług, które również podlegają kontroli. Pozycję „podległą” spółki (typową dla spółek wewnętrznych in house) wyraźnie uwidacznia sposób ustalania taryf za odbiór i transport odpadów. Spółka jest zobowiązana przedkładać Zamawiającemu przed kolejnym rocznym okresem rozliczeniowym Plan rzeczowo-finansowy do zatwierdzenia, który zawiera również proponowane ceny jednostkowe netto (stawki) za odbiór i transport odpadów. Ostateczne rozliczenie rekompensaty za dany rok rozliczeniowy następuje z uwzględnieniem wypłacanych w trakcie roku miesięcznych rekompensat wynikających z przedstawianych miesięcznych zestawień ilości odebranych frakcji odpadów, na podstawie Sprawozdania z rozliczenia rekompensaty przedkładanego do Zamawiającego. Zamawiający samodzielnie lub poprzez niezależnego eksperta dokonuje weryfikacji przekazanej do Spółki rekompensaty poprzez określenie wysokości rekompensaty należnej (obliczonej zgodnie z regulaminem rekompensaty) na podstawie rzeczywistych przychodów i kosztów Spółki w zakończonym roku rozliczeniowym. W przypadku, gdy rekompensata należna obliczona zgodnie z regulaminem rekompensaty wykaże, iż poniesione koszty Spółki na zadaniu były niższe niż przychody, z uwzględnieniem rozsądnego zysku, to rekompensata zostanie uznana za nadmierną i podlegać będzie zwrotowi jako nadwyżka rekompensaty. W takim przypadku zgodnie z zapisami regulaminu rekompensaty, Spółka zweryfikuje wysokości rekompensaty na następne okresy rozliczeniowe w rocznych Planach rzeczowo-finansowych, w szczególności poprzez zmianę cen jednostkowych netto (stawek), celem ich dostosowania. W przypadku, gdy Spółka nie dokona rozliczenia rekompensaty za zakończony rok rozliczeniowy, bądź nie dokona zwrotu nadwyżek lub w przypadku stwierdzenia wykorzystania rekompensaty niezgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający wstrzyma rozliczenie rekompensaty należnej Spółki na kolejne okresy i nałoży na Spółkę kary umowne, przewidziane w umowie wykonawczej.

Kontrola wykonywana przez Wspólników umożliwia im wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę Spółkę, a „podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jednostki samorządu terytorialnego, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi.” Spółka Sanikom jest podmiotem zależnym zarówno pod względem gospodarczym, jak i podległym organizacyjnie.

Spółka Sanikom nie działa w interesie sprzecznym z interesem Gmin, sprawujących kontrolę, tylko zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w interesie Gmin, zgodnie z ich z wolą i wyznaczoną strategią. W Wytycznych Komisji Europejskiej dla państw członkowskich w sprawie wyboru

podmiotów wdrażających instrumenty finansowe podkreślono, iż „jeżeli na mocy swojego statutu jednostka ma na celu działanie w interesie swoich właścicieli i nie działa w jakimkolwiek innym interesie, wskazuje to na istnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami instytucji zamawiającej.'

Kontrola analogiczna podobna do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to taka, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Dominujący wpływ na cele strategiczne to możliwość określania przez instytucje zamawiające celów podmiotu podległego oraz również prawo zatwierdzania bądź uchylania planów przedstawianych przez samą spółkę podległą. Cele strategiczne osoby podległej określane są przy powołaniu do życia podmiotu podległego - spółki i nie powinny być często zmieniane. Cele strategiczne określają również zakres działalności, który dana Spółka ma realizować lub zrealizować w określonym terminie czasowym.

W Spółce Sanikom dwadzieścia jeden podmiotów publicznych (Gmin) sprawuje wspólną, łączną kontrolę nad własnym podmiotem. Na Zgromadzeniach wspólników (odbywających się regularnie) omawiane są wszelkie ważniejsze sprawy dotyczące Spółki, ustalana jest strategia oraz dalszy jej rozwój. Wspólnicy wywierają decydujący wpływ na jednostkę kontrolowaną, a w szczególności na jej cele strategiczne (określają cele do wykonania przy powołaniu spółki) oraz na istotne decyzje podejmowane w Spółce. W tym miejscu należy podkreślić, iż wpływ na strategiczne cele podmiotu podległego - spółki nie oznacza permanentnie wpływania na podejmowane decyzje, a wyłącznie istnienie możliwości konstytutywnego kreowania tych celów. Wspólnicy ustalają również opłaty, ceny, priorytety Spółki, wymaganą jakość świadczonych usług. To decyzją Zgromadzenia wspólników Spółka miała stać się podmiotem wewnętrznym, została zobowiązana do inwestowania w zasoby techniczne, opracowania planu, analizy uwzględniającej przystępowania poszczególnych gmin do powierzenia zadań w trybie zamówienia z wolnej ręki in house.

Kontrola Gmin będzie obejmowała zarówno ponoszone przez Spółkę koszty, otrzymywane przychody, jak i jakość świadczonych usług, ich zakres oraz wszystkie świadczone przez Spółkę zadania dodatkowe - nie powierzone (pod kątem nie przynoszenia strat, jak również nie przekraczania dozwolonego progu procentowego). Kontrola analogiczna będzie miała zatem charakter kompleksowy i nie będzie się ograniczać wyłącznie do decyzji strategicznych, jednakże obejmować będzie również istotne, indywidualne decyzje związane z zarządzaniem. Należy również podkreślić, iż kontrola powinna być skuteczna, strukturalna i funkcjonalna, nie powinna jednak przyjmować formy nadzoru, ponieważ odpowiedzialność ostatecznie zawsze ponosi organ

zarządzający spółką. Kontrola skuteczna umożliwi wywieranie decydującego wpływu na zarząd spółki przez Zamawiającego, Radę nadzorczą i Zgromadzenie wspólników. Kontrola strukturalna to przede wszystkim kontrola przez organy statutowe spółki, w skład których wchodzi przedstawiciele instytucji Zamawiającej, a kontrola funkcjonalna to kontrola rzeczywistego zakresu wykonywanej działalności określonej w Umowie spółki.

W celu uszczegółowienia sprawowanej nad Spółką kontroli w umowie wykonawczej wpisano liczne postanowienia, ułatwiające jej sprawowanie. W szczególności określono, iż Zgromadzenie Wspólników ma być informowane zgodnie z par. 2 pkt 10 umowy wykonawczej o: planowanych zakupach inwestycyjnych, planowanym ubieganiu się o środki publiczne z funduszy unijnych, decyzji o przyznaniu albo odmowie przyznania oraz proponowanych warunkach dofinansowania. Gminy mają zagwarantowane prawo zgodnie z postanowieniami par. 6 pkt. 2 umowy wykonawczej do okresowej kontroli świadczonych przez Spółkę usług, Spółka jest zobowiązana do przedkładania raz rocznie Planu rzeczowo-finansowego (par. 8 umowy wykonawczej), regularnego przedkładania Sprawozdań ze świadczonych usług oraz wypłaconej rekompensaty. Ograniczone zostało prawo Spółki do korzystania z usług podwykonawców (art. 14 umowy wykonawczej). W par. 15 umowy wykonawczej ujęto postanowienia dotyczące kontroli wykonywanych zadań, w celu sprostania obowiązkowi kontroli analogicznej oraz obowiązkowi świadczenia usług o wysokiej jakości. Umowa określa także sposób badania przez Gminy jakości świadczonych usług. Spółka zobowiązana została również do niezwłocznego przekazywania informacji dotyczących realizacji umowy, na każde żądanie Gminy (par. 4 pkt. 22 umowy wykonawczej). Zgodnie z postanowieniami umowy wykonawczej wszelkie świadczone usługi prowadzone przez Spółkę będące usługami komercyjnymi będą na bieżąco analizowane pod kątem możliwości ich dalszego świadczenia i spełniania wskaźnika procentowego (postanowienia par. 2 pkt. 11 oraz par. 4 ust. 1 pkt. 25 umowy wykonawczej).

Wszelkie powyższe działania i uprawnienia Gmin świadczą o sprawowaniu kontroli analogicznej wymaganej przepisami prawa dla spółek wewnętrznych in house.

Gminy przed powierzeniem zadań przeprowadziły dogłębną ocenę spełnienia wszystkich warunków wymaganych przepisami art. 67 ust.1 pkt 14 lit. a, z której wynikało, iż wszelkie przesłanki kontroli analogicznej zostały spełnione.

Spółka komunalna jest wspólnie kontrolowana przez Gminy w sposób podobny do kontroli sprawowanej przez nie w stosunku do własnych wewnętrznych jednostek organizacyjnych, tzn. służb, wydziałów, departamentów. Kontrola ta zwana kontrolą analogiczną polega na

dominującym wpływem na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki. Kontrola Gmin nad Spółką jest spełniona, ponieważ w szczególności:

1) w skład organów decyzyjnych Spółki wchodzi przedstawiciele wszystkich Gmin będących udziałowcami Spółki, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel Rady nadzorczej reprezentuje więcej niż jedną Gminę;

2) Gminy wspólnie wywierają decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje Spółki. Udziałowcy podejmują decyzje wspólnie na odbywających się regularnie Zgromadzeniach Wspólników, na których poruszane są wszelkie istotne dla Spółki decyzje, omawiany jest w szczególności przyszły rozwój spółki, strategia działania, pozyskiwanie środków finansowych, zagrożenia, zakup sprzętu, inwestowanie w ochronę środowiska. Wspólnicy są również zobowiązani do określenia polityki cenowej poprzez decydowanie o wysokości cen i opłat za świadczenie usług komunalnych. Istotny jest również wpływ podmiotów publicznych na jakość świadczonych usług w Spółce poprzez zatwierdzanie przez organy wykonawcze zgodnie z art. 13 ugk regulaminu korzystania z usług publicznych, w którym Spółka określa zasady korzystania z usług publicznych, a także obowiązki Spółki wobec odbiorców usług oraz poprzez egzekwowania zastrzeżonych w umowie wykonawczej kar umownych;

3) Spółka nie działała w interesie sprzecznym z interesem Gmin, sprawujących kontrolę. Zgodnie z Wytycznymi Komisji Europejskiej dla państw członkowskich w sprawie podmiotów wdrażających instrumenty finansowe podkreślono, że jeżeli na mocy swojego statutu jednostka ma na celu działanie w interesie swoich właścicieli i nie działa w jakimkolwiek innym interesie, wskazuje to na istnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami instytucji zamawiającej;

4) kontrola skuteczna jest sprawowana przede wszystkim za pośrednictwem Zgromadzenia Wspólników. Rady Nadzorczej. przez Gminy (przez wyznaczone merytoryczne osoby) oraz przez wprowadzone w Spółce zasady postępowania, regulaminy jakości, procedury kontroli jakości wykonywanych zadań, kontrolę wypłacanej miesięcznej rekompensaty zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE, wpływanie i ustalanie cenników, taryf, zatwierdzanie planów, kontrolę wskaźników procentowych itp.

5) ograniczono możliwość korzystania z podwykonawstwa;

6) Spółka jest zobowiązana do przedkładania raz na rok planu rzeczowo-finansowego oraz sprawozdania ze świadczonych usług publicznych oraz wypłacanej rekompensaty;

7) Spółka została zobowiązana do niezwłocznego przekazywania na każde żądanie gminy informacji dotyczących realizacji umowy wykonawczej:

8) wszelkie usługi komercyjne świadczone przez Spółkę będą na bieżąco analizowane pod kątem możliwości ich dalszego świadczenia i spełnienia wskaźnika procentowego.

W celu sprawowania i wzmocnienia kontroli funkcjonalnej i strukturalnej zmienione zostały zapisy Umowy spółki, a w szczególności:

1) ograniczono teren świadczenia usług publicznych do terenu macierzystego gmin wspólników, zgodnie z ustawą o gospodarce komunalnej i wymaganiami in house;

2) wskazano wyraźnie zadania, które są zadaniami użyteczności publicznej oraz zadania które mogą być świadczone w dozwolonym progu jako zadania komercyjne;

3) dookreślone zostały obowiązki wszystkich organów Spółki;

4) ograniczono autonomię Zarządu poprzez zobowiązanie go do otrzymywania zgód odpowiednich organów;

5) ograniczono możliwość otwarcia Spółki na kapitał prywatny;

6) organy spółki akceptują w szczególności: Plan finansowy na następny rok, Plan inwestycyjny, rozliczenie roczne rekompensaty, ustalają stawki/ceny, Plan rzeczowo finansowy określają wysokość należnej spółce rekompensaty, Regulamin Organizacyjny Regulamin Zarządu;

7) nakazano rozliczanie środków finansowych otrzymywanych przez Spółkę zgodnie z Decyzją KE z dnia 20 grudnia 2011 r. oraz umową wykonawczą, tak aby przekazywane Spółce publiczne środki finansowe nie stanowiły niedozwolonej pomocy publicznej.

Ponadto, Gminy sprawują kontrolę nad Spółką poprzez zapisy umowy wykonawczej, która wprost określa prawa i obowiązki stron, kary umowne, wymaganą jakość usługi, sposób przeprowadzania w Spółce kontroli oraz sposób rozliczania zgodny z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej.

W umowie uwzględniono liczne postanowienia, ułatwiające sprawowanie kontroli, a w szczególności określono, iż Zgromadzenie Wspólników ma być informowane o: planowanych zakupach inwestycyjnych, planowanym ubieganiu się o środki publiczne z funduszy unijnych, decyzji o przyznaniu albo odmowie przyznania oraz proponowanych warunkach dofinansowania oraz zobowiązano Spółkę do niezwłocznego przekazywania informacji dotyczących realizacji umowy, na każde żądanie Gmin. Wszelkie świadczone usługi prowadzone przez Spółkę będą

(zgodnie z umową) na bieżąco analizowane przez poszczególnych wspólników oraz łącznie na Zgromadzeniach Wspólników pod kątem możliwości ich dalszego świadczenia i spełniania wskaźnika procentowego.

Kontroli podlega polityka zarządzania Spółką oraz istotne dla Spółki podejmowane przez Zarząd decyzje. Strategiczne cele Spółki zostały określone dla przedsiębiorstwa SANIKOM w dniu jego tworzenia i doprecyzowane przy zmianie Umowy spółki. Wyznaczają one kierunek działania podmiotu komunalnego i jego priorytety. Tym samym odzwierciedlają cel, w jakim Spółka SANIKOM została powołana do życia, który to cel jest zgodny z ustawą o gospodarce komunalnej oraz ustawą o samorządzie gminnym, a dotyczy wykonywana zadań użyteczności publicznej o jak najwyższej jakości oraz z poszanowaniem środowiska. Jednostki samorządu terytorialnego (wymienione na wstępie uzasadnienia) wykreowały cele strategiczne spółki w momencie jej utworzenia i są odpowiedzialne za ich wykonanie przez Zarząd, który w przypadku braku realizacji określonej misji publicznej może zostać w każdym przypadku odwołany. Cele strategiczne służą lokalnemu społeczeństwu, ponieważ taki obowiązek zgodnie z ustawą o gospodarce komunalnej został nałożony na spółki komunalne, finansowane ze środków publicznych.

Wspólnicy wspólnie podjęli decyzje o możliwości powierzenia zadań Spółce SANIKOM w procedurze in house. Decyzja została podjęta po przeprowadzonym dla Wspólników szkoleniu z tematyki in house oraz po analizie spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP.

Kontrola analogiczna może się odbywać na różnych płaszczyznach i z wykorzystaniem różnych metod, istotne jednakże jest, aby była sprawowana skutecznie, funkcjonalnie i strukturalnie, tak jak to wykazano przykładowo powyżej.

II. Przesłanka 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej

W celu powierzenia Spółce Sanikom nowych zadań, przeanalizowano i zweryfikowano spełnianie przez Spółkę progu procentowego wymaganego przez obowiązujące przepisy prawa, a w szczególności art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) Pzp. Spełnienie przesłanek sprawdza się na dzień udzielenia zamówienia. Zgodnie z art. 67 ust. 8 PZP do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 14 lit. b) Pzp, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego (Gmin) w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Dane dotyczące uzyskanych przychodów zawarte będą w sprawozdaniach finansowych za 3 lata poprzedzające rok udzielenia zamówienia. Udzielenie zamówienia in house po 1 stycznia 2017 r. zostało uzależnione od kumulatywnego spełnienia

trzech warunków, z których jeden definiuje przesłankę zasadniczej działalności na rzecz powierzającego: ponad 90% działalności podmiotu wewnętrznego winno dotyczyć wykonywania zadań publicznych na rzecz powierzającego. Jak wskazano powyżej, ustawodawca określił spełnienie ww. warunku poprzez zbadanie procentu działalności (wskaźnika) za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (zgodnie z art. 67 ust. 8 Pzp) lub za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, co z kolei zostało uwarunkowane spełnieniem uzasadnionych przesłanek (zgodnie z art. 67 ust. 9 Pzp). Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 67 ust. 9 PZP „w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, (...), ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Ze sporządzonej dla Spółki najnowszej Analizy finansowej z uwzględnieniem danych i najbardziej aktualnego stanu wiedzy na początek lutego 2019r., zawierającej prognozę przychodów na lata powierzenia, wynika, iż Spółka spełnia w okresie powierzenia procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14) lit. b) Pzp. Prognoza finansowa wykazała, iż Spółka Sanikom osiąga w latach powierzenia wskaźnik na poziomie ok. 90,24% przychodów z działalności publicznej.

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 67 ust. 9 PZP „w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, (...), ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.'

Spółka przyjęła stanowisko Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju pana M. H. (Odp. na interpelację nr 6264), który pod pojęciem „reorganizacji” definiuje „przekształcenia podmiotowe, reorganizacja struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności”. W przypadku, gdy dane w wyniku reorganizacji będą niedostępne lub niewiarygodne, należy wtedy przyjąć wiarygodne prognozy handlowe, w których Spółka wykaże (w przyjętym do obliczeń okresie czasu), iż większość wykonywanych zadań tzn. ponad 90% będzie świadczonych na rzecz Gmin. Dokumenty na poparcie prognoz sporządzone przez ekspertów z tej dziedziny lub też samą Spółkę mogą być sporządzone, w szczególności w formie wyceny, sprawozdania, bilansu, analizy finansowej z lub planowanych do zawarcia porozumień lub umów wykonawczych.

Sąd Najwyższy natomiast stwierdził, iż w pojęciu reorganizacja „mieści się każda zmiana struktury organizacyjnej określonej jednostki, choćby dotyczyła tylko jednego wycinka jej działalności i

jednego z jej elementów konstrukcyjnych". Tu warto podkreślić, iż reorganizacja to nie restrukturyzacja, która jest pojęciem szerszym (Wyrok SN z dnia 24.05.2007 r. sygn. akt II PK 306/06).

Cytując za Słownikiem Języka Polskiego „reorganizacja” jest to „zmiana organizacji czegoś, urządzenie czegoś w inny sposób”. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 11.01.2013 r. wskazując, że „reorganizacja” oznacza zorganizowanie czegoś na nowo, w inny sposób, w konsekwencji czego może oznaczać zmianę ilościową lub jakościową lub obie te zmiany łącznie. Zmiana zakresu działalności, zmiany organizacyjne oraz reorganizacja struktury właścicielskiej nastąpiła również w Spółce Sanikom.

Spółka Sanikom jest podmiotem działającym na rynku od 1998r., jednakże dane z poprzednich 3 lat poprzedzających pierwsze udzielenie zamówienia in house dla Gmin-Wspólników (przed 1 stycznia 2018r.) były nieadekwatne do ustalenia procentu działalności publicznej, o którym mowa w art. 67 ust. 8 Pzp. Spółka wykonywała w okresie przed 1 stycznia 2018r. liczne zadania komercyjne, usługi świadczone były również poza terenem macierzystym Gmin wspólników, a spółka nakierowana była na osiągnięcie zysków komercyjnych. Spółka Sanikom, począwszy od 2016r. przeprowadzała zmiany w zakresie swojej działalności oraz przechodziła zmiany właścicielskie w zakresie przystępowania kolejnych gmin jako udziałowców, w celu ograniczenia świadczonych przez Spółkę usług pozostałych (komercyjnych) do poziomu poniżej 10% ogółu działalności. Tym samym Zarząd Spółki konsekwentnie przygotowywał Spółkę do możliwości przejścia zadań publicznych od udziałowców w trybie zamówienia in-house.

W celu spełnienia przesłanek podmiotu wewnętrznego Spółka przeszła proces „reorganizacji”, o której mowa w art. 67 ust. 9 Pzp, który polegał w szczególności na:

przejmowaniu kolejnych zadań publicznych od swoich udziałowców, ograniczeniu zadań komercyjnych, osiągnięciu wymaganej przez Wspólników jakości usług,

przejęciu zadania odbioru odpadów komunalnych od Gminy Lwówek Śląski, przejmując tamtejszy Zakład Oczyszczania Miasta, pozyskaniu w roku 2017 trzech nowych udziałowców Spółki tj. Gminy Miejskiej Złotoryja, Gminy Wiejskiej Złotoryja i Gminy Zagrodno. W latach wcześniejszych zadania na rzecz tych Gmin były prowadzone jako zadania komercyjne.

Ponadto, wraz z przejmowaniem kolejnych zadań publicznych od Wspólników, Spółka sukcesywnie dokonała i nadal dokonuje zmian organizacyjnych w zakresie zatrudnienia oraz zakupiła sprzęt i planuje nowe inwestycje dotyczące zakupu sprzętu i unowocześniania środków transportu, tak aby sprostać wymaganiom przepisów środowiskowych oraz rosnącemu

przerobowi ilości odbieranych i przetwarzanych odpadów. Spółka ograniczyła również zakres działalności pozostałej (komercyjnej), jak np. w przypadku zadania utrzymania letniego i zimowego dróg, przejmując to zadanie od podwykonawcy w Gminie Boguszków Gorce. Powyższe zmiany będą miały znaczny wpływ na sytuację finansową Spółki, jej strukturę przychodów i kosztów (udział działalności publicznej będzie rósł kosztem działalności pozostałej). Spółka SANIKOM przeprowadziła reorganizację w szerszym zakresie niż w uznanym przez KIO przypadku Miasta Tarnów (sygn. akt KIO 96/17), dlatego też sporządzenie wiarygodnych prognoz handlowych jest uzasadnione jako podstawa do określenia procenta działalności publicznej.

Z przeprowadzonej w Spółce analizy wynika, iż w Spółce są spełnione warunki, które jednoznacznie wskazują na to, iż Spółka Sanikom przeszła reorganizację struktury właścicielskiej. W tej sytuacji dane finansowe z poprzednich 3 lat przed pierwszym powierzeniem zadania odbioru odpadów komunalnych są nieadekwatne do sytuacji obecnej i planowanej. Dane te mogą służyć jedynie do sporządzenia wiarygodnej prognozy finansowej, o której mowa w art. 67 ust. 9 Pzp.

W Analizie finansowej uwzględniono realizację zadania odbioru odpadów komunalnych w formule powierzenia dla 5 następujących Gmin począwszy od stycznia 2018r.: Boguszków Gorce, Kamienna Góra gm. miejska, Wojcieszów, Świerzawa oraz Pielgrzymka oraz dla Gminy Lwówek Śląski od 1 sierpnia 2018r. Ponadto, uwzględniono, iż Spółka realizuje odbiór odpadów z terenu niektórych Gmin-Wspólników w wyniku zawartych umów po rozstrzygniętych postępowaniach przetargowych, dotyczy to Gminy Mieroszów (na 2019r.), Gminy wiejskiej Kamienna Góra (na okres 2019-2020), Gmin Stare Bogaczowice z terenów niezamieszkałych (w okresie 01.2019 r. — 12.2021r.) i Mściwojów (w okresie 03.2019r. -12.2021r.).

W prognozie przychodów uwzględniono również, iż w I połowie br. Kolejne Gminy-Wspólnicy powierzą zadanie odbioru odpadów w trybie In house : od marca 2019r. Gminy Mściwojów, Stare Bogaczowice i Lubawka oraz od 1 kwietnia 2019 r. Gmina Zagrodno (odpady zmieszane i selektywne z nieruchomości zamieszkałych), a także Gmina Świerzawa w zakresie wybranych frakcji odpadów zbieranych selektywnie, które nie były objęte pierwszym postępowaniem In-house dla tej Gminy od stycznia 2018r. W ramach pierwszego postępowania na odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych i „mieszanych” Gminy Świerzawa Spółka odbiera oprócz odpadów zmieszanych także odpady bio oraz wielkogabarytowe. Od kwietnia 2019r. Spółka odbierać będzie również pozostałe frakcje odpadów selektywnych z terenów zamieszkałych z uwagi na rezygnację ze świadczenia tego zadania przez podmiot prywatny, tj.m.in. opakowań szklanych, z tworzyw sztucznych i metalowych, a także papieru.

Przy wyliczeniu wskaźnika działalności publicznej dla Spółki Sanikom prognozowano przychody ze sprzedaży z poszczególnych rodzajów działalności Spółki m.in. na podstawie danych z ewidencji księgowej i sprawozdań finansowych Spółki z lat ubiegłych, z uwzględnieniem zmiany struktury właścicielskiej oraz zmian wynikłych z reorganizacji.

Spółka przedstawiła dane z wykonywania zadania zagospodarowania odpadów komunalnych, z zadania odbioru odpadów komunalnych, z realizacji usług komunalnych w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców (utrzymania czystości i porządku, utrzymania dróg, zieleni, wywozu nieczystości płynnych, itd.), z działalności wodno-kanalizacyjnej, z prowadzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK-ów) oraz z pozostałej działalności (zarządzanie cmentarzami, targowiskami, z działalności pomocniczej, itd.). Ponadto, przy wyliczeniu wskaźnika uwzględniono najnowsze dane dotyczące ilości odbieranych odpadów z terenu Gmin za 2018r., które przystępują do udzielenia zamówienia w trybie in-house od 1 marca 2019r., jako podstawę do oszacowania wolumenu odbieranych ilości i na tej podstawie przychodów w planowanym okresie powierzenia.

Przy wyliczeniu prognozowanego wskaźnika działalności publicznej dla Spółki Sanikom należy również zauważyć, iż wskaźnik ten pozostaje na stabilnym poziomie w okresie poszczególnych lat 2019-2021 na poziomie ok. 90,2-90,8%, ponieważ Spółka założyła, iż w tym okresie będzie ubiegać się również w trybie zamówień konkurencyjnym o odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych gminy powierzającej (działalność komercyjna). W przypadku przegrania postępowań przetargowych na nieruchomościach niezamieszkałych Gmin-Wspólników, wskaźnik działalności publicznej Spółki ulegnie zwiększeniu na korzyść spełnienia przesłanki ustawowej. W tym miejscu należy zauważyć, iż wygranie przetargu na zadaniu odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych mogłoby zostać ujęte we wskaźniku jako procent na rzecz zadań UOIG, zgodnie ze wcześniejszymi opiniami Urzędu Zamówień Publicznych i Wytocznymi Ministerstwa, co znacznie poprawiłoby wskaźnik. Przy wyliczeniu wskaźnika w Analizie dla Spółki Sanikom przyjęto scenariusz ostrożny (Wskaźnik ostrożnościowy), tj. zakładający, iż przychody ze sprzedaży z zadania odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych Gminy powierzającej powiększą przychody z działalności komercyjnej.

W przypadku, gdyby ująć zadanie wywozu odpadów z nieruchomości niezamieszkałych jako zadanie realizowane w przejrzystej procedurze przetargowej jako zadanie publiczne (zgodnie ze wcześniejszymi opiniami Urzędu Zamówień Publicznych i Wytocznymi Ministerstwa), wówczas wskaźnik działalności publicznej Spółki wyniesie 92 0/0.

Zadania użyteczności publicznej zostały Spółce powierzone w formie akcyjnej spółki oraz uszczegółowione w umowie wykonawczej. Spółka nie jest nastawiona na osiągnięcie i maksymalizację zysku, a wynagrodzenia miesięczne wypłacane spółce (rekompensata) są kontrolowane i weryfikowane przez Wspólników zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE. III. Przesłanka braku bezpośredniego udziału kapitału prywatnego

W Spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, ponieważ wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki należą do podmiotów publicznych wymienionych na początku niniejszego uzasadnienia.

Reasumując, należy stwierdzić, iż Spółka, której Zamawiający zamierza udzielić zamówienie publiczne jest podmiotem wewnętrznym należącym do Gmin, który spełnia wszystkie przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

4. Planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy :

Termin realizacji zamówienia: od 1 marca 2019 roku do 31 grudnia 2021 roku.

5. Informacja o terminie i odpowiednio zamieszczeniu lub opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust.2 Ustawy:

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostaje przekazane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej celem publikacji.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki dotyczących procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, tj. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubawce, na rzecz zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy w rozpoznawanym przypadku zaszyły przesłanki, umożliwiające zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, 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 wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

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

Zgodnie z art. 67 ust. 8 ustawy P.z.p., 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 myśl ust. 9, w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu 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.

Odnosząc się do zarzutu uznanego przez Izbę za zasadny, tj. zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki dotyczących procentu działalności wykonywanej przez podmiot, na rzecz zamawiających sprawujących nad nim kontrolę, Izba stwierdziła, co następuje:

Zgodnie z odpowiedzią Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Przedsiębiorczości z dnia 21 stycznia 2019 roku na interpelację 28308 w przedmiocie definicji wiarygodnych prognoz handlowych w Prawie zamówień publicznych, „Art. 67 ust. 9 nakazuje poczynienie ustaleń co do istnienia przesłanki zależności ekonomicznej, w procesie prognozowania (przewidywania na przyszłość) danych dotyczących działalności podmiotu. Innymi słowy, nakazuje on przeprowadzić wnioskowanie o przebiegu i stanie możliwych przyszłych zdarzeń w zakresie działalności osoby prawnej lub zamawiającego na podstawie określonych faktów z przeszłości. Prognozy handlowe mają być wiarygodne, zatem prognozowanie powinno opierać się na podstawach racjonalnych i odnosić się do wyraźnie określonego przedziału czasu, a także należy je przeprowadzać z wykorzystaniem metod umożliwiających ich późniejszą weryfikację.”

Jak słusznie zauważył odwołujący, autorzy analizy mającej stanowić podstawę do uznania, że przystępujący spełnia warunek udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, zastrzegli, iż „Sporządzając opinię, nie badaliśmy prawdziwości i wiarygodności przedstawionych nam dokumentów i informacji. Niniejsze opracowanie stanowi wynik własnej analizy autorów, dokonanej w oparciu o dostępne źródła”.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że możliwość zastosowania zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych. Stanowi o tym art. 10 ustawy P.z.p.

W myśl art. 10 ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

A zatem, stwierdzić należy, iż obowiązkiem zamawiającego, mającego zamiar udzielenia zamówienia w innym trybie niż przetarg ograniczony i nieograniczony, jest ustalenie, iż w danym przypadku istnieją przesłanki umożliwiające odstępianie od trybów konkurencyjnych. Ustalenie to winno opierać się na wiarygodnych i zbadanych danych, nie zaś na informacjach, wobec których sami autorzy analizy przyznają, że nie zostały sprawdzone.

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy P.z.p. statuują określone konsekwencje i skutki udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów. I tak – w myśl art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. – umowa o udzielenie zamówienia z wolnej ręki podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Z kolei – zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. – zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Określone kompetencje przysługują również w tym zakresie Krajowej Izbie Odwoławczej, która – w sytuacji, gdy stwierdzi, że umowa została zawarta z naruszeniem przepisów ustawy – może orzec o unieważnieniu tej umowy.

Powyższe świadczy o tym, iż zamawiający przy badaniu, czy zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, winien wykazać się należyłą starannością. Nie spełnia tego warunku prognozowanie na podstawie danych, co do których nie ma pewności, że są prawdziwe.

Ponadto podkreślić należy, że z analizy, na której oparł się zamawiający (str. 11) wynika, że w sytuacji, gdy spełnią się wszystkie założenia autorów analizy, próg 90% zostanie przekroczony o 0,24%, czyli o około 360 000 zł. Oznacza to, że spadek o tę kwotę spowoduje, że ustawowy próg nie zostanie przekroczony. W analizie autorzy uwzględnili gminę Bolków oraz gminę wiejską Złotoryję, które – zgodnie z założeniami – miałyby przystąpić do zamówienia w lipcu 2019 roku. Tymczasem odwołujący złożył do akt sprawy dowody z dokumentów – oświadczeń złożonych przez Gminę Bolków i Złotoryja, z których wynika, że Gmina Bolków nie przewiduje udzielenia zamówienia Sanikom jako in-house, a Gmina Złotoryja jeszcze nie podjęła decyzji odnośnie trybu, w jakim udzieli zamówienia. Kwoty dla tych dwóch gmin to około 459 000 w 2019 r. i około 2 313 000 w latach 2019-2021. Oznacza to, że przy pominięciu tych dwóch gmin próg nie zostanie przekroczony, gdyż gminy te zostały założone od lipca 2019 r. Ponieważ analiza nie przewiduje żadnych wariantów, uznać należy, że zamawiający nie wykazał osiągnięcia wymaganego progu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy P.z.p. poprzez niezasadne przyjęcie, że zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p. sprawuje nad SANIKOM-em kontrolę, która odpowiada kontroli, sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, podczas gdy struktura własnościowa i organizacyjna spółki SANIKOM-u uniemożliwia sprawowanie kontroli jej drobnym udziałowcom, a nadto Zamawiającym jest Gmina Lubawka, podczas gdy współnikiem SANIKOM jest Miasto Lubawka.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy P.z.p., kontrola jest sprawowana wówczas, gdy spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

Odwołujący kwestionując w odwołaniu istnienie przesłanki, o której mowa w tiret pierwsze wskazanego wyżej przepisu, stwierdził, iż twierdzenie, że w SANIKOMIE rada nadzorcza realizuje kontrolę na rzecz wszystkich udziałowców, pozostaje gołosłowne. Zgodnie bowiem z §17 umowy spółki rada nadzorcza składa się z 3-6 członków, w tym dwóch spośród kandydatów do Rady Nadzorczej, wskazanych przez pracowników spółki. Wskazał, że nie ma żadnego dokumentu, z którego by wynikało, że każdy z członków rady nadzorczej reprezentuje określonych udziałowców. Decydują głosy na Zgromadzeniu Wspólników (przypisane do ilości udziałów), o czym świadczy treść porządku obrad Zgromadzenia Wspólników z dnia 25.06.2018r., gdzie jednym z punktów porządku obrad był wybór członków Rady Nadzorczej VII kadencji- jak w zwykłej spółce prawa handlowego.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, podnieść należy, że rada nadzorcza jest organem nie tyle decyzyjnym, co nadzorczym osoby prawnej. Przepisy Kodeksu spółek handlowych nie przewidują powoływania członków rady nadzorczej jako przedstawicieli poszczególnych wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Rolą rady nadzorczej jest bowiem nadzór nad działalnością spółki we wszystkich jej dziedzinach. Jest to zupełnie inny rodzaj działalności niż w przypadku, np. zgromadzenia wspólników, gdzie decyzje podejmowane są przez przedstawicieli wspólników w relacji do reprezentowanego kapitału zakładowego.

W spółce Sanikom członkowie rady nadzorczej powoływani są i odwoływani przez Zgromadzenie Wspólników. W Zgromadzeniu Wspólników mają prawo uczestniczyć wspólnicy bez względu na posiadaną ilość udziałów. Wszyscy oni są zatem uprawnieni do głosowania również w sprawie wyboru członków rady nadzorczej. Bez znaczenia jest przy tym, że głosowanie w tej kwestii odbywa się zgodnie z zasadami obowiązującymi w zwykłej spółce handlowej i dany zamawiający może zostać przegłosowany. W ocenie Izby sytuacja taka nie oznacza, że

przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a tiret pierwsze nie została spełniona. Zaznaczyć należy, że odwołujący w odwołaniu nie podniósł analogicznego zarzutu wobec innych organów spółki.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku możliwości wywierania wspólnie dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej, odwołujący podniósł, że w Sanikom nie jest możliwe sprawowanie kontroli tzw. analogicznej nad spółką przez drobnych udziałowców, takich jak Stare Bogaczowice czy Gminę Mściwojów. Rzeczone jednostki samorządu terytorialnego nie posiadają wystarczającej liczby udziałów nawet do tego, żeby skutecznie wnioskować o dodanie punktu porządku obrad na zgromadzeniu wspólników, a co dopiero wpływać w sposób rzeczywisty na działania spółki.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że odwołujący zdaje się nie zauważać, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy P.z.p. nie stanowi o konieczności sprawowania nad daną osobą prawną kontroli identycznej z kontrolą sprawowaną przez zamawiających nad własnymi spółkami, ale z kontrolą „odpowiadającą” takiej kontroli. W dalszej części przepisu, w poszczególnych tiret, znajduje się wyjaśnienie, w jaki sposób należy rozumieć wspólną kontrolę zamawiających nad osobą prawną. W szczególności zwrócić należy uwagę, że jednym z warunków możliwości zastosowania tego trybu jest możliwość wspólnego wywierania przez uczestniczących zamawiających dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Oznacza to, że zamawiający podejmują decyzje wspólnie, zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami, a poszczególni zamawiający nie są uprawnieni do samodzielnego decydowania o celach strategicznych i istotnych decyzjach osoby prawnej. Przyjęcie odmiennej koncepcji, polegającej na tym, że każdy wspólnik ma prawo do niczym nieskrępowanego, samodzielnego stanowienia o istotnych decyzjach spółki, uniemożliwiłoby jakiegokolwiek nią zarządzanie.

Odwołujący podniósł, że jeśli chodzi o zamawiającego Gminę Lubawka, to nie ma takiego wspólnika w SANIKOMIE. W § 8 ust. 1 a wskazano, że wspólnikiem jest Miasto Lubawka, a obszar działalności SANIKOMu o charakterze użyteczności publicznej został przypisany w §4 tiret pierwsze do terenu Miasta Lubawka.

Izba uznała za wiarygodne stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż określenie w umowie – akcie założycielskim spółki jako wspólnika Miasto Lubawka wynika z tego, że jest to gmina miejsko-wiejska, na czele której stoi Burmistrz Miasta i w której funkcjonuje rada miasta i urząd miasta. Z uwagi na parokrotne zmiany poprzedniego statutu

gminy, który obowiązywał do października 2018 roku, podczas zmiany umowy spółki wpisano, że współnikiem jest Miasto Lubawka. Zamawiający przedłożył Statut Rady Powiatu Kamiennogórskiego z dnia 29 marca 2016 roku, w którym wymieniono jako jedną z gmin wchodzących w skład tego powiatu gminę miejsko-wiejską Lubawka. Zatem samo miasto Lubawka nie jest odrębną jednostką samorządu terytorialnego, lecz wchodzi w skład gminy miejsko-wiejskiej Lubawka, w której siedzibą rady i burmistrza miasta jest miasto Lubawka.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż treść umowy wykonawczej, przekazanej zamawiającemu przez SANIKOM, jest korzystna dla wykonawcy, nie dla zamawiającego, a to w szczególności ze względu na gwarancje finansowe i trwałości stosunku prawnego (§11, §21), Izba wskazuje, że odwołujący nie wyjaśnił i nie sprecyzował, na czym polega brak korzyści po stronie zamawiającego i dlaczego ma to świadczyć o sprzecznej z interesami zamawiających działalności spółki. Izba uznała zatem podniesiony zarzut za nieuzasadniony.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut bezzasadnego przyjęcia, że opisane w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p.

Zamawiający w informacji o zawarciu umowy wskazał na okoliczności, które miałyby świadczyć o procesie reorganizacji, w tym:

przejmowanie kolejnych zadań publicznych od swoich udziałowców, ograniczeniu zadań komercyjnych, osiągnięciu wymaganej przez Wspólników jakości usług,

przejęciu zadania odbioru odpadów komunalnych od Gminy Lwówek Śląski, przejmując tamtejszy Zakład Oczyszczania Miasta, pozyskaniu w roku 2017 trzech nowych udziałowców Spółki tj. Gminy Miejskiej Złotoryja, Gminy Wiejskiej Złotoryja i Gminy Zagrodno. W latach wcześniejszych zadania na rzecz tych Gmin były prowadzone jako zadania komercyjne.

Do okoliczności mających świadczyć o reorganizacji zamawiający zaliczył również zmiany organizacyjne w zakresie zatrudnienia, zakup sprzętu, planowanie nowych inwestycji w zakresie zakupu sprzętu i unowocześniania środków transportu, tak aby sprostać wymaganiom przepisów środowiskowych oraz rosnącemu przerobowi ilości odbieranych i przetwarzanych odpadów. Zamawiający wskazał również na ograniczenie zakresu działalności pozostałej (komercyjnej), jak np. w przypadku zadania utrzymania letniego i zimowego dróg, przejmując to zadanie od podwykonawcy w Gminie Boguszów Gorce. Powyższe zmiany będą miały znaczny wpływ na sytuację finansową Spółki, jej strukturę przychodów i kosztów (udział działalności publicznej będzie rósł kosztem działalności pozostałej).

Odwołujący nie kwestionował samego faktu zaistnienia powyższych okoliczności. W ocenie odwołującego nie można uznać ich za reorganizację, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p.

Izba podkreśla, że ustawa P.z.p. nie definiuje pojęcia „reorganizacja” w rozumieniu art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p. Definicji takiej nie zawiera również dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/Ue z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/we.

W tej sytuacji pojęcie „reorganizacji” należy rozumieć w sposób określany i definiowany w dotychczasowym orzecznictwie sądowym. I tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 maja 2007 r. (sygn. akt II PK 306/06) stwierdził, iż „w rozumieniu tego słowa mieści się każda zmiana struktury organizacyjnej określonej jednostki, choćby dotyczyła tylko jednego wycinka jej działalności i jednego z jej elementów konstrukcyjnych”. Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 20 stycznia 1994 r. (sygn. akt II SA 2348/93) orzekł, iż reorganizacja to „zmiana struktury urzędu dokonana w takim samym trybie jak przy jej uchwalaniu”.

Na uwagę zasługuje także interpretacja pojęcia „reorganizacja” przedstawiona przez Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju pana M. H. w odpowiedzi na interpelację poselską nr 6264 w zakresie udzielania tzw. zamówień in-house z dnia 19 września 2016 r. Zdaniem Podsekretarza Stanu, za reorganizację w rozumieniu przepisów Pzp, należy rozumieć m.in. przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, zmianę zakresu działalności.

Zamawiający wykazał, iż od 2016 roku przeprowadza zmiany w zakresie swojej działalności oraz zmiany właścicielskie w zakresie przystępowania kolejnych gmin jako udziałowców. Przyjęcie nowych udziałowców było decyzją wspólników Sanikom, potwierdzone poprzez przyjęcie uchwały Zgromadzenia Wspólników Spółki. Czynności te miały wpływ na sytuację finansową wykonawcy.

Ponadto zamawiający wykazał, iż w ramach reorganizacji wprowadzono rozliczanie rekompensatą, co również ma wpływ na sytuację finansową spółki.

W ocenie Izby zamawiający wykazał, iż zmiany zachodzące w strukturze właścicielskiej, działalności, zmian organizacyjnych w zakresie zatrudnienia oraz planowanych i dokonanych zakupów odpowiadają pojęciu reorganizacji w rozumieniu wskazanego przepisu z uwzględnieniem dotychczasowego orzecznictwa.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż samo przystąpienie 3 nowych gmin w 2017 roku spowodowało na tyle istotne zmiany po stronie przychodów z działalności publicznej, iż nie można uznać wskaźników historycznych jako adekwatne dla ustalenia wskaźnika procentowego działalności spółki względem zamówień udzielanych przez zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. Tym samym Izba nie uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku możliwości ustalenia owego wskaźnika za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 67 ust. 11 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. przez zaniechanie prawidłowego określenia podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał dołączenia do ogłoszenia analizy historycznej lub wiarygodnej prognozy handlowej.

Zgodnie z art. 67 ust. 11 ustawy P.z.p., przed udzieleniem zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12–15, zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej, informację o zamiarze zawarcia umowy, zawierającą co najmniej:

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

Spośród wskazanych wyżej elementów informacji o zamiarze zawarciu umowy, dla rozstrzygnięcia zarzutu znaczenie ma pkt 5, zgodnie z którym zamawiający w informacji tej wskazuje podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. O ile

wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej nie budzi wątpliwości odwołującego, o ile kwestionuje on podane uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Izba podkreśla, że wskazany wyżej przepis nie nakłada na zamawiającego obowiązku zamieszczania na stronie internetowej dokumentów źródłowych, które zostały sporządzone dla dokonania oceny, czy zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Wskazać należy, że uzasadnienie zamieszczone przez zamawiającego było bardzo obszerne i zawierało znaczną część informacji, która zawarta była w sporządzonej analizie. W uzasadnieniu ogłoszenia wymieniono moment powstania spółki oraz wszystkich aktualnych wspólników. Wskazano także nowych wspólników, którzy nabyli udziały w kapitale zakładowym spółki w 2017 roku. Zamawiający ponadto podał, jakie zadania wykonywała spółka Sanikom, na czym polegała reorganizacja, dlaczego Spółka nie działa w interesie sprzecznym z interesem Gmin, jak jest sprawowana kontrola i w jaki sposób spełnia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. Dodatkowo dodana została tabela Prognozy przychodów z poszczególnych rodzajów działalności spółki za lata 2018-2021 oraz tabela z wyliczonym wskaźnikiem ostrożnościowym 90/10 ujmującym (w celu wykazania, iż również w takim przypadku wskaźnik będzie spełniony) nieruchomości niezamieszkałe jako komercję. Wskaźnik ten został ustalony jako 90,24%. Wskazano również, iż w przypadku, gdyby ująć zadanie wywozu z nieruchomości niezamieszkałych jako zadanie realizowane w przejrzystej procedurze przetargowej, wówczas wskaźnik działalności publicznej spółki wyniesie 92,2%. W ogłoszeniu wskazano, iż środki finansowe przekazywane do spółki Sanikom są kontrolowane i weryfikowane przez wspólników, zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE.

W ocenie Izby wskazane w uzasadnieniu informacje czynią zadość obowiązkowi zawarcia w informacji o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym Izba oceniła podniesiony w tym zakresie zarzut jako nieuzasadniony.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w związku z art. 24 ust. 10 oraz art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania w trybie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. wykonawcy Sanikom do wyjaśnienia i przedstawienia dowodów, że czynności wykonane przez wykonawcę w postępowaniu, polegające na sporządzeniu przez zleceniobiorcę Sanikom analizy, będącej następnie podstawą dla zamawiającego do określenia trybu zamówienia, spełnienia przesłanek do jego udzielenia, treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a nawet określenia szacunkowej wartości zamówienia (w sprzeczności z postanowieniami ustawy P.z.p.), częściowo oparcia treści ogłoszenia o

zamówieniu na treści odpowiedzi na odwołanie z postępowania KIO 2567/18, a także dostarczenia przez Sanikom projektu umowy wykonawczej - czyli bezpośredniego, a co najmniej pośredniego udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, nie spowodują zakłócenia konkurencji, a także poprzez zaniechanie przez zamawiającego wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji;

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W myśl ust. 10, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Wskazane przepisy musi być interpretowany w kontekście art. 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65), zgodnie z którym, jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji.

Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania.

Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia

nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84.

Z powyższego wynika, że wskazany przepis ma zastosowanie w tych procedurach, w których występują inni kandydaci, oferenci, czyli – w procedurach konkurencyjnych. Zamówienia z wolnej ręki są trybem, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Poza tym wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu nie występują inni. Tym samym brak jest podstaw do żądania od zamawiającego, by wszczął procedurę wyjaśniającą, czy udział wykonawcy zakłócił konkurencję.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 oraz art. 67 ust. 11 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku z art. 6c ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach („UCPG”). Izba w tym zakresie podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 27 grudnia 2018 roku sygn. akt KIO 2567/18, gdzie stwierdzono, że zarzut jest niezasadny i bezprzedmiotowy, gdyż opiera się na błędnym założeniu, że tzw. „nieruchomości częściowo zamieszkałe i częściowo niezamieszkałe” należy zaliczyć do kategorii nieruchomości niezamieszkałych, dla których odbieranie albo odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych wymaga z mocy art. 6c ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454 ze zm.) zorganizowania przetargu, jeżeli rada gminy w drodze uchwały (o której mowa w art. 6 ust. 2 uucpg) postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych (a powstają na nich odpady komunalne). Innymi słowy obowiązek zorganizowania przetargu dotyczy wyłącznie nieruchomości w ogóle niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, czyli odnosi się do takich nieruchomości jak np. placówki oświatowe, urzędy, zakłady produkcyjne, obiekty usługowe, ogrody działkowe, cmentarze itp. Natomiast w praktyce występują również nieruchomości tzw. mieszane, w części zamieszkałe, a w części niezamieszkałe, np. budynek z usługami w parterze i mieszkaniami na wyższych kondygnacjach, które wbrew odmiennemu zapatrywaniu Odwołującego, na gruncie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach należy zaliczyć do nieruchomości zamieszkałych. Dla takich nieruchomości art. 6d ust. 1 uucpg nakazuje udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. „Zamówienie publiczne” jest terminem zdefiniowanym w art. 2 pkt 13 pzp jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, a zatem obejmuje wszystkie umowy w sprawie zamówień publicznych, niezależnie od trybu, w jakim zostały zawarte, czyli obejmuje również zamówienia udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji

należy uznać, że objęcie zamówieniem in-house nie tylko nieruchomości zamieszkałych, ale także nieruchomości częściowo zamieszkałych a częściowo niezamieszkałych nie stanowi obejścia ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Ustawodawca – dodając nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. przepisy art. 6c ust. 2a i art. 6d ust. 1 – umożliwił gminom zastosowanie wszystkich trybów udzielania zamówień przewidzianych ustawą P.z.p. W szczególności w art. 6c ust. 2 i 2a uucpg ustawodawca uregulował wprost sytuację właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych, określając kiedy należy przeprowadzić przetarg, a kiedy możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie in-house. Istnienie nieruchomości tzw. mieszanych (a takich *de facto* dotyczy zarzut) zauważone zostało przez ustawodawcę m.in. w art. 6j ust. 4-5 uucpg, dotyczącym opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Ta regulacja może także wskazywać, że ustawodawca dostrzegł różnicę pomiędzy tymi nieruchomościami, jednakże nie uregulował wprost trybu, w jakim należy objąć odbiór odpadów z nieruchomości mieszanych. Co zdaniem Izby nie oznacza, że odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości mieszanych musi odbywać się wraz z odbiorem odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych przez podmiot obowiązkowo wyłoniony w trybie przetargowym. Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania twierdzeń zamawiającego co do pozostawienia przez ustawodawcę do decyzji gminy objęcie nieruchomości mieszanych instytucją in-house wraz z nieruchomościami zamieszkałymi albo objęcia ich przetargiem wraz z nieruchomościami niezamieszkałymi.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....