

Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu udzielenia zamówienia

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „P.z.p.”) pn. **„Budowa sieci kanalizacji sanitarnej na terenie Miasta Kobyłka – etap I”**

Zamówienie, będące przedmiotem postępowania na potrzeby, którego sporządzono niniejsze ogłoszenie, udzielane jest przez Miasto Kobyłka (dalej: „Miasto”, „Gmina”), Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej w Kobyłce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Spółka”), na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p., zgodnie z którym *„Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:*

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,*
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,*
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego”.*

Wszystkie wskazane powyżej przesłanki muszą zaistnieć kumulatywnie, aby możliwe było udzielenie zamówienia. Jednocześnie katalog ww. przesłanek stanowi enumeratywne wyliczenie okoliczności warunkujących udzielenie tzw. klasycznego zamówienia in-house. Takie stanowisko wynika wprost z przepisów P.z.p., jak i znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18. KIO wskazała, że z „przepisów ustawy pzp nie wynika, aby dla udzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. in-house konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp. Jest to właśnie jeden z określonych w ustawie pzp wyjątków, do których odsyła art. 10 ust. 2 pzp, od zasady prymatu trybów najbardziej konkurencyjnych (czyli przetargów: nieograniczonego i ograniczonego) z art. 10 ust. 1 pzp. Innymi słowy z przepisów art. 10 pzp wynika, że w razie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w ustawie pzp nie dochodzi do naruszenia zasady z ust. 1, gdyż w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek, o którym mowa w ust. 2. W takiej sytuacji nie zostaje również naruszony art. 7 ust. 1 pzp, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiejkolwiek konkurencji dla jedyne go wykonawcy, trudno

w ogóle rozważać na czym miałyby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa. (...) Ujmując to w szerszej perspektywie - konstrukcja art. 67 pzp jest taka, że ust. 1 w pkt od 1 do 15 zawiera taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, przy czym na każdą z nich składają się określone przesłanki, które łącznie muszą być spełnione. Wykazanie spełnienia się tych przesłanek jest konieczne, a zarazem wystarczające, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. (...) Powyższe przepisy ustawy pzp - zarówno co do przesłanek określających zamówienie in-house, jak i zakresu wymaganego udowodnienia wystąpienia tej sytuacji w danym postępowaniu - nie poddają się wykładni, prezentowanej w odwołaniu jako prounijną, gdyż jej sugerowany rezultat – w postaci konieczności uzasadniania wystąpienia dodatkowych przesłanek, wywodzonych z art. 18 ust. 1 dyrektywy klasycznej - stanowiłby w istocie wykładnię contra legem przepisów ustawy pzp. Tymczasem, jak sam zauważył Odwołujący, o ile w ustawie pzp zamówienie in-house zostało ujęte jako jeden z przypadków uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z założenia wyłączającym konkurencję, o tyle według dyrektywy, po spełnieniu przesłanek z art. 12 ust. 3 (analogicznych do określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp), zamówienia takie nie są w ogóle objęte zakresem jej zastosowania. W takiej sytuacji nie ma możliwości badania innego, niż przez pryzmat tych przesłanek, czy udzielenie zamówienia in-house nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub przejaw sztucznego zawężania konkurencji”.

Na aktualność ww. interpretacji wskazała KIO w wyroku z dnia 16 grudnia 2020 r., KIO 3069/20. W przywołanym wyroku Izba uznała, że „zdaniem składu orzekającego Izby powyższe wypowiedzi są również aktualne w tej sprawie, pomimo powołania się przez Odwołującego na wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita. (...) Generalnie w powyższym wyroku Trybunał po raz kolejny potwierdził, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (co wynika jednoznacznie z pkt 31 preambuły dyrektywy klasycznej). (...) Powyższy wyrok TSUE nie oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia in-house, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych, w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy klasycznej, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę.”.

Łączne zaistnienie wszystkich ww. przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p. wynika z tego, że:

1. Miasto Kobyłka, jest podmiotem obowiązany do stosowania ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „P.z.p.”) w związku z kwalifikowaniem się go grona zamawiających na podstawie art. 4 pkt 1 P.z.p. (Miasto Kobyłka jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – art. 9 pkt 2 wskazanej ustawy),
2. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Kobyłce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada osobowość prawną – art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych w związku z uzyskaniem wpisu do KRS,
3. Miasto Kobyłka, sprawuje nad Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej w Kobyłce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Kobyłce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest spółką komunalną, powstałą na podstawie uchwały nr XLIX/456/18 Rady Miasta Kobyłka z dnia 25 czerwca 2018 r., w sprawie utworzenia przez Miasto Kobyłka jednoosobowej spółki pod firmą Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Kobyłce i powierzenia spółce zadań własnych Miasta Kobyłka.

W Spółce 100% udziałów posiada Miasto Kobyłka. Jak wskazuje się w doktrynie „*Gminy niewątpliwie mają znaczny wpływ na określenie kierunków działalności spółki (np. statut, regulamin organizacyjny itd.), mogą też kontrolować jej poczynania (np. poprzez Radę Nadzorczą, uchwały Zgromadzenia Wspólników), pomimo to jednak spółka zachowuje autonomię, m.in. może podejmować działania o charakterze komercyjnym*” (J. Pawelec, *Komentarz do art. 12 dyrektywy 2014/24/UE [w:] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz, Warszawa 2017, SIP Legalis*).

„W istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wiąże się z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. Powołane przepisy wskazują, że gospodarka komunalna jest to działalność jednostek samorządu terytorialnego polegająca na wykonywaniu nałożonych na nie ustawowo

zadań określonego rodzaju, natomiast spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji. Ponadto funkcjonowanie spółki komunalnej nie musi oznaczać całkowitego pozbawienia rady gminy i jej organu, jakim jest komisja rewizyjna, prawa kontroli nad danym wycinkiem gospodarki komunalnej, **co stanowi odrębną, nieprzewidzianą przepisami ksh metodę kontroli <odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami>**". (zob. wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2017 r., KIO 625/17).

Na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów prawa Gminie przysługuje m.in. uprawnienie do zmiany umowy Spółki, możliwość decydowania o podwyższeniu lub obniżeniu kapitału zakładowego, a także do rozpatrzenia i zatwierdzenia sprawozdania zarządu z działalności Spółki oraz sprawozdania finansowego. Ponadto, Gmina (na gruncie ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków) posiada szereg uprawnień o charakterze administracyjno-prawnym, które pozwalają jej na sprawowanie pełniejszej kontroli nad Spółką, jako przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym. Mianowicie, zgodnie z rzeczoną ustawą, Gminie przysługuje uprawnienie do wydania zezwolenia na zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (patrz: art. 16 tej ustawy), a także uprawnienie do uchwalenia wieloletniego planu rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych.

Mając powyższe na względzie, należy wskazać, za wyrokiem KIO z dnia 4 października 2019 r., KIO 1842/19, „okolicznością mogącą wpływać na to, że sam fakt posiadania 100% udziałów w spółce i wykonywania kompetencji przyznanych z tego tytułu na gruncie właściwych przepisów kodeksu spółek handlowych, jest ograniczeniem tych kompetencji na gruncie innych regulacji - czy to ustawowych czy wewnątrzorganizacyjnych. (...)”. W analizowanym stanie faktycznym takich rozwiązań limitujących nie ma (ani ustawowych ani korporacyjnych). W konsekwencji zasadne jest przyjęcie, że Miasto Kobyłka sprawuje nad Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej w Kobyłce, kontrolę analogiczną.

Należy podkreślić również, że umocnienie kontroli analogicznej Gminy nad Spółką wynika również z więzi korporacyjnych. Umocnienie kontroli analogicznej wynika m.in. z następujących postanowień aktów korporacyjnych:

- 1) Uchwały Zgromadzenia Wspólników wymaga zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego (§16 ust. 2 pkt 4 umowy Spółki),

- 2) Uchwały Zgromadzenia Wspólników wymaga powołanie i odwołanie członków Rady Nadzorczej (§16 ust. 2 pkt 8 umowy Spółki),
- 3) Uchwały Zgromadzenia Wspólników wymagają zasady kształtowania wynagrodzeń Zarządu oraz Rady Nadzorczej (§16 ust. 2 pkt 9 umowy Spółki),
- 4) Umowa o nabycie dla spółki nieruchomości albo udziału w nieruchomości lub środków trwałych za cenę przewyższającą jedną czwartą kapitału zakładowego, nie niższą jednak od 50,000 złotych zawarta przed upływem dwóch lat od zarejestrowania Spółki, wymaga uchwały Wspólników (§16 ust. 4 umowy Spółki),
- 5) Członków Rady Nadzorczej, w tym Przewodniczącego i Wiceprzewodniczącego powołuje Zgromadzenie Wspólników (§21 ust. 2 umowy Spółki),
- 6) Do kompetencji Rady Nadzorczej należy stały nadzór nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności (§22 pkt 1) umowy Spółki),
- 7) Zgromadzenie Wspólników może uchylać regulamin Rady Nadzorczej, określający jej organizację i sposób wykonywania czynności (§24 umowy Spółki),
- 8) Zasady wynagradzania członków Rady Nadzorczej określa Zgromadzenie Wspólników (§25 umowy Spółki),
- 9) Wspólnikowi przysługuje prawo indywidualnej kontroli Spółki (§26 umowy Spółki).

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że Gmina spełniła warunek dotyczący sprawowania nad Spółką kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami.

4. ponad 90% działalności Spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Miasto Kobyłka

Zgodnie z art. 214 ust. 5 P.z.p.:

„5. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 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.”

Zgodnie ze stanowiskiem UZP *„Procent działalności określa się w oparciu o dane finansowe z ostatnich 3 lat poprzedzających zamówienie, co należy rozumieć jako dane o uzyskanych przychodach zawartych w sprawozdaniach finansowych za 3 lata poprzedzające rok udzielenia zamówienia. Tym samym, udzielenie zamówienia w 2017 roku, oznaczać będzie dla zamawiającego przeanalizowanie źródeł przychodów za lata 2014 - 2016. Jeżeli zamówienie będzie udzielane przed dniem zatwierdzenia sprawozdania finansowego przez organ zarządzający, np. na miesiąc*

marzec 2017 r. i brak jest zatwierdzonego sprawozdania za 2016 r. – do analizy źródeł przychodów należy posłużyć się sprawozdaniem niezatwierdzonym”.

Mając na względzie powyższe, jak również stanowiska orzecznicze wyrażone m.in. w wyrokach:

- 1) KIO z dnia 1 lipca 2022 r., KIO 1355/22 zgodnie z którym *„Izba zważa, że rację ma Zamawiający, że Odwołujący w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 11 pkt. b opiera się na wyliczeniach opartych na sprawozdaniach finansowych (sprawozdania finansowe Z... sp. z o.o. za lata 2018-2020, za 2021 r. sprawozdanie finansowe nie zostało jeszcze sporządzone i nie zostało zatwierdzone, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r.), natomiast zgodnie z art. 214 ust. 5 <do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt. 11 b uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia>. W przedmiotowym postępowaniu dotyczy to okresu 2019-2021.”*
- 2) Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 21 czerwca 2022 r., w którym wskazano, że *„nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dokonując ustalenia procentu przychodu (...) w całości oparł się na jawnych i publicznie dostępnych danych finansowych spółki - sprawozdaniach finansowych spółki. Wbrew twierdzeniom Skarżącego, sprawozdania finansowe spółek stanowią pewne i wiarygodne źródło informacji.”*
 - stopień zależności ekonomicznej Spółki od Miasta ustalono w oparciu o dokumenty finansowe i księgowe Spółki, w tym sprawozdania finansowe za 2021, 2020 i 2019 r. Sprawozdania te są jawne i powszechnie dostępne.

W oparciu o dokumenty źródłowe oraz sprawozdania finansowe ustalono, że w okresie od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2021 r., spółka osiągnęła przychody w wysokości:

- 1) 600,00 zł w 2019 r. i były to przychody pochodzące z realizacji świadczeń niepowierzonych przez Miasto,
- 2) 5 285 235,08 zł w 2020 r., a przychody z realizacji świadczeń powierzonych przez Miasto wynosiły 5 271 858,08 zł,
- 3) 11 053 943,35 zł w 2021 r, a przychody z realizacji świadczeń powierzonych przez Miasto wyniosły 10 753 722,51 zł

Uwzględniając powyższe, przychody Spółki w okresie poprzednich 3 lat, w 98,07% są przychodami pochodzącymi z realizacji zadań powierzonych przez Miasto.

Mając na względzie wymóg wynikający z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) należy uznać za spełniony.

5. w Spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przywołany powyżej warunek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p., uzależnia zastosowanie wskazanego trybu od istnienia / nieistnienia w kontrolowanej osobie prawnej bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. W stosunku do Spółki, w której całość udziałów (100%) należy do Miasta Kobyłka, warunek ten jest spełniony.

Mając na względzie powyższe, w zaistniałym stanie faktycznym spełniły się wszystkie wyrażone w art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p. przesłanki warunkujące udzielenie przez Miasto Kobyłka, zamówienia in-house, Spółce.

Zamawiający utrzyma opisane powyżej warunki, nie krócej niż do czasu zakończenia umowy o realizację zamówienia publicznego, w którym to celu przewidział m.in. rozwiązania kontraktowe mające zapewnić ten stan, jak również uchylić możliwość wystąpienia stanu przeciwnego.