

Uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki

Zamawiający (wskazani powyżej) zamierzają wspólnie powierzyć zadanie odbioru i transportu odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych Spółce komunalnej PGK Sanikom sp. z o.o. (dalej: Spółka), która jest podmiotem *dysponującym odpowiednim zasobem technicznym i wyspecjalizowanym zasobem kadrowym (por. Analiza potrzeb i wymagań)* przygotowanym do samodzielnego wykonania ww. zadania. Zamawiający sprawują nad Spółką kontrolę analogiczną wymaganą art. 214 ust. 1 pkt 13) pzp, ponieważ wspólnie posiadają wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki. Cele strategiczne Spółki wyznaczone zostały przy jej powołaniu do życia i określają politykę przedsiębiorstwa, która z kolei skorelowana jest z jego misją – w niniejszym przypadku służbą wobec mieszkańców lokalnej społeczności. W §4 Aktu założycielskiego wskazano, iż Spółka ma prowadzić działalność o charakterze użyteczności publicznej, wykonywać zadania służące zaspokajaniu zbiorowych potrzeb mieszkańców gmin będących jej udziałowcami (...). W §7 natomiast dodano, iż podstawowym przedmiotem działalności Spółki, będącej w 100% Spółką podmiotów publicznych jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców na terenach Gmin macierzystych. Akt powierzenia zadań określa również zakres działalności Spółki, który podmiot ma realizować. Celem, do którego dążą Zamawiający, jak i Spółka jest wykonywanie zadań o najwyższej możliwej jakości usług za możliwie najniższe nakłady (zgodnie z zasadą efektywności), co Spółka realizuje, jak wykazała sporządzona Analiza potrzeb i wymagań w Gminach. Cele krótkoterminowe Spółki wskazywane są w Planach rocznych, które Spółka przedstawia Zamawiającym do zatwierdzenia. Zamawiający zgadzają się z przedstawionym Planem lub zgłaszają swoje uwagi i nakazują ich zmianę w części lub całości.

Zamawiający wspólnie oddziałują na Spółkę poprzez działania faktyczne i prawne kreując realizację przez Spółkę powierzonych jej zadań, co widać po podejmowanych przez organy Spółki licznych uchwałach, np. Uchwale 09/VI/2018 z dnia 11.04.2018 w sprawie opinii rady nadzorczej do uchwały nr 1 w sprawie wyrażenia zgodny na zawarcie przez spółkę z NFOŚiGW umowy o dofinansowanie projektu „Optymalizacja i wdrożenie nowych procesów przetwarzania (...), uchwale nr 08/VII/2018 z dnia 05.09.2018r. (...) w sprawie ustalenia wysokości opłat za przyjęcie odpadów komunalnych do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Lubawce (...). Organy zatwierdzają działania inwestycyjne, rozwojowe, ustalają ceny oraz opłaty. Rada Nadzorcza jest na bieżąco informowana przez Zarząd np. o bieżących sprawach Spółki, istotnych dla podmiotu zmianach prawa, o kosztach i propozycjach Zarządu dotyczących ich zmniejszenia, o zmianie cen za zagospodarowanie odpadów (...) – por. np. Protokół RN nr 03/VI/2018 z dnia 11.04.2018r. Wspólnicy powzięli również w 2017r. pierwszą uchwałę określającą wymogi jakie musi spełniać kandydat na członka rady nadzorczej oraz sporządzili Regulamin wyboru pracowników spółki do rady nadzorczej. Uchwały te podejmowane były po zasięgnięciu opinii organu doradczego Wspólników - Rady Nadzorczej. W tym miejscu należy podkreślić, iż wpływ na strategiczne cele i istotne dla podmiotu podległe decyzje, nie oznacza konieczności permanentnego wpływania na podejmowane przez Zarząd decyzje, a wyłącznie istnienie możliwości ich konstytutywnego kreowania. Wpływ organów Spółki na działania Zarządu nie następuje wyłącznie poprzez podejmowanie odpowiednich uchwał, ale również poprzez wymianę zdań i poglądów na posiedzeniach Rad Nadzorczych, Zgromadzeń Wspólników, czy też organizowanych spotkaniach tematycznych dotyczących istotnych spraw Spółki lub interesów Wspólników, np. dotyczące formuły powierzenia w trybie in house, szkolenia z tego zakresu, spotkania dot. planów rozpoczęcia inwestycji, inwestowania w zasoby techniczne, dalszy rozwój Spółki, zmiany cen świadczenia konkretnych usług. To decyzją Zgromadzenia wspólników, a wcześniej za sprawą apelów składanych przez Zastępcę Przewodniczącego RN Spółka miała zająć się tematyką powierzenia zadań w trybie in house -protokół RN 03/VI.2018 z dnia 11.04.18r.

Sprawowana kontrola umożliwia wywieranie decydującego wpływu na Zarząd spółki. Jest ona sprawowana w szczególności przez organy Spółki (RN i ZW). Zawarte w Regulaminach wewnętrznych Spółki, Regulaminach stanowiących akty prawa miejscowego (np. Regulaminie

utrzymania czystości i porządku), w Umowie Spółki, uchwałach podmiotu wykonawczego, w uchwałach organów Spółki obowiązki stanowią narzędzia kontroli i realizacji postawionych przed Spółką celów. Kontrola sprawowana jest również za sprawą nałożonych na Spółkę obowiązków i sprawozdań zawartych w podpisywanej ze Spółką Umowie wykonawczej oraz będącym jej załącznikiem Regulaminie rekompensaty, (który chroni przed przekazaniem Spółce niedozwolonej pomocy publicznej, tzn. niekontrolowanej ilości środków finansowych na realizację powierzonego zadania). Przekazywane do Spółki rekompensaty za realizację powierzonych zadań są corocznie weryfikowane m.in. przez Gminy, Radę Nadzorczą i Zgromadzenie wspólników, a w przypadku wystąpienia nadwyżki rekompensaty, następuje jej zwrot do gmin.

Zgodnie z postanowieniami Umowy wykonawczej Gminy zobowiązały się w §1, iż będą (...) kontrolować w szczególności jakość wykonywanych (...) usług. Zgodnie natomiast np. z §25 ust. 7 Umowy wykonawczej Gmina może w czasie trwania powierzenia wprowadzić nowe wymogi dotyczące standardów jakości świadczonych zadań (...). Spółka wskazała w §2, iż będzie świadczyć powierzone jej zadania w sposób uzgodniony z Gminami, z należytą starannością (...) oraz w sposób chroniący interes i dobre imię Gmin.

Kontrola strukturalna to przede wszystkim kontrola przez organy statutowe spółki, w skład których m.in. wchodzi przedstawiciele instytucji Zamawiającej, a kontrola funkcjonalna to kontrola rzeczywistego i bieżącego zakresu wykonywanej działalności określonej w Umowie spółki oraz reagowanie na bieżąco na zmiany i konieczność dostosowywania podmiotu do zmieniających się realiów rynkowych, przepisów prawa i nakładanych przez ustawodawcę nowych obowiązków oraz oczekiwań społecznych i norm środowiskowych sprawowana przez RN, ZW i merytorycznych pracowników oraz ekspertów z zewnątrz.

Wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania (w tym także w postaci zgód korporacyjnych) czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną (por. J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2018).” W celu spełnienia m.in. powyższych wymogów, Zamawiający w szczególności: znacząco zmienili Akt założycielski (Umowę Spółki) zgodnie z wyrokami TSUE:

1. *Ograniczyli swobodę działania Zarządu poprzez zobowiązanie go do otrzymywania zgód odpowiednich organów Spółki.
Zgodnie np. z §20 ust. 5 Umowy spółki do zaciągnięcia zobowiązania w wysokości przekraczającej - na dzień zaciągnięcia zobowiązania - 300.000 euro (...) wymagana jest zgoda Zgromadzenia Wspólników, (...)
Natomiast zgodnie z §18 ust.1 pkt 14 Umowy spółki opinia RN jest wymagana do istotnych rozporządzeń prawem, zawieranych istotnych dla Spółki umowach oraz zaciąganych przez Zarząd Spółki zobowiązaniach w wysokości przekraczającej 200 000 euro (...)*
2. *Ograniczyli teren wykonywania usług powierzonych do terenu Gmin macierzystych wspólników*
3. *Ograniczyli wykonywanie zadań komercyjnych.*
4. *Wskazali zadania, które są powierzonymi zadaniami oraz zadania, które mogą być świadczone w dozwolonym marginalnym progu jako zadania pozostałe*
5. *Ograniczyli możliwość otwarcia Spółki na kapitał prywatny, wskazując w Umowie spółki, iż zbycie udziałów może nastąpić wyłącznie po podjęciu uchwały ZW o wyrażenie zgody na zbycie lub zastawienie podejmowanej większością 3/4 głosów oddanych (§10 ust. 3 Umowy sp.). Wskazano również na prawo pierwokupu udziałów przez Wspólników (§10 ust. 6 Umowy sp.) i zastrzeżono w §10 ust. 8 Aktu założycielskiego, iż (...) nabywcą oferowanych udziałów może być tylko podmiot publiczny.*

Zmieniona Umowa spółki wyraźnie wzmacnia rolę Rady Nadzorczej oraz Zgromadzenia Wspólników względem Zarządu Spółki. Pierwszym elementem na to wskazującym jest zwiększenie liczby Członków Rady Nadzorczej ponad rozwiązania z art. 215 § 1 ustawy KSH, tzn. powołanie aż 6 członków Rady Nadzorczej oraz wydłużony okres kadencji Rady Nadzorczej (3 lata) względem

zapisów zawartych w art. 216 ustawy KSH, zgodnie z którymi kadencja Rady Nadzorczej wynosi zaledwie rok. W skład organów decyzyjnych Spółki (RN) wchodzi przedstawiciele wszystkich Gmin będących udziałowcami Spółki, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel Rady Nadzorczej (6 przedstawicieli) reprezentuje więcej niż jedną Gminę. Wybór Członków Rady Nadzorczej następuje zgodnie z ustaloną w Spółce procedurą i Regulaminem wyboru pracowników spółki do rady nadzorczej. Zgodnie z § 17 Umowy spółki Rada Nadzorcza wykonuje stały nadzór nad działalnością Spółki we wszystkich jej dziedzinach. Ustala stałe i zmienne wynagrodzenie Zarządu, określa wagi dla celów zarządczych oraz wskaźniki ich realizacji i rozliczenia, wybiera biegłego rewidenta, powołuje i odwołuje Członków Zarządu, zawiesza (z ważnych powodów) w czynnościach poszczególnych lub wszystkich Członków Zarządu, wyraża zgodę na wniosek Zarządu na udzielenie gwarancji lub poręczenia. Oprócz obowiązków Rady Nadzorczej wskazanych w KSH, a dotyczących oceny sprawozdań, o których mowa w art. 231 § 2 pkt 1, w zakresie ich zgodności z księgami i dokumentami, jak i ze stanem faktycznym oraz wniosków zarządu dotyczących podziału zysku albo pokrycia straty, a także składanie Zgromadzeniu wspólników corocznego pisemnego sprawozdania z wyników tej oceny i wnioskowania o udzielenie członkom Zarządu absolutorium z wykonania przez nich obowiązków, do zadań Radu Nadzorczej należy przekazywanie wspólnikom protokołów z posiedzeń RN wraz z podjętymi uchwałami, których przedmiotem było opiniowanie rozliczenia rekompensaty za przetwarzanie odpadów komunalnych oraz opiniowanie rozliczenia rekompensaty za świadczone przez Spółkę pozostałe usługi zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców Gmin macierzystych w terminie 14 dni od zatwierdzenia tych protokołów przez RN - § 18 ust.1 pkt 15 Umowy sp. Powyższy obowiązek ma na celu sprawowanie podwójnej kontroli nad finansami przekazywanymi Spółce. Zgodnie natomiast z §5 ust. 1 pkt c) Regulaminu RN, Rada sprawuje kontrolę doraźną nad Spółką i ma prawo do przeglądania i badania każdej sfery działalności spółki, żądania od Zarządu wyjaśnień, sprawozdań i wszelkich informacji, które Rada uzna za ważne, dokonywania rewizji majątku Spółki, sprawdzania ksiąg i dokumentów, każdy z członków Rady Nadzorczej może wykonywać czynności nadzorczo- kontrolne osobno, co umożliwia poszczególnym Gminom zlecenia wskazanej kontroli swojemu reprezentantowi w Radzie nadzorczej (§6 Regulaminu Rady Nadzorczej).

Ponadto, Zgromadzenie Wspólników, w szczególności zatwierdza rozliczenia rekompensaty na poszczególnych zadaniach powierzonych, tzn. kontroluje wypłacaną rekompensatę zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE, ustala ceny i wysokość opłat. Ponadto, Zgromadzenie Wspólników w sp. z o.o. ma możliwość zgodnie z ksh wydawania zarządowi wiążących poleceń (odmiennie niż w przypadku spółki akcyjnej, gdzie wyklucza to przepis art. 375¹ ksh) - Wyrok KIO z 16.12.20r., sygn. 3069/20.

Analiza wybranych z Umowy spółki kompetencji przyznanych poszczególnym organom Spółki wskazuje, iż skład Zarządu jest bezpośrednio zależny od działań i decyzji RN oraz ZW, którym to przyznano prawo m.in. do powoływania Członków Zarządu czy też zatwierdzania jego regulaminu (§18 ust. 1 pkt 19).

Gminy wspólnie wywierają decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje Spółki. *Nie jest przy tym istotny udział jaki podmioty publiczne posiadają w kapitale zakładowym spółki. Wyrok w sprawie Tragsa (sprawa C-295/05) wskazuje, iż aby udowodnić sprawowanie kontroli nad spółką każdy z podmiotów publicznych powinien posiadać w niej jakieś udziały, które nie muszą być wysokie. Jedyne warunki to ten, żeby prawa wynikające z tych udziałów były wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę.*¹

Kontrola nad Spółką wskazana np. w §16 Umowy wykonawczej przewiduje możliwość skierowania wyznaczonego przez Gminę/Gminy przedstawiciela do przeprowadzenia wszelkiego rodzaju kontroli (...) związanych z powierzonymi zadaniami publicznymi i prawidłowością realizacji umowy, a w szczególności do kontroli:

¹ Wyrok TSUE z dnia 19 kwietnia 2007 r w sprawie Tragsa, sprawa C-295/05.

- 1) jakości i częstotliwości świadczonych zadań (...);
- 2) ponoszonych kosztów i osiąganych przychodów (kontrola zgodności informacji podawanych w dokumentach ze stanem faktycznym);
- 3) prowadzonych w Spółce zadań komercyjnych lub pozostałych;
- 4) w innym koniecznym zakresie przewidzianym przepisami prawa (...);
- 5) terminowości wykonania zadania i prawidłowość przebiegu drogi przejazdu pojazdów Spółki w oparciu o zapisy danych w systemie informatycznym Gminy, (...).

W ramach czynności kontrolnych Gmina ma w szczególności prawo: wglądu we wszelkie dokumenty Spółki dotyczące rekompensaty, pobierania kopii, odpisów, żądania udzielenia pisemnych i ustnych wyjaśnień, zasięgania informacji, żądania innych dokumentów koniecznych do kontroli powierzonych zadań, dostępu w szczególności do rzeczy, dokumentów, urządzeń, obiektów i pomieszczeń, w których realizowane jest zadanie publiczne, gromadzona jest dokumentacja dotycząca powierzonych zadań.

Na zakończenie należy wskazać, iż Spółka jest podmiotem wewnętrznym, który w praktyce nie negocjuje tylko wykonuje polecenia Wspólników. Pozycję „podległą” spółki wyraźnie uwidacznia sposób ustalania taryf i opłat. Podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jst, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi. Spółka jest podmiotem zależnym zarówno pod względem gospodarczym, jak i podległym organizacyjnie. Powierzenie zadania Spółce pozwoli zabezpieczyć Gminy i ich mieszkańców przed drastycznym i niekontrolowanym wzrostem cen i gwarantuje ciągłość w wykonaniu zadań.

W kontrolowanej Spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, a Spółka 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 oraz w celu sprawowania i wzmocnienia kontroli funkcjonalnej i strukturalnej. Należy wskazać, iż Spółka wykonuje przeważającą część zadań powierzonych jej w różnej formie przez Wspólników. Do zadań tych w szczególności należy: prowadzenie, utrzymanie i eksploatacja Instalacji 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.

Ponadto, ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiających sprawujących nad Spółką kontrolę. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b pzp uwzględniono - zgodnie z zapisami art. 214 ust. 5 pzp - średni przychód osiągnięty przez Spółkę w odniesieniu do usług, za 3 pełne lata tj. od 2019-2021 poprzedzające udzielenie zamówienia. Wskaźnik z usług powierzonych przez Zamawiających w poszczególnych latach wyniósł: 90,69. %.

Wyszczególnienie	Zadania na rzecz Powierzających				Zadania komercyjne		RAZEM	Udział [w %]
	In-house	Publiczne	SUMA	Udział [w %]	Komercyjne	Udział [w %]		
2019	4 817 540,00	26 648 297,65	31 465 837,65	89,35%	3 749 482,94	10,65%	35 215 320,59	100,00%
2020	4 788 332,80	37 203 128,89	41 991 461,69	91,29%	4 006 696,56	8,71%	45 998 158,25	100,00%
2021	5 594 574,41	44 863 552,40	50 458 126,81	91,04%	4 967 297,74	8,96%	55 425 424,55	100,00%
SUMA 2019-2021	15 200 447,21	108 714 978,94	123 915 426,15	90,69%	12 723 477,24	9,31%	136 638 903,39	100,00%

- in-house – obejmują usługi zlecone z wolnej ręki w formie powierzenia przez podmioty (gminy) sprawujące kontrolę nad Spółką (będące jej udziałowcami); taką formę udzielania zamówienia publicznego określa się potocznie mianem „in-house”;
- publiczne – dotyczą pozostałych zadań publicznych realizowanych na zlecenie gmin sprawujących kontrolę nad Spółką (będących jej udziałowcami), zleconych w innej formie

niż „in-house”;

- komercyjne – wszelkie pozostałe przychody ze sprzedaży.

Przy wyliczeniu wskaźnika działalności publicznej dla Spółki Sanikom ujęto 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 sukcesem przeprowadzonej reorganizacji. Zdaniem rzecznika generalnego C. Stix-Hackl kryterium podstawowej działalności może być spełnione, jeżeli zostanie uwzględniona całość świadczeń realizowanych na rzecz wszystkich akcjonariuszy, a wynik zostanie powiązany z ogółem wykonywanej działalności², jak w niniejszym przypadku.

² Opinia rzecznika generalnego Christine Stixs-Hackl z dnia 12 stycznia 2006 r. w sprawie C-340/04, pkt 103.