

WYROK

z dnia 27 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **21 grudnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **13 grudnia 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych z terenów zamieszkałych oraz terenów częściowo zamieszkałych Gminy Lubawka, Gminy Stare Bogaczowice oraz Gminy Mściwojów*

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Lubawka**, działającego również w imieniu i na rzecz zamawiających: **Gmina Stare Bogaczowice, Gmina Mściwojów**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Lubawce unieważnienie prowadzonego postępowania z uwagi na niepodanie w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante oraz w ogłoszeniu zamieszczonym na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej uzasadnienia faktycznego wykazującego spełnienie przesłanek wynikających ze wskazanej podstawy prawnej udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża solidarnie zamawiających Gminę Lubawkę, Gminę Stare Bogaczowice i Gminę Mściwojów i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COMD” sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza solidarnie od **zamawiających Gminy Lubawki, Gminy Stare Bogaczowice i Gminy Mściwojów** na rzecz **odwołującego Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego i Handlowego „COM-D” sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze** kwotę **19441 zł 41 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta czterdzieści jeden złotych czterdzieści jeden groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty związane ze stawiennictwem na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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**.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Lubawka, działając również w imieniu i na rzecz Zamawiających Gminy Stare Bogaczowice i Gminy Mściwojów, wszczął na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbiór odpadów komunalnych z terenów zamieszkałych oraz terenów częściowo zamieszkałych Gminy Lubawka, Gminy Stare Bogaczowice oraz Gminy Mściwojów*.

4 grudnia 2018 r. Zamawiający zamieścił na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informację o zamiarze zawarcia umowy z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce {dalej również: „Spółka Sanikom”, „Sanikom” lub „Spółka”}, a 6 grudnia 2018 r. została ona opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_235 pod poz. 538564.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 grudnia 2018 r. Odwołujący Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano oznaczeń innych aktów prawnych) {lista zarzutów}:

1. Art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp w zw. z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE i art. 7 ust. 1 pzp i art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE – przez błędne przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp, a ponadto w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej {dalej również: „TFUE”}, na czego konieczność czego wskazuje prounijna interpretacja przepisów pzp), co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym, z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 oraz art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp, a także art. 12 ust. 1 lit. b) i art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE – przez błędne przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki oraz przez niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy właściwego (a właściwie jakiegokolwiek) uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp, a także niewykazanie zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie tego przepisu.
3. Art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 12 ust. 1 i 5 Dyrektywy 2014/24/UE – przez bezpodstawne przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy te przesłanki nie zachodzą ani też Zamawiający nie wskazał sposobu ich ustalenia i nie wykazał zaistnienia: po pierwsze – przesłanki dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę wraz z zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a pzp, przy czym, jeśli zamawiający oparł się na prognozach handlowych, brak podstaw do ich zastosowania, albowiem w pierwszej kolejności, jeśli podmiot prowadzi działalność ponad 3 lata, należy ustalać ten procent na podstawie średniego przychodu osiągniętego przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 67 ust. 8 pzp), a dopiero kiedy 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 (art. 67 ust. 9 PZP) – przy czym uzasadnienie prawne i faktyczne spełnienia tych przesłanek powinno znaleźć się w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w ramach podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp; po drugie – przesłanki, że zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 pzp, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami – przy czym uzasadnienie prawne i faktyczne spełnienia tej przesłanki powinno znaleźć się w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w ramach podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp; po trzecie – przesłanki, że w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego – przy czym uzasadnienie faktyczne spełnienia tej przesłanki powinno znaleźć się w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w ramach podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki – zgodnie z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp.
4. Art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, art. 10 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 4 pkt 1 lit. a) i z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1669) {dalej również: „uokik” w zw. z art. 102 TFUE i art. 106 TFUE – przez wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym przy pominięciu trybu podstawowego – przetargu nieograniczonego i braku spełnienia, a już z całą pewnością wykazania, ustawowych przesłanek do zawarcia umowy z wolnej ręki, a także przez zachowanie Zamawiającego sprzeczne z zasadami konkurencji stanowiące nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.
5. Art. 68 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 22 ust. 1a pzp i art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 18 i art. 58 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE – przez brak określenia warunków udziału w postępowaniu oraz realizacji zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz dający możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.
6. Art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp oraz art. 67 ust. 11 pkt 2 pzp w zw. z art. 6c ust. 2a ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach {dalej również: „upcg”} oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego – przez 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 upcg ustawowym obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu, co w konsekwencji doprowadziło do obejścia przepisów upcg oraz błędnego określenia przedmiotu postępowania.
7. Art. 16 ust. 1 pzp – przez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania na rzecz swojej, Gminy Stare Boguszwice i Gminy Mściwojów, na skutek błędnego uznania, że w niniejszym przypadku gminy mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, podczas gdy przesłanki dla udzielenia zamówienia w trybie in-house powinny zostać spełnione dla każdej z gmin samodzielnie.
- Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Odwołujący ponadto sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.
- Odwolujący zrelacjonował, że Zamawiający wszczął w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z terenów zamieszkałych oraz terenów częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych Gminy Lubawka, Gminy Stare Boguszwice oraz Gminy Mściwojów, o czym poinformował 4 grudnia 2018 r. na swojej stronie internetowej w ogłoszeniu w BIP i 6 grudnia 2018 r. w ogłoszeniu opublikowanym w Dz.U. UE.
- W treści ogłoszenia w BIP Zamawiający wskazał jako podstawę skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp.
- Zamawiający wskazał, że może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki osobie prawnej jeżeli:
- 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;
- Następnie Zamawiający wskazał, że podmiotem, któremu zamierza udzielić zamówienia jest Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” spółka z o.o. z siedzibą w Lubawce.
- Zamawiający lakonicznie wskazał, że spółka, której zamierza udzielić zamówienia spełnia powyższe przesłanki, co

uzasadniać ma wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jako właściwego do zastosowania w postępowaniu.

{ad pkt 1 listy zarzutów – zaniechanie wykazania braku naruszenia konkurencji}

Odwolujący skonstatował, że ze względu na wartość zamówienia i jego zakres przedmiotowy podlega ono przepisom ustawy pzp, Dyrektywy 2014/24/UE, jak również TFUE.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienia publiczne udzielane przez zamawiającego osobie prawa prywatnego lub publicznego przy spełnieniu opisanych w tym artykule przesłanek nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy. Inaczej mówiąc, Dyrektywy 2014/24/UE nie stosuje się do tego typu umów, choć w dalszym ciągu stanowią one „zamówienie publiczne”.

Z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „Trybunał” lub „TSUE”} zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE (w odniesieniu do zamówień poniżej progów przewidzianych w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych por. orzeczenie w sprawie C-159/11 oraz w sprawie C-358/12; w odniesieniu do zamówień nieobjętych przepisami dyrektyw ze względu na ich specyficzny charakter jako koncesji na usługi – por. orzeczenie w sprawie C-231/03). Trybunał wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE (por. orzeczenie w sprawie C-231/03).

Samo zatem wyłączenie spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające dla uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji. Obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazujący nadużywania pozycji dominującej.

Stąd wyłączenie zawarte w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie należy interpretować wyłącznie przez pryzmat jego literalnej treści, ale w kontekście całości regulacji TFUE. Z punktu widzenia prawa unijnego wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie uprawnia zamawiających do całkowitego wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE. W dalszym ciągu są oni związani przepisami w nim określonymi. Aby było inaczej, wyłączenie takie powinno zostać przewidziane w samym TFUE. Tak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w art. 1 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, jak i art. 4 pkt 5b pzp, a dotyczącym art. 346 TFUE.

Poza przywołanym orzecznictwem Trybunału na taką interpretację wskazuje jednoznacznie również Komisja Europejska {dalej również: „Komisja” lub „KE”} w wydanym 30 listopada 2016 r. „Przewodniku dotyczącym zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”. Zamówienia te (podobnie jak zamówienia, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE lub tzw. zamówienia poniżej progów unijnych) są wyłączone spod Dyrektywy 2009/81/WE na podstawie jej art. 13 lit. f), stąd zasadne będzie odwołanie się do interpretacji KE.

Jak wskazuje się w tym przewodniku, decyzja o udzieleniu zamówienia oparta na wyłączeniu powinna być poprzedzona właściwą analizą, która powinna w szczególności określać, czy na rynku nie ma konkurencji lub jest ona nie do uzyskania, czy też przeciwnie, istnienie konkurencji jest faktem. Jednym z elementów takiej analizy powinny być konsultacje rynkowe.

Dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia właśnie temu wykonawcy (w przypadku rozpatrywanym w przewodniku – rządowi innego kraju, zaś w przypadku art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE – tzw. podmiotowi wewnętrznemu) jest jedynym lub najlepszym z punktu widzenia interesu publicznego rozwiązaniem zapewniającym zamawiającemu realizację jego celów, możliwe jest dalsze procedowanie. W przeciwnym wypadku zamówienie takie powinno być udzielone w na zasadach wynikających z unijnych dyrektyw (*Jeżeli przeciwnie, bezstronna ocena informacji uzyskanych z ogłoszeń przed udzieleniem zamówienia pokaże, że jeden lub więcej wykonawców z UE jest w stanie zaoferować rozwiązanie korzystniejsze cenowo niż oferowane przez G2G i nie ma obiektywnego uzasadnienia dla udzielenia zamówienia przez stronę rządu sprzedającego, instytucje zamawiające rozpoczną procedurę udzielania zamówień zgodnie z dyrektywą. Odpowiednie przepisy dyrektywy będą wówczas musiały być przestrzegane.*)

KE wskazuje również przykłady sytuacji, które pozwalają uznać, że na rynku nie ma konkurencji lub jest ona nie do uzyskania. Jednym z nich jest istnienie wyłącznie jednego podmiotu, który ze względów technicznych może wykonać zamówienie, pilnej potrzeby, zamówień dodatkowych lub uzupełniających. Oznacza to, że w przypadku zamówień wyłączonych spod przepisów dyrektyw konieczne jest dokonanie analizy możliwości ich udzielenia danemu podmiotowi z punktu widzenia zasad konkurencji. Inaczej mówiąc, na zamawiającym korzystającym z wyłączenia spoczywa obowiązek wykazania zasadności odstąpienia od konkurencyjnego sposobu wyłonienia wykonawcy.

Sam fakt, że ustawodawca polski zdecydował o objęciu zamówień określanych jako zamówienia in-house przepisami pzp i udzielaniu ich w trybie z wolnej ręki nie oznacza, że można ich udzielać bez zachowania podstawowych zasad przewidzianych w TFUE, w tym właśnie bez dokonywania wspomnianych analiz.

Korzystanie z tego trybu jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy nie narusza to podstawowych przepisów TFUE i prawa krajowego, które stanowi implementację postanowień Traktatu. Skoro ustawodawca unijny nie zdecydował się na wprowadzenie zamówień in-house jako przesłanki dla negocjacji bez ogłoszenia (wolnej ręki w przypadku pzp), nie można twierdzić, że zamówienia takie rzeczywiście mogą być udzielane jedynie po spełnieniu przesłanek dotyczących kontroli i wykonywanej działalności, a bez konieczności weryfikacji sytuacji rynkowej lub korzyści dla interesu publicznego.

Jednocześnie zamówienie, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp, nie korzysta z domniemania zgodności z TFUE, jako wyłączone spod zakresu stosowania Dyrektywy 2014/24/UE, a co za tym idzie, nie spełnia przesłanek umożliwiających korzystania z tego domniemania, jak ma to miejsce w przypadku zamkniętego katalogu uprawniającego do korzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia wskazanego w art. 32 ust. 2-5 Dyrektywy 2014/24/UE. W praktyce oznacza to konieczność każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych planowane udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp nie stanowi naruszenia TFUE.

W tym kontekście Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako organizator rynku usług użyteczności publicznej, w tym usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych, powinien doskonale zdawać sobie sprawę z sytuacji panującej na tym rynku. Jest zatem (a przynajmniej powinien być) świadomy tego, że na rynku funkcjonują inne podmioty realizujące świadczenia będące przedmiotem postępowania na jego rzecz. Co więcej, usługi świadczone przez te podmioty były i w dalszym ciągu są wykonywane w sposób należyty i bez zastrzeżeń. Organizując dotychczas postępowania konkurencyjne i ustalając w nich określone wymogi dotyczące m.in. sprzętu, którym powinni dysponować wykonawcy, Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę z kosztów, które musieli oni ponieść, aby sprostać tym wymaganiom.

Przed podjęciem decyzji o wyborze trybu in-house Zamawiający nie przeprowadził żadnych analiz, konsultacji z rynkiem, które wykazałyby zasadność odstąpienia od konkurencyjnego trybu wyboru wykonawcy, a mimo to zdecydował

się na nierynkowe rozwiązanie w postaci bezprzetargowego powierzenia realizacji zadania dotyczącego odbierania odpadów komunalnych. Innymi słowy Zamawiający eliminuje w ten sposób z rynku innych wykonawców, poza podmiotem, któremu zamierza powierzyć zadanie objęte postępowaniem.

Ustawodawca polski dla zamówień, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, przewidział w art. 67 ust. 11 pzp specjalny mechanizm weryfikacji (analizy) zgodności wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w zakresie sytuacji rynkowej z wymogami konkurencji. Wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma na celu weryfikację sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia. Zamawiający informuje o swym zamiarze skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP i dopiero po 14 dniach od zamieszczenia takiej informacji jest uprawniony do zawarcia umowy ze wskazanym w ogłoszeniu podmiotem, co wynika z art. 67 ust. 14 PZP. W przypadku, gdy okaże się, że zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem wyrażą inne podmioty, udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe, chyba że zamawiający będzie w stanie wykazać, że konkurencyjny sposób wyłonienia wykonawcy danego zadania stanowi prawną lub faktyczną przeszkodę w jego realizacji, co wynika wprost z art. 106 ust. 2 TFUE (*Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii*).

Wszystko to sprawia, że zachowanie Zamawiającego trzeba uznać za sprzeczne z przepisami pzp, Dyrektywy 2014/24/UE a także TFUE, skoro zamierza udzielić przedmiotowego zamówienia w oderwaniu od sytuacji panującej na rynku, na którym ma zostać udzielone przedmiotowe zamówienie, w tym od istnienia rzeczywistej konkurencji, która pozwala na wybór podmiotu, któremu Zamawiający powierzy realizację zamówienia publicznego w sposób konkurencyjny.

Przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w sprzeczności również z wymogami prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającymi z art. 7 ust. 1 PZP.

Dla Odwołującego podstawowym i oczywistym elementem uzasadnienia, do którego zobowiązany jest zamawiający na mocy art. 67 ust. 11 pzp, jest wykazanie, z jakich względów zasadne jest odejście od konkurencyjnego trybu wyboru wykonawcy na rzecz zastosowania wyjątku, jakim powinno być zamówienie z wolnej ręki.

Odwołujący podsumował, że już tylko z tej przyczyny wszczęcie przez Zamawiającego postępowania w trybie niekonkurencyjnym należy uznać za sprzeczne z regulacjami pzp, Dyrektywy 2014/24/UE oraz TFUE.

{ad pkt 2 i 3 listy zarzutów – brak podania odpowiedniego uzasadnienia}

Odwołujący zauważył, że ponieważ zgodnie z art. 10 ust. 1 pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a pozostałe tryby mogą być zastosowane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie, przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki, jako wyjątku od zasady, powinny być interpretowane ściśle, co podnosi się zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok z 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01), jak i Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17, wyrok z 7 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 96/17).

Co istotne na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wiarygodność tej analizy, stanowiącej podstawę do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwa do zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości.

W przypadku zamówień in-house ustawodawca dodatkowo i jednoznacznie nakazał zamawiającemu w art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp zawrzeć podstawę prawną i uzasadnienie wyboru tego trybu.

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 zainteresowanym uzyskaniem zamówienia dał możliwość weryfikowania spełnienia m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp. Podane przez zamawiającego uzasadnienie powinno być szczegółowe i pełne, tak aby potencjalny wykonawca, który się z nim nie zgadza, miał ewentualne podstawy do formułowania rzetelnego odwołania podważającego spełnienie przesłanek.

Sytuację tę można porównać do uzasadnienia, jakie zamawiający ma obowiązek sporządzić i podać podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty, do czego obliguje zamawiającego art. 92 ust. 1 pzp. Jak jednoznacznie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: *wszystkie czynności, o których mowa w przepisie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, winny być przez zamawiającego uzasadnione. Obowiązek ten dotyczy również uzasadnienia czynności oceny ofert i przyznawania im punktów. Wobec każdego wykonawcy uzasadnienie przyznania określonej ilości punktów jego ofercie jest o tyle oczywiste, że każdy wykonawca jest uprawniony do tego, by wiedzieć, na jakiej podstawie jego oferta została oceniona w taki czy inny sposób. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert stanowi emanację zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego. (...) uzasadnienie decyzji zamawiającego winno być tak sformułowane, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wy tłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny* (wyrok z 6 marca 2017 r. sygn. akt 35/17).

Według Odwołującego w przypadku wykazania podstaw dla skorzystania z zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp sytuacja jest taka sama. Generalnie obowiązki wykonawcy lub zamawiającego dotyczące uzasadnienia podejmowanych przez nich decyzji są identyczne – w obu przypadkach chodzi o to, aby odbiorca informacji miał wyczerpującą wiedzę i podstawy do podejmowania dalszych decyzji. Stanowi to ogólny wyraz realizacji zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE, w szczególności zasady przejrzystości.

Zdaniem Odwołującego zasadnie podnosi się w orzecznictwie Izby, że brak wymaganego przepisami pzp uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki oznacza brak wykazania przez zamawiającego przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie in-house, w szczególności brak spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit b) pzp, gdyż uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu i stanowi naruszenie przepisów (wyrok z 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17 i wyrok z 11 sierpnia 2017 r. sygn. akt 1577/17).

Odwołujący zarzucił, że nie zachodzą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp, od których uzależnione jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uzasadnił w ogłoszeniu, że na chwilę ogłoszenia wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 pzp ma kontrolę nad Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce, które wykonuje w ponad 90% zadania powierzone mu przez zamawiających sprawujących samodzielnie lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, a także nie ma w nim bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców nie wynika pełna lista współników Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce, co można ustalić porównując sumę udziałów, posiadaną przez wskazanych w KRS współników oraz wysokość kapitału zakładowego, należy domniemać, że pozostali współnicy mają mniej niż 10% udziałów i nie podlegają ujawnieniu w KRS zgodnie z art. 38 pkt 8 lit. c) ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, a zatem ich tożsamość nie jest wiadoma. Stąd po wzięciu pod uwagę publicznie dostępnych informacji nie wynika z nich status dla gmin objętych zamówieniem ani spełnienie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp. Poza ogólnym przytoczeniem treści przepisu w ogłoszeniu, nie ma tam również żadnych konkretnych informacji, które pozwoliłyby zweryfikować spełnienie przesłanek przez potencjalnych wykonawców (jak Odwołujący).

Odwołujący zarzucił, że treść uzasadnienia podana przez Zamawiającego w ogóle nie odnosi się do brzmienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) pzp, a ponadto nie uwzględnia, że ponieważ zamówienie następuje na rzecz kilku gmin, każda z nich powinna spełniać te warunki oddzielnie, a tym samym Zamawiający w ogóle nie wykazał spełnienia tej przesłanki.

Odwołujący zauważył, że spełnienie powyższej przesłanki można było wykazać na jeden z dwóch przewidzianych w pzp i Dyrektywie 2014/24/UE sposobów, tj. dzięki przedstawieniu: (a) danych dotyczących przychodu pochodzących z ostatnich trzech (zasada), albo, jedynie w przypadku gdy dane te są niedostępne lub nieadekwatne ze względu na reorganizację podmiotu, (b) wiarygodnych prognoz handlowych (co stanowi wyjątek od zasady), co wynika wprost z art. 67 ust. 8 i 9 pzp oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE.

Odwołujący stwierdził, że jak wynika z treści podanego uzasadnienia, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce, której Zamawiający zamierza powierzyć zamówienie, rzekomo w ponad 90% będzie (co odnosi się do zdarzenia ewentualnego przyszłego) wykonywać zadania użyteczności publicznej, gwarantując bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców gmin, w tym zadań powierzonych jej przez Zamawiających. Według Odwołującego takie ogólne stwierdzenie nie wypełnia przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w zw. z art. 67 ust. 8 pzp.

Odwołujący zauważył, że równocześnie nie ma mowy o spełnieniu przez tę spółkę przesłanek do zastosowania w tym zakresie prognozy handlowej, o której mowa w art. 67 ust. 9 pzp, a zresztą Zamawiający nawet wprost nie przywołuje takiej ewentualności w uzasadnieniu. Według Zamawiającego można jedynie domyślać się, nie mając jednak pewności, że wspomniane w ogłoszeniu przeprowadzenie dla spółki „analizy wskaźnikowej” (pojęcia nieznanego ustawie pzp), wskazuje na prognozę na przyszłość, której Zamawiający i tak nie może stosować. Biorąc pod uwagę, że wskazana spółka istnieje 21 lat (zgodnie z informacją w KRS jej założenie nastąpiło 11.12.1997 r., Zamawiający ma możliwość uwzględnienia średniego przychodu osiągniętego przez spółkę lub zamawiającego w odniesieniu do usług za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Jeśli w takim wypadku Zamawiający miałby stosować wiarygodną prognozę handlową, musiałby wykazać, że ze względu na reorganizację działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne – czego również nie wskazał i nie uczynił.

Zdaniem Odwołującego nie ma w ogłoszeniu informacji, które powinien otrzymać, pozwalających na weryfikację spełnienia określonego procentu działalności, którą tzw. podmiot wewnętrzny ma wykonywać na rzecz zamawiającego. Zamawiający zamieścił w ogłoszeniu jedynie gólosłowne zapewnienia, nieoparte na jakiegokolwiek rzetelnych danych, które zostałyby ujawnione. Informacje podane przez Zamawiającego w ogłoszeniu w BIP w żadnym razie nie mogą być potraktowane jako „rzeczowe uzasadnienie przedstawiające rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji”.

{ad pkt 4 listy zarzutów – nadużycie pozycji dominującej}

Odwołujący wywiódł, że skoro zamawiający nie jest uprawniony do organizacji zamówień w sposób mający na celu ich wyłączenie z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych lub sztuczne zawężanie konkurencji, tym bardziej nie może przygotowywać i prowadzić postępowania w sposób, który narusza powszechnie obowiązujące przepisy prawa – szczególnie, gdy bezpośrednio dotyczy wskazanej w art. 7 ust. 1 pzp uczciwej konkurencji – w tym reguły konkurencji określone w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący przytoczył, że zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Dodał, że w świetle orzecznictwa istotą tak zdefiniowanej praktyki zakazanej jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na określonym rynku właściwym, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku (wyrok SN z 19 lutego 2009 r. sygn. akt III SK 31/08, wyrok SN z 3 marca 2010 r. sygn. akt III SK 37/09, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 września 2013 r. sygn. akt VI ACa 170/13).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ma status przedsiębiorcy – co jednoznacznie wynika z art. 4 pkt 1 lit a) uokik, jak również art. 102 TFUE – w zakresie, w jakim organizuje realizację zadań własnych związanych z utrzymaniem porządku i czystości. Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a) uokik przez przedsiębiorcę rozumie się osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

Pojęcie usług użyteczności publicznej, niezdefiniowane w uokik, należy rozumieć jako odnoszące się do zadań z zakresu administracji publicznej służących zaspokajaniu w sposób ciągły i powszechnie dostępny potrzeb społecznych o charakterze ogólnym. Do zadań tych zalicza się m.in. zadania uznane za zadania własne gminy w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Wśród usług o charakterze użyteczności publicznej znajdują się usługi związane z utrzymaniem czystości i porządku w gminach, w szczególności polegające w szczególności na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych.

Organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej interpretowane jest szeroko, jako obejmujące wszelkiego rodzaju aktywności polegające na *kreowaniu możliwości świadczenia usług użyteczności publicznej* (wyrok Sądu Antymonopolowego z 26 marca 2003 r. sygn. akt XVII Arna 35/02), *tworzeniu „wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców”* (wyrok SN z 20 listopada 2008 r. sygn. akt III SK 12/08). W świetle orzecznictwa status przedsiębiorców organizujących usługi użyteczności publicznej mają jednostki samorządu terytorialnego (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 stycznia 2008 r. sygn. akt VI ACa 481/07), w tym wówczas, gdy prowadzą działalność organizatorską na rynku utrzymania porządku i czystości na swoim terenie (decyzja Prezesa UOKiK z 17 marca 2011 r. nr RBG-5/2011). Zamawiający odpowiada powyższym kryteriom i, organizując usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych, jest przedsiębiorcą.

Działania Zamawiającego w stosunku do rynku właściwego, jakim jest rynek odbioru odpadów komunalnych m.in. z terenu Gminy Lubawka, podlegają ocenie również z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 uokik. Odwołujący przy tym podkreślił, że uprawnienie Zamawiającego do organizowania rynku usług użyteczności publicznej (w tym wypadku usług odbierania odpadów komunalnych) nie przekreśla możliwości oceny jego zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności zaś, czy zachowanie Zamawiającego nie prowadzi do tzw. dławienia konkurencji.

Potwierdził to jednoznacznie Sąd Najwyższy w wyroku z 26 stycznia 2017 r. (sygn. akt I CSK 252/15), w którym wskazano, że przepis ten [art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – przypis Odwołującego] zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym każdemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom działającym na rynku właściwym (...). Wyłączenie gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji mogłoby wynikać z przepisów szczególnych, ale wymagałoby to ich wskazania, tego zaś Sąd Apelacyjny nie uczynił, co jest zrozumiałe bo takich przepisów nie ma. Wyłączenia pozwanego miasta spod działania przepisów o ochronie konkurencji można także poszukiwać w przepisach unijnych. Jak wynika z art. 106 ust. 2 TFUE przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym podlegają regułom konkurencji przewidzianym w Traktacie w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu zadań im powierzonych. Prawo unijne, podobnie jak nasze przepisy o ochronie konkurencji, wskazuje więc, że co do zasady taki przedsiębiorca jak pozwane miasto podlega regułom konkurencji. Wyłączenie spod działania tych reguł jest możliwe tylko wtedy, gdyby ich stosowanie stanowiło przeszkodę w wykonywaniu zadań powierzonych pozwanemu [tj. Miastu - przypis Odwołującego].

Decydując o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” spółka z o.o. w Lubawce Zamawiający niewątpliwie wpływa na kształt rynku odbierania odpadów komunalnych (wskazuje bowiem podmiot, który na tym rynku może działać na zasadzie wyłączności), jednocześnie wpływając na warunki świadczenia usług odbierania odpadów komunalnych od właścicieli zarówno nieruchomości zamieszkałych, jak i niezamieszkałych.

Zamawiający ma pozycję dominującą na rynku właściwym, za który należy uznać rynek organizowania usług odbierania odpadów komunalnych z terenu Gminy Lubawka (podobnie jak pozostałe podmioty, na rzecz których i w imieniu których udziela zamówienia dla właściwych im rynków). Jest bowiem jedynym podmiotem, który odpowiada za organizację usług użyteczności publicznej z zakresu gospodarki odpadami na tym terenie.

Zgodnie z uokik pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 uokik). W świetle tej definicji rynek właściwy stanowi pewną przestrzeń wyodrębnioną pod względem produktowym, geograficznym, a także temporalnym, na którym działają konkurujące ze sobą podmioty dążące do realizacji przysługującego im celu gospodarczego w wyniku zaspokojenia potrzeb nabywcy (wyrok SN z 15 października 2014 r. sygn. akt III SK 61/13).

Odwołujący podkreślił, że do naruszenia przepisów uokik dochodzi nie tylko na rynku o strukturze faktycznie lub potencjalnie konkurencyjnej poprzez tworzenie przez dominującego przedsiębiorcę sztucznych barier wejścia podmiotów nowych lub rozwoju podmiotów już działających na tym rynku. Zakazane na podstawie UOKiKPrzeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji może mieć miejsce także na rynkach, na których – tak jak w niniejszej sprawie – dominujący organizator rynku podejmuje decyzje wpływające na strukturę rynku, w tym na dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności na rynku.

Z uwagi na treść art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik na przedsiębiorcy organizującym rynek, takim jak Zamawiający, spoczywa obowiązek korzystania ze swoich kompetencji w sposób rzetelny i niedyskryminujący. Organizator rynku narusza zakaz nadużywania pozycji dominującej, gdy uniemożliwia potencjalnym świadczeniodawcom rywalizowanie o rynek w oparciu o równe i niedyskryminujące zasady.

Należy przyjąć, że do naruszenia dochodzi tym bardziej wówczas, gdy organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję na nim, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy, w tym przypadku - swojej własnej spółce komunalnej.

Tymczasem najlepszą metodą zapewnienia przez organizatora rynku potencjalnym wykonawcom rywalizacji o rynek w oparciu o zasady wolnej i równej konkurencji jest wykorzystanie trybów wyboru wykonawcy na podstawie konkurencyjnych trybów przewidzianych w regulacjach dotyczących zamówień publicznych. W orzecznictwie antymonopolowym wyraźnie wskazuje się, że zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą (tu: Zamawiający) eliminuje dokonanie wyboru kontrahenta w trybie przetargowym, nawet jeżeli w wyniku przetargu w praktyce dochodzi do wyeliminowania z rynku usług innych przedsiębiorców (wyrok SN z 9 marca 2004 r. sygn. akt III SK 13/04). Rozumując a contrario, naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik stanowić może wyeliminowanie przedsiębiorców z rynku na podstawie uznaniowej decyzji monopolisty dysponującego uprawnieniami do organizacji tego rynku.

Jak zauważa się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 PZP. Co więcej, art. 18 ust 1 zdanie 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że „Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców* (wyrok z 27 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2567/17).

Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie wprost miało na celu wyłączenie zamówienia z zakresu stosowania PZP i Dyrektywy 2014/24/UE i sztuczne zawężenie konkurencji z zamiarem działania na korzyść Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Spółka z o.o. w Lubawce.

Również z punktu widzenia zasad prawa konkurencji określonych w TFUE przedsiębiorstwem jest każda jednostka prowadząca działalność gospodarczą, niezależnie od formy prawnej tej jednostki i sposobu jej finansowania. Ponadto działalność gospodarczą stanowi wszelka działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku (orzeczenie TSUE z 22 października 2015 r. w sprawie C-185/14, pkt 37).

Wszędzie tam, gdzie w grę wchodzi kwestie świadczenia usług na rynku konkurencyjnym, nie ma powodów, aby podmioty publiczne zostały wyłączone spod tych zasad. Kluczowe znaczenie ma w tym przypadku kwestia tego, czy zadania te mogą być i są wykonywane również przez podmioty prywatne (stanowisko Komisji Europejskiej przedstawione w orzeczeniu Sądu EFTA z 22 września 2016 r. w sprawie E-29/15, pkt 46), szczególnie, gdy może to być działalność prowadzona dla uzyskania zysku (opinia Rzecznika Generalnego J. z 13 września 2001 r. w sprawie T218/00, pkt 38). Jak się podkreśla w doktrynie, zasady konkurencji mogą w tym obszarze ewentualnie nie znaleźć zastosowania w sytuacjach, w których dana działalność była od zawsze prowadzona jedynie przez podmioty publiczne (opinia Rzecznika Generalnego J. z 28 stycznia 1999 r. w sprawie C-67/96, pkt 314).

Jak wynika jednoznacznie z orzeczenia Sądu Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA), który orzeka na podstawie prawa unijnego, z punktu widzenia zasad konkurencji jednostka samorządu terytorialnego, która wkracza na rynek poprzez świadczenie usług (nawet takich, które zostały jej przypisane jako zadania publiczne) jest traktowana jak przedsiębiorca i podlega ogólnym regułom konkurencji przewidzianym w TFUE, w tym art. 102. Jednostka taka, jako organizator rynku usług komunalnych, może nadużywać swojej pozycji dominującej (monopolistycznej), prowadząc działania zmierzające do wyeliminowania z tego rynku przedsiębiorców prywatnych. Tego typu działania nie stanowią bowiem w sposób oczywisty wykonywania władzy publicznej (orzeczenie Sądu EFTA z 22 września 2016 r. w

sprawie E-29/15, pkt 56) .

Ewentualne zachowanie jednostki samorządu terytorialnego (tu: Zamawiającego) eliminujące innych uczestników rynku mogłoby być usprawiedliwione na podstawie art. 106 ust. 2 Traktatu. Jednak w takim przypadku to Zamawiający jest zobowiązany do tego, aby udowodnić, dlaczego organizowanie postępowań konkurencyjnych na usługi odbioru odpadów komunalnych, zamiast dyskrecjonalne powierzanie ich na zasadach zamówień inhouse, miałoby stanowić prawną lub faktyczną przeszkodę w wykonywaniu tych zadań. Zamawiający w jakikolwiek sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że postępowanie konkurencyjne może stanowić jakąkolwiek przeszkodę w realizowaniu zadania.

Jak wynika z orzecznictwa TSUE, jeśli działanie antykonkurencyjne zostaje narzucone przedsiębiorstwom (tu: Zamawiającemu) przez ustawodawstwo krajowe lub jeśli ustawodawstwo to tworzy ramy prawne, które same z siebie eliminują wszelkie możliwości działania zgodnego z regułami konkurencji z ich strony, art. 102 TFUE nie znajduje zastosowania (lub znajduje w sposób ograniczony). W takiej sytuacji, jak wynika z tych postanowień, ograniczenie konkurencji nie znajduje bowiem swej przyczyny w niezależnych działaniach przedsiębiorstw (tu: Zamawiającego). Natomiast art. 102 TFUE stosuje się, jeśli okaże się, że ustawodawstwo krajowe pozostawia możliwość istnienia konkurencji, która może być wyeliminowana, ograniczona lub zakłócona poprzez niezależne działania przedsiębiorstw (tu: Zamawiającego) (TSUE w orzeczeniu z 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P, pkt 80).

Ponadto, jak wskazano wprost w wyroku EFTA, *gmina może stanowić przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 54 Porozumienia EOG, jeżeli prowadzi działalność gospodarczą polegającą na oferowaniu towarów lub usług na rynku. W celu ustalenia, czy działalność taka jak gospodarka odpadami ma charakter rynkowy, należy wziąć pod uwagę istnienie konkurencji z podmiotami prywatnymi. W tym względzie okoliczność, że otrzymana opłata za świadczenie usług w zakresie gospodarowania odpadami nie może przekroczyć poniesionych kosztów, musi być równoważona z istnieniem konkurencji na rynku.*

TSUE stwierdził natomiast, że jeśli prawo krajowe ogranicza się do zachęcania przedsiębiorstw (tu: Zamawiającego) do podjęcia niezależnych działań antykonkurencyjnych lub ułatwia im podjęcie takowych, działania tych podmiotów podlegają art. 102 TFUE. Jak argumentuje TSUE, na przedsiębiorstwach zajmujących pozycję dominującą (tu: Zamawiającym) ciąży bowiem szczególna odpowiedzialność za to, aby ich zachowanie nie naruszało skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku .

Co przy tym szczególnie ważne, przepisy pzp nie wymuszają na Zamawiającym korzystania z zamówienia in-house, a jedynie dają mu taką możliwość.

Oznacza to zatem, że zarówno z punktu widzenia uokik, jak i przepisów TFUE działania Zamawiającego, które w oczywisty sposób prowadzą do wyeliminowania z rynku jakiegokolwiek konkurencji i udzielenie zamówienia spółce komunalnej Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Spółka z o.o. w Lubawce w trybie z wolnej ręki stanowią nadużycie pozycji dominującej.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że co do zasady Prezes Urzędu Konkurencji i Konsumentów jest właściwym organem do orzekania w sprawach o nadużycie pozycji dominującej. W ocenie Odwołującego właściwość ta przejawia się jednak głównie w wyłącznej kompetencji Prezesa UOKiK do wydawania decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej za stosowanie takiej praktyki. Jednocześnie jednak należy wskazać, że nie tylko Prezes UOKiK jest organem właściwym do stwierdzenia, że dana praktyka stanowi nadużycie pozycji dominującej. Powyższe potwierdza wprost uchwała Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z 23 lipca 2008 r. sygn. akt III CZP 52/08 (Lex nr 408406), w której wskazano, że sąd powszechny również może samodzielnie stwierdzić naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej, chyba że została już wydana ostateczna decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdzająca nadużycie pozycji dominującej.

W ocenie Odwołującego wnioski płynące z powyższej uchwały winny znaleźć zastosowanie per analogiam do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Gdyby bowiem uznać, że Izba nie posiada w ogóle właściwości do orzekania w sprawach, w których doszło do naruszenia przepisów o ochronie konkurencji, prowadziłoby to do wniosku, że Izba nie jest władna stwierdzać naruszeń licznych przepisów Prawa zamówień publicznych odwołujących się wprost do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czy też ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej również: „uznk”). W ocenie Odwołującego, takie rozumowanie nie może zostać uznane za słuszne.

Kwestia badania ewentualnego nadużycia pozycji dominującej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być wyłączona spod oceny zarówno zamawiającego, Krajowej Izby Odwoławczej czy sądu powszechnego ze względu na prymat przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której w wielu miejscach odsyłają wprost przepisy pzp (np. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 3). Przepisy wspomnianej ustawy mają na celu zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej w interesie zarówno publicznym, jak i przedsiębiorców (art. 1 uznk). Wskazany cel nie mógłby zostać osiągnięty w przypadku gdyby zamawiający lub Izba biernie akceptowali funkcjonowanie w systemie zamówień publicznych przypadków niezgodnych z przepisami zachowań uczestników rynku, w szczególności, gdy sprawy te dotyczą wykładni przepisów prawa.

Zważywszy na powyższe, przyjęcie, że Krajowa Izba Odwoławcza nie mogłaby oceniać zachowań uczestników postępowania (też zamawiającego) z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, przepisy pzp musiałyby przewidywać mechanizm zawieszenia postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (czy przed samym zamawiającym), na czas potrzebny do rozstrzygnięcia sprawy przez organ właściwy do orzekania w sprawach o naruszenie przepisów o ochronie konkurencji, tj. przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W przepisach regulujących postępowanie przed Izbą próżno jednak szukać takiego lub podobnego rozwiązania.

Według Odwołującego potwierdzenie tezy o możliwości orzekania Krajowej Izby Odwoławczej o kwestii dotyczącej nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego (jednostkę samorządu terytorialnego) zawarto w wyroku Izby z 27 grudnia 2017 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2567/17 dotyczący kwestii tzw. zamówień in-house. Jednoznacznie z niego wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza ma kompetencje do orzekania w sprawach z zakresu naruszania pozycji dominującej przez jednostki samorządu terytorialnego w związku z prowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego.

{ad pkt 5 listy zarzutów –brak określenia warunków udziału w postępowaniu}

Odwołujący na podstawie analizy treści ogłoszenia zamieszczonego w BIP ustalił, że Zamawiający nie przewidział żadnych warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji, wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego.

Z treści art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP wynika, że o zamówienie może się ubiegać wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu, jeśli warunki te zostały przez zamawiającego postawione.

Zdaniem Odwołującego z powyższego przepisu nie wynika jednak dowolność Zamawiającego w zakresie decyzji o postawieniu warunków. Takie zachowanie Zamawiającego jest nieuzasadnione i niezgodne z wymogiem poszukiwania przez niego rozwiązania optymalnego z punktu widzenia interesu publicznego. Stanowi to w konsekwencji o naruszenie fundamentalnej dla systemu zamówień publicznych – nie tylko krajowego, ale i unijnego – zasady równego traktowania. Wyrzeczemy tej zasady jest zamieszczony w art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE i bezpośrednio obowiązujący w stosunku do gmin zakaz organizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sposób mający na celu wyłączenie

zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

{ad pkt 6 listy zarzutów – obejście przepisów ucpg}

Odwolujący stwierdził, że z brzmienia nazwy przedmiotu zamówienia wskazanej w ogłoszeniu w BIP wynika, że postępowaniem tym objęte jest również odbieranie odpadów z terenów niezamieszkałych.

Odwolujący wskazał, że z art. 6c ust. 2a ucpg wprost wynika, że odbieranie odpadów komunalnych z niezamieszkałych nieruchomości wymaga przeprowadzenia przetargu. A zatem postępowania opartego na przepisach pzp w trybie nieograniczonym lub ograniczonym. Co więcej, według art. 6c ust. 2 ucpg objęcie takich nieruchomości zadaniem gminy (a tym samym w ogóle możliwość organizacji postępowań w zakresie odbierania odpadów z ich terenu) jest dopuszczalne wyłącznie, gdy rada gminy postanowi o tym w drodze uchwały. Zostało to również potwierdzone przez Zastępcę Dyrektora Departamentu Gospodarki Odpadami Ministerstwa Środowiska w skierowanym do Odwołującego piśmie z 21 grudnia 2017 r. (załączonym do odwołania).

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 pzp 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. Zamówienie na odbieranie odpadów z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne powinno zostać udzielone w trybie przetargowym, zgodnie z art. 6c ust. 2a ucpg. Skorzystanie więc przez Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi obejście przepisów ucpg, ewentualne zawarcie umowy w tym zakresie skutkuje jej nieważnością na podstawie art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający w złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Zamawiający oświadczył, że zastosowany tryb zamówienia z wolnej ręki spełnia wszelkie przesłanki faktyczne oraz prawne, gdyż zarówno podmioty publiczne posiadające udziały w kapitale zakładowym spółki, jak i sama spółka przed powierzeniem zadania odbioru i transportu odpadów komunalnych wnikliwie to przeanalizowały, zostały sporządzone liczne dokumenty, a także przeprowadzono szkolenie dla wspólników z tematyki spółek in-house (przesłanki powierzenia, sposób ustalania oraz weryfikacji rekompensaty, kontrola wykonywania zadań, dbanie o jakość świadczonych usług oraz omówienie na przykładach wyroków TSUE najczęściej popełnianych błędów).

Zamawiający podał, że w celu sprostania przesłankom określonym w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp oraz wymaganiom wynikającym z Decyzji KE z 20 grudnia 2011 r. opracowane zostały następujące dokumenty:

1. Weryfikacja dokumentów przedstawionych przez Sanikom, obejmująca w szczególności analizę zapisów aktu założycielskiego pod kątem spełnienia przesłanek
2. Analiza finansowa z listopada 2018 r. w przedmiocie powierzenia Sanikom zadania odbioru odpadów komunalnych w okresie 01.01.2019 - 31.12.2021., obejmująca m.in. wyliczenie wskaźnika, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b pzp oraz określenie wysokości dozwolonej rekompensaty za wykonywanie zadań w zakresie odbioru odpadów na okres powierzenia. Stanowi ona kontynuację analiz sporządzonych przy uprzednich powierzeniach zadania odbioru odpadów komunalnych przez inne gminy wspólników: z listopada 2017 r. oraz z lipca 2018 r.
3. Zmiana aktu założycielskiego Spółki.
4. Projekt umowy wykonawczej wraz z regulaminem rekompensaty. ust. 1 pkt 14 Pzp

{spełnienie przesłanki kontroli analogicznej}

Zamawiający wskazał, że Sanikom jest spółką, która w 100% należy do podmiotów publicznych, które partycypują we władzy nad tą jednostką i posiadają różne wielkość udziałów.

Zdaniem Zamawiającego nie ma decydującego znaczenia udział, jaki podmioty publiczne posiadają w kapitale zakładowym spółki, gdyż wyrok z 19 kwietnia 2007 r. w sprawie Tragsa [Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)] wskazuje, że aby udowodnić sprawowanie kontroli nad spółką każdy z podmiotów publicznych powinien posiadać w niej jakieś udziały, które nie muszą być wysokie. Istotne jest, 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 (tak jest w Sanikom). Istotny jest rzeczywisty wpływ każdego pojedynczego zamawiającego na podejmowane decyzje w spółce, choć nie musi on być skuteczny (zamawiający może zostać przegłosowany).

Zamawiający wywiódł, że kontrola analogiczna podobna do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Dominujący wpływ na cele strategiczne oznacza możliwość określania przez instytucje zamawiające celów podmiotu podległego oraz prawo zatwierdzania bądź uchylania planów przedstawianych przez podległą spółkę. Cele strategiczne podległej osoby prawnej, w tym zakres działalności, który ma realizować lub zrealizować w określonym terminie czasowym, określane są przy powołaniu do życia tego podmiotu i nie powinny być często zmieniane. Wpływ na strategiczne cele podległego podmiotu nie oznacza permanentnego wpływania na podejmowane decyzje, a wyłącznie istnienie możliwości konstytutywnego kreowania tych celów.

Kontrola ta powinna być skuteczna, strukturalna i funkcjonalna, nie powinna jednak przyjmować formy nadzoru, gdyż ostatecznie odpowiedzialność zawsze ponosi organ zarządzający spółką. Skuteczna kontrola umożliwia wywieranie decydującego wpływu na zarząd spółki przez zamawiającego, radę nadzorczą i zgromadzenie wspólników. Kontrola strukturalna jest zapewniana przede wszystkim przez organy statutowe spółki, w których skład wchodzi przedstawiciele instytucji zamawiającej, a funkcjonalna polega na kontrolowaniu rzeczywistego zakresu wykonywanej działalności określonej w umowie spółki.

Kontrola analogiczna powinna mieć charakter kompleksowy i nie ograniczać się wyłącznie do decyzji strategicznych, a obejmować również istotne indywidualne decyzje związane z zarządzaniem.

W wytycznych Komisji Europejskiej dla państw członkowskich w sprawie wyboru 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.

Zamawiający zaznaczył, że możliwość wpływu na decyzje podejmowane w spółce może się odbywać na różnych płaszczyznach i z wykorzystaniem różnych metod.

Zamawiający stwierdził, że 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 jej powołaniu) oraz na istotne decyzje podejmowane w Spółce.

Wspólnicy ustalają również opłaty, ceny, priorytety Spółki, wymaganą jakość świadczonych usług. Decyzją zgromadzenia wspólników spółka miała stać się podmiotem wewnętrznym, została zobowiązana do inwestowania w zasoby techniczne, opracowania planu i analizy uwzględniającej przystępowanie 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 niepowierzone zadania dodatkowe (pod kątem nieprzynoszenia strat oraz nieprzekraczania dozwolonego progu procentowego).

Zamawiający podniósł, że w celu uszczegółowienia sprawowanej nad Spółką kontroli w umowie wykonawczej wpisano liczne postanowienia ułatwiające jej sprawowanie, w szczególności:

- w § 2 pkt 10 określono, że 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;
- zgodnie z § 6 pkt 2 gminy mają zagwarantowane prawo do okresowej kontroli świadczonych przez Spółkę usług;
- Spółka jest zobowiązana do przedkładania raz na rok planu rzeczowo-finansowego (§ 8) regularnego przedkładania sprawozdań ze świadczonych usług oraz wpłaconej rekompensaty
- ograniczone zostało prawo Spółki do korzystania z usług podwykonawców (§ 14);
- w §15 zawarto postanowienia dotyczące kontroli wykonywanych zadań, w celu sprostania obowiązkowi kontroli analogicznej oraz obowiązkowi świadczenia usług o wysokiej jakości;
- określono także sposób badania przez gminy jakości świadczonych usług;
- Spółka zobowiązana została do niezwłocznego przekazywania na każde żądanie gminy informacji dotyczących realizacji umowy (§ 4 pkt 22);
- wszelkie usługi komercyjne świadczone przez Spółkę będą na bieżąco analizowane pod kątem możliwości ich dalszego świadczenia i spełniania wskaźnika procentowego (§ 2 pkt 11 oraz § 4 ust. 1 pkt 25).

Zamawiający zaznaczył, że:

- Sanikom świadczy zadania użyteczności publicznej wyłącznie na terenach macierzystych podmiotów publicznych, 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 umów oraz zaciągniętych zobowiązań w wysokości przekraczającej 200 tys. euro. W tym miejscu należy podkreślić, 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.
- 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 (szczegółowiej na ten temat w Weryfikacji dokumentów przedstawionych przez Spółkę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom sp. z o.o. w Lubawce).

Według Zamawiającego Sanikom jest podmiotem wewnętrznym, który w praktyce nie negocjuje tylko wykonuje polecenia wspólników – gminy powierzają władczym aktem zadania Spółce, która jest zobowiązana je przyjąć do realizacji za precyzyjnie, obiektywnie i przejrzysto obliczoną rekompensatę. Spółka otrzymuje wytyczne co do wymaganej jakości świadczonych usług, które również podlegają kontroli.

Zamawiający stwierdził że podległą pozycję Spółki (typową dla spółek wewnętrznych in-house) wyraźnie uwidacznia sposób ustalania taryf za odbiór i transport odpadów. Spółka jest zobowiązana przedkładać Zamawiającemu do zatwierdzenia przed kolejnym rocznym okresem rozliczeniowym plan rzeczowo-finansowy, 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 Zamawiającemu. Ten, samodzielnie lub za pomocą niezależnego eksperta, dokonuje weryfikacji przekazanej Spółce rekompensaty, polegającej na określeniu wysokości należnej rekompensaty (obliczonej zgodnie z regulaminem rekompensaty) na podstawie rzeczywistych przychodów i kosztów Spółki w zakończonym roku rozliczeniowym. W przypadku, gdy okaże się, że poniesione przez Spółkę koszty realizacji zadania były niższe niż przychody, z uwzględnieniem rozsądnego zysku, rekompensata zostanie uznana za nadmierną i podlegać będzie zwrotowi jako nadwyżka. W takim przypadku (zgodnie z regulaminem rekompensaty) Spółka zweryfikuje wysokość rekompensaty na następne okresy rozliczeniowe w rocznych planach rzeczowo-finansowych, w szczególności dzięki zmianie cen jednostkowych netto (stawek), celem ich dostosowania. Jeżeli Spółka nie dokona rozliczenia rekompensaty za zakończony rok rozliczeniowy, nie dokona zwrotu nadwyżek rekompensaty lub wykorzysta rekompensatę niezgodnie z jej przeznaczeniem, Zamawiający wstrzyma rozliczenie rekompensaty należnej Spółki na kolejne okresy i nałoży na Spółkę kary umowne przewidziane w umowie wykonawczej.

Zdaniem Zamawiającego 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”.

Ponadto Spółka Sanikom jest podmiotem zależnym, zarówno pod względem gospodarczym, jak i podległym organizacyjnie.

Wreszcie 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.

Zamawiający podsumował, że powyższe działania i uprawnienia gmin świadczą o sprawowaniu kontroli analogicznej wymaganej przepisami prawa dla spółek wewnętrznych in-house.

{spełnienie przesłanki prowadzenia 90% działalności na rzecz zamawiających}

Zamawiający wywodził, że przesłanka przeważającej działalności na rzecz podmiotu publicznego jest spełniona w przypadku, gdy zadania spółki wewnętrznej są świadczone przede wszystkim na rzecz kontrolujących ją jednostek samorządu terytorialnego. Omawiana przesłanka wymaga, aby spółka wewnętrzna realizowała umowy w ogólnym interesie gospodarczym w przeważającej mierze, a dokładniej w 80% (zgodnie z Dyrektywą 2014/24/UE) lub w 90% (zgodnie z pzp) na rzecz podmiotu lub podmiotów publicznych. Spółka taka może jedynie marginalnie wykonywać inne usługi uboczne. Oceniając spełnianie przesłanki należy uwzględnić całokształt działalności wykonywanej przez podmiot

wewnętrzny oraz rozgraniczyć zadania powierzone od zadań wykonywanych komercyjnie.

Istotną kwestią jest analiza wielkości przychodu uzyskiwanego przez spółkę z zadań publicznych wykonywanych na rzecz instytucji zamawiających. Należy przy tym wziąć pod uwagę rzeczywistą działalność wykonywaną przez spółkę w formule in house i kontrolować poziom tej działalności w trakcie trwania całego okresu, na który opiewa umowa wykonawcza powierzająca jej wykonywanie Spółce zadań. Nie ma przy tym znaczenia, czy źródło przychodów Spółki pochodzi od jednego podmiotu publicznego, wielu podmiotów, czy też od odbiorców usług.

Zdaniem rzecznika generalnego C. S.-H. kryterium podstawowej działalności może być spełnione, jeżeli zostanie uwzględniona całość świadczeń realizowanych na rzecz wszystkich akcjonariuszy, a wynik zostanie powiązany z ogółem wykonywanej działalności.

Orzecznictwo TSUE nie wskazuje, w jakim okresie należałoby oceniać zakres działalności powierzonej i dodatkowej wykonywanej przez podmiot wewnętrzny. Wskaźnik powinien być obowiązkowo spełniony w dniu kontroli rekompensaty. Jednakże jego monitoring powinien być prowadzony na bieżąco (co w Spółce Sanikom jest spełnione). Zgodnie natomiast z art. 6 Decyzji KE podmioty publiczne powinny przeprowadzać regularne kontrole lub dbać o przeprowadzanie takich kontroli co najmniej co trzy lata w okresie powierzenia oraz na koniec tego okresu.

Powyższa przesłanka jest często określana jak kryterium zależności gospodarczej (ekonomicznej) od podmiotów publicznych. Warunek ten gwarantuje w myśl przepisów unijnych, iż spółki komunalne utworzone w trybie in-house nie będą aktywnie działać na rynku i stanowić tym samym konkurencji dla przedsiębiorstw prywatnych.

Przesłanka procentu działalności na rzecz podmiotów zamawiających (tutaj: gmin) powinna być wykazana i opisana zgodnie z wymaganiami art. 67 ust. 8 i 9 pzp. Spełnienie przesłanek sprawdza się na dzień udzielenia zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że w związku z planami gmin wspólników powierzenia Spółce Sanikom nowych zadań w 2017, 2018 oraz w następnych latach istotne było przeanalizowanie i zweryfikowanie spełnienia przez nią prognozy procentowego wymaganego przez obowiązujące przepisy prawa, a w szczególności art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b pzp. W przypadku, gdy dane w wyniku reorganizacji będą niedostępne lub niewiarygodne, należy wtedy przyjąć wiarygodne prognozy handlowe, że większość wykonywanych zadań tzn. ponad 90% będzie świadczonych na rzecz zamawiających. W pierwszej kolejności istotne było zatem zweryfikowanie, czy planowane w Spółce czynności można będzie zdefiniować jako „reorganizacja działalności” oraz co oznacza pojęcie „wiarygodnych prognoz handlowych”.

Spółka przyjęła stanowisko podsekretarza stanu w Ministerstwie Rozwoju M. H., który „reorganizację” definiuje jako „przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności”. 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 lub planowanych do zawarcia porozumień lub umów wykonawczych.

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

Według Słownika języka polskiego „reorganizacja” jest to „zmiana organizacji czegoś, urządzenie czegoś w inny sposób”. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z 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.

W wyroku Izby (sygn. akt KIO 96/17) w sprawie odwołania dotyczącego planowanego udzielenia zamówienia publicznego przez Gminę Miasto Tarnów, określono kilka kluczowych warunków, które przesądziły o uznaniu reorganizacji w spółce z taką, o której mowa w art. 67 ust. 9 pzp i tym samym uzasadniającej sporządzenie wiarygodnych prognoz handlowych jako podstawy do określenia procentowej działalności publicznej:

- 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 również w konsekwencji 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 przy realizacji zadania oraz realizowane inwestycje w zakresie sprzętu i unowocześniania środków transportu. Konsekwencją zmian personalnych była zmiana zadań pracowników oraz wprowadzenie nowego schematu organizacyjnego spółki. Izba uznała 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.

Według Zamawiającego podobne przesłanki zaistniały również w Spółce Sanikom, która począwszy od 2016 r. przeprowadza zmiany w zakresie swojej działalności oraz przechodzi zmiany właścicielskie w zakresie przystępowania kolejnych gmin jako udziałowców, w celu ograniczenia świadczeń publicznych przez Spółkę usług pozostałych (komercyjnych) do poziomu poniżej 10% ogółu działalności. Zarząd 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.

Zamawiający podał, że 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, która została również udziałowcem spółki, przejmując tamtejszy Zakład Oczyszczania Miasta. W 2017 r. udziałowcami zostały trzy kolejne gminy: 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, potwierdzoną dzięki podjęciu przez zgromadzenie wspólników uchwały, z zamiarem zwiększenia udziału zadań publicznych w działalności Spółki.

Ponadto Zamawiający zrelacjonował, że Spółka ogranicza zakres pozostałej działalności komercyjnej, jak np. w przypadku zadania utrzymania letniego i zimowego dróg, przejmując to zadanie od podwykonawcy w Gminie Boguszków Gorce, co również od 2019 r. zwiększy wskaźnik działalności publicznej.

W ocenie Zamawiającego trudno nie zauważyć konsekwentnych działań Spółki w dążeniu do spełnienia wymaganego wskaźnika procentowego działalności publicznej jako podstawy powierzenia jej zadań w trybie zamówień z wolnej ręki. Spółka konsekwentnie realizuje reorganizację w zakresie struktury właścicielskiej i wynikającej z niej zmiany

zakresu działalności w kierunku zwiększania udziału działalności publicznej, w celu utrzymania statusu spółki wewnętrznej.

Zamawiający zrelacjonował, że zmiany zakresu działalności i reorganizacji struktury właścicielskiej wpływają następująco na jej sytuację finansową. Spółka zakończyła rok obrotowy 2017 r. przychodami ze sprzedaży na poziomie 29,1 mln zł (z tego 25,5 mln zł z działalności publicznej), natomiast w 2016 r. było to odpowiednio 24,5 mln zł oraz 21,2 mln zł. W wyniku zmian reorganizacyjnych w działalności Spółki w latach 2016-2017 oraz planowanego przejścia zadania odbioru odpadów od niektórych udziałowców planowane przychody Spółki wyniosą na koniec 2018 r. (I rok powierzenia zadania odbioru odpadów) ok. 30,3 mln zł (z tego 27,1 mln zł z działalności publicznej). Wzrost przychodów Spółki w porównaniu do 2016 r., w którym rozpoczęto przygotowania do wykonywania zadań w trybie in-house, wyniesie ok. 24%, przy czym największe wzrosty w przychodach z działalności publicznej Spółki zostaną osiągnięte nie na zadaniu odbioru odpadów lecz na zadaniu przetwarzania odpadów (z ok. 9,6 mln zł na koniec 2016 r. do ok. 16 mln zł w 2018 r. oraz prognozowanych 23 mln zł w 2021 r.), a w kolejnych latach – w miarę sukcesywnego powierzenia zadania odbioru odpadów Spółce przez pozostałych wspólników – również na zadaniu odbioru odpadów. W zakresie planowanych do odbioru ilości Spółka planuje, dzięki zadaniom sukcesywnie powierzającym przez jej udziałowców, według najnowszych danych użytych w analizie finansowej z listopada 2018 r., że strumień odbieranych odpadów może się zwiększyć z ok. 24,3 tys. Mg (rocznie) na koniec 2017 r. (łącznie odpady zmieszane i selektywne) do ok. 27,9 tys. Mg (łącznie odpady zmieszane i selektywne, tylko z terenów zamieszkałych na koniec 2021 r.).

Zamawiający stwierdził, że wszystkie te zmiany będą miały znaczący wpływ na przepływy finansowe w Spółce w kolejnych latach. Niezwykle ważnym aspektem dla powierzających pozostaje jednakże fakt, iż poziom rekompensaty, jako wypadkowa kosztów zadania oraz tzw. rozsądnego zysku, będzie podlegał ich kontroli. Dotychczas to Spółka określała ofertę realizacji zadania dla danej gminy na własne ryzyko ekonomiczne w trybie konkurencyjnym. Ponieważ po powierzeniu zadania odbioru odpadów Spółka nie może przekroczyć poziomu dozwolonej rekompensaty, uchroni to powierzających przed wzrostem cen za realizację zadania ponad dopuszczalny przepisami unijnymi poziom. W latach ubiegłych Spółka mogła zatem dokonywać kalkulacji cen na własne ryzyko i w przypadku utrzymania założonego planu kosztów, osiągać zysk. Dla przykładu na koniec 2016 r. Spółka odnotowała tylko na zadaniu odbioru odpadów zysk operacyjny na poziomie ok. 360 tys. zł (przy przychodach na poziomie ok. 5,8 mln zł). W przypadku powierzenia zadania w trybie in-house zysk ten będzie z góry ograniczony określonym poziomem zwrotu z kapitału, po uwzględnieniu wszystkich przepływów pieniężnych w całym okresie powierzenia. Maksymalny poziom rekompensaty i rozsądnego zysku uchroni zatem powierzających przed nadmiernym wzrostem cen za realizację ich zadań własnych, a z drugiej strony zapewni Spółce minimalną finansową stabilizację, która jest konieczna, jeśli ma realizować tak znaczący plan zwiększenia przychodów z działalności publicznej.

Zamawiający zrelacjonował, że wraz z przejmowaniem kolejnych zadań publicznych od wspólników spółka sukcesywnie dokonuje zmian organizacyjnych w zakresie zatrudnienia oraz planuje nowe inwestycje dotyczące zakupu sprzętu i unowocześniania środków transportu, tak aby sprostać wymaganiom przepisów środowiskowych oraz rosnącemu przerobowi ilości odbieranych i przetwarzanych odpadów.

Według Zamawiającego zmiany te będą miały znaczny wpływ na sytuację finansową Spółki, jej strukturę przychodów i kosztów (udział działalności publicznej będzie rósł kosztem działalności pozostałej). W tej sytuacji dane finansowe z poprzednich 3 lat przed pierwszym powierzeniem zadania odbioru odpadów (przed styczniem 2018 r.) 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.

Zamawiający podał, że w najnowszej analizie finansowej z listopada 2018 r. przy wyliczeniu wskaźnika działalności publicznej uwzględniono najbardziej aktualny stan wiedzy odnośnie przystępowania wspólników do powierzenia zadania Spółce, a także fakt, że niektóre z gmin udziałowców zrezygnowały z powierzenia zadania (Marciszów, Mieroszów), ogłaszając postępowanie przetargowe, przez co w nie uwzględniono przychodów z tych gmin (negatywny wpływ na wskaźnik działalności publicznej w porównaniu do poprzednich analiz). Z kolei w gminie wiejskiej Kamienna Góra Spółka wygrała przetarg na odbiór odpadów, co zwiększy nieznacznie wskaźnik z działalności publicznej (o przychody z terenów zamieszkałych), natomiast zmniejszy udział przychodów in house w przychodach ogółem na zadaniu odbioru odpadów. Po uwzględnieniu wszystkich tych znanych faktów przeprowadzono badanie wskaźnika działalności publicznej w okresie powierzenia, który przekracza 90% w stosunku do całkowitej działalności Spółki.

Zdaniem Zamawiającego nie ma zatem podstaw ani uzasadnienia, aby pominąć przytoczone powyżej argumenty wskazujące na przeprowadzoną reorganizację Spółki i przeprowadzić wyliczenia wskaźnika na podstawie nieadekwatnych danych historycznych.

Reasumując, w przypadku tak znaczących zmian w sytuacji finansowej Spółki od roku 2018, trudno nie zgodzić się z wnioskami zawartymi w wyroku KIO (Sygn. akt KIO 96/17), iż dane finansowe z poprzednich 3 lat mogą być nieadekwatne do sytuacji istniejącej aktualnie. W naszej opinii w Spółce Sanikom zaistniał podobny przypadek jak rozpatrywany przez organ kontroli KIO wspólnie należącej do miasta Tarnów. Sytuacja finansowa Spółki ulegnie znaczącej zmianie w wyniku realizacji długookresowego celu Spółki w zakresie zwiększenia udziału działalności publicznej i dane finansowe z poprzednich 3 lat nie odzwierciedlają w pełni tej sytuacji. Dane te mogą służyć jedynie do sporządzenia wiarygodnej prognozy finansowej, której wyniki zostały zaprezentowane w analizie finansowej sporządzonej dla Spółki przez podmiot zewnętrzny.

{wyjaśnienia do wyliczonego wskaźnika procentowego w analizie finansowej z XI 2018 r}.

Wskaźnik działalności publicznej liczony dla 3 lat poprzedzających powierzenie zadań Spółce w trybie in-house (przed 1 stycznia 2018 r.) nie osiągał wymaganego poziomu 90%. Dla 2017 r. wskaźnik ten wyniósł ok. 87,7%. W wyniku przeprowadzonej reorganizacji, prognozowany wskaźnik zdecydowanie rośnie, począwszy od 2018r., przekraczając regularnie ustawowy poziom ponad 90% w latach 2019-2021.

W uzupełnieniu do powyższego Zamawiający zauważył, że przyjęcie nowych udziałowców w 2017 r. (Gmina Miejska Złotoryja, Gmina Wiejska Złotoryja i Gmina Zagrodno) pozwoliło na zwiększenie udziału zadań publicznych w działalności operacyjnej Spółki. Największy udział w sprzedaży Spółki w działalności publicznej stanowią przychody na przetwarzaniu odpadów: przykładowo w 2016 r. przychody te na ZUO stanowiły ok. 46% wszystkich przychodów działalności publicznej, w 2017 r. wzrosły do 48%, natomiast w latach 2020-2021 mogą osiągnąć nawet 56% wszystkich przychodów z działalności publicznej Spółki. Wzrost udziału przetwarzania odpadów w strukturze przychodów Spółki jest spowodowany z jednej strony stałym wzrostem strumienia przetwarzanych odpadów, a z drugiej strony wzrostem cen (taryf) za przetwarzanie, przy czym znaczącym czynnikiem cenotwórczym w przyszłych okresach będą opłaty środowiskowe za składowanie odpadów, a także wzrost kosztów przetwarzania (m.in. kosztów energii, paliw oraz wynagrodzeń).

Zamawiający dodał, że Spółka planuje reorganizację swojej działalności, w szczególności na zadaniu odbioru odpadów, dzięki realizacji zadań na rzecz gmin, które są wprawdzie jej udziałowcami, ale dotychczas powierzały te zadania innym podmiotom zewnętrznym na drodze przetargowej. Przystąpienie kolejnych gmin jako powierzających nie zwiększa automatycznie wskaźnika z działalności publicznej albo zwiększa go w sposób nieznaczny, gdyż gminy udzielając

zamówienia in-house nie generują (w prognozie) tylko przychodów z działalności publicznej. Spółka założyła bowiem, że będzie ubiegać się w trybie zamówień konkurencyjnych o odbiór odpadów z terenów niezamieszkałych gmin powierzających (założona jako działalność komercyjna). Ponadto niektóre gminy mają wysoki udział odpadów odbieranych z terenów niezamieszkałych.

Zamawiający zrelacjonował, że ze sporządzonej dla Spółki prognozy przychodów na lata powierzenia 2018-2021 wynika, że Spółka osiągnie w tych latach wskaźnik na poziomie ok. 90,3% przychodów z działalności publicznej. W przypadku skutecznego przystąpienia gmin w trakcie lat 2018-2019 do powierzenia zadania w formule in-house, wskaźnik ten pozostaje na stabilnym poziomie, ponieważ Spółka założyła, że w tym okresie będzie ubiegać się również w trybie zamówień konkurencyjnych o odbiór odpadów z terenów niezamieszkałych gminy powierzającej (działalność komercyjna). W przypadku przegrania postępowań przetargowych na terenach niezamieszkałych gmin współników, wskaźnik działalności publicznej Spółki ulegnie zwiększeniu na korzyść spełnienia przesłanki ustawowej.

Zamawiający zauważył, że przychody z nieruchomości niezamieszkałych mogłyby zostać ujęte we wskaźniku jako procent na rzecz zadań publicznych, zgodnie ze wcześniejszymi opiniami Urzędu Zamówień Publicznych i wytycznymi ministerstwa, co znacznie poprawiłoby wskaźnik. Z uwagi na to, że opinie w zakresie ujęcia tych przychodów są sprzeczne, przy wyliczeniu wskaźnika w analizie finansowej przyjęto scenariusz ostrożny, zakładający iż przychody z odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych zostaną ujęte jako działalność komercyjna. Takie założenie (niekorzystne dla Spółki) miało również na celu wykazać, że ustawowy wskaźnik działalności publicznej będzie również spełniony.

{spełnienie przesłanki braku bezpośredniego udziału kapitału prywatnego}

TSUE wielokrotnie podkreślał, iż nawet mniejszościowe udziały przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym podmiotu, któremu zleca się wykonanie zadania, wykluczają uznanie go za podmiot wewnętrzny. W orzecznictwie unijnym przesłanka udziału kapitału prywatnego była ujmowana i weryfikowana jako część składowa kontroli analogicznej.

Zamawiający zaznaczył, że Sanikom jest spółką należącą w 100% do podmiotów publicznych, co oznacza, że również trzecia przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp jest spełniona.

Niezależnie od powyższego Zamawiający powołał się na to, że dokumenty świadczące o należyтым przygotowaniu do powierzenia zadań w formule in-house, w tym spełnieniu przesłanek ustawowych, były już przedmiotem kontroli w Departamencie Kontroli Zamówień Publicznych UZP, który na wniosek Odwołującego analizował spełnienie przez Spółkę przesłanek in-house przy poprzedniej procedurze powierzenia dotyczącej Gmin Boguszów Gorce, Kamienna Góra gm. miejska, Wojcieszów, Świerzawa oraz Pielgrzymka, a także dla Gminy Lwówek Śląski (okres powierzenia od 2018 do końca 2021 r.). Po wnikliwej 7-miesięcznej procedurze wyjaśniającej stwierdzono, że brak jest podstaw do wszczęcia szczegółowej kontroli. Aktualne powierzenie zadań jest kontynuacją tamtego powierzenia w oparciu o zaktualizowaną analizą wskaźnikową (analizą finansową).

{ad pkt 2 listy zarzutów}

W ocenie Zamawiającego wskazał zarówno właściwą podstawę prawną, jak i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Samo wskazanie, że podmioty publiczne posiadają 100% udziałów w kapitale zakładowym spółki, już świadczy o możliwości sprawowania kontroli analogicznej nad spółką. Ponadto wskazano czego dotyczy kontrola oraz kto ją w Spółce sprawuje (gmina, zgromadzenie współników oraz rada nadzorcza). Zamieszczone informacje wyraźnie również wskazują, że kontrola Spółki określona jest szczegółowo w umowie spółki (akcie założycielskim), gdyż tylko w tym akcie można kontrolę wskazać i uszczegółowić. Na szczególną rolę aktu założycielskiego spółki wskazują również ostatnie zdania uzasadnienia, z których wyraźnie wynika, że Spółce powierzono zadania użyteczności publicznej. Ponadto wskazano, że kontrolę sprawują poszczególni zamawiający, oczywiście przez wyznaczone merytoryczne wydziały.

Zamawiający dodał, że ponieważ Spółka należy do wielu podmiotów publicznych, w uzasadnieniu wyjaśniono, że w skład jej organów decyzyjnych wchodzi przedstawiciele wszystkich gmin będących jej udziałowcami, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jedną gminę. Podano również, że spółka nie działa w interesie sprzecznym z interesem zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę. A także, że za świadczenie usług powierzonych Spółka otrzyma od gmin rekompensatę, wyliczoną w sposób przejrzysty i obiektywny (oraz zgodny i podlegający kontroli zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE).

Zamawiający podniósł, że w uzasadnieniu wskazano na spełnienie wymaganego wskaźnika procentowego, tzn. że 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. Uzasadnienie odsyła również, w celu umożliwienia kontroli wskaźnika, do sporządzonej w tym celu analizy wskaźnikowej, która to potwierdza.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ostatnie zdanie uzasadnienia ponownie wskazuje na brak w kapitale zakładowym spółki udziałów podmiotów prywatnych, którą to okoliczność można zweryfikować w KRS, a co potwierdza również umowa spółki.

W opinii Zamawiającego uzasadnienie wyraźnie wskazuje, że zostały spełnione wszystkie trzy wymagane w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp warunki powierzenia zadania w trybie in-house w rozumieniu. Z uwagi na brak ogólnego, jednego wzoru określającego sposób redagowania uzasadnień, każdy z zamawiających sam decyduje, co w nim powinno się znajdować. Istotne jednakże jest, aby w nim wskazać, że Spółka spełnia wszystkie przesłanki wymagane ustawą pzp oraz posiada szczegółową dokumentację (sporządzoną przed przystąpieniem do powierzenia w trybie zamówienia z wolnej ręki) potwierdzającą ich spełnienie.

{ad pkt 7 listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego objęcie przedmiotowym zamówieniem in-house nie tylko nieruchomości zamieszkałych, ale również nieruchomości częściowo zamieszkałych i częściowo niezamieszkałych nie stanowi nieprawidłowego określenia przedmiotu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „uucpg”) gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (art. 6c ust. 1). Art. 6d ust. 1 uucpg doprecyzowuje, że gminy mogą zastosować wszystkie tryby udzielania zamówień przewidzianych ustawą pzp, a więc nie tylko przetarg. Zgodnie z definicją przewidzianą w ustawie pzp zamówienia publiczne to odpłatne umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Powyższa definicja znajduje zastosowanie do wszystkich trybów przewidzianych w pzp.

Natomiaś zorganizowanie przetargu w trybie ustawy pzp na odbieranie odpadów komunalnych albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów zostało przewidziane wyłącznie w odniesieniu do właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy (art. 6c ust. 2a uucpg), czyli z terenów niezamieszkałych.

Według Zamawiającego należy uznać, że art. 6d ust. 1 uucpg dotyczy udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości zarówno zamieszkałych, jak i nieruchomości częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych, a wybór trybu należy do zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę że choć w powyższych przepisach brak jest wyraźnego wskazania nieruchomości tzw. mieszanych, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uwzględnia ich istnienie w art. 6j ust. 4 regulującym naliczanie opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Ustawodawca dzieli tam nieruchomości na: po pierwsze – zamieszkałe, czyli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, po drugie – niezamieszkałe, czyli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, po trzecie – mieszane, czyli nieruchomości, które w części stanowią nieruchomość, na której zamieszkują mieszkańcy, a w części stanowią nieruchomość, na której nie zamieszkują mieszkańcy.

Zamawiający wywiódł, że ponieważ ustawodawca nie uregulował wprost obowiązkowego trybu, jakim należy objąć odbiór odpadów z nieruchomości mieszanych, pozostaje to w zakresie decyzyjnym gminy. Dopuszczalne jest zatem powierzenie zadania dotyczącego odbioru odpadów z nieruchomości częściowo zamieszkałych i częściowo niezamieszkałych w trybie zamówienia z wolnej ręki in-house, tak jak on to uczynił.

Zamawiający zwrócił uwagę, że podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie o sygn. akt 96/17, podkreślając iż odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości mieszanych nie musi odbywać się wraz z odbiorem odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych przez podmiot obowiązkowo wyłoniony w trybie przetargowym.

Na zakończenie Zamawiający podkreślił, że wytyczne ministerstwa, na których oparł swoją argumentację Odwołujący dotyczą wyłącznie nieruchomości niezamieszkałych, a ponadto stanowią jedynie zalecenie i nie są wiążące (a także często się zmieniają).

{ad pkt 1 i 6 listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego zarówno przepisy art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp jak i art. 102 TFUE, czy też art. 106 TFUE nie nakładają na zamawiającego obowiązku wykazania, że nie zostały naruszone zasady konkurencji w inny sposób niż wykazanie, że spełnione zostały przesłanki określone w pierwszym z tych przepisów. Zgodnie z zasadą przejrzystości oraz ochrony konkurencji zamawiający jest wyłącznie zobowiązany do wskazania (w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia) spełniania warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z ust. 8-10 pzp. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku wykazania, że nie narusza zasad konkurencji stosując tryb zamówienia in-house. Gdyby ustawodawca uważał to za istotne i obowiązkowe, przesłanka taka zostałaby zapewne ujęta w przepisach pzp jako następny konieczny warunek.

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

Zamieszczenie informacji o zamiarze udzielenia zamówienia umożliwia potencjalnym wykonawcom dokonanie oceny spełniania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp oraz wniesienie 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.

Zamawiający podniósł, że przepisy dotyczące zamówień in-house wprowadzone zostały do polskiego prawodawstwa w celu dostosowania przepisów krajowych do dyrektywy 2014/24/UE. Art. 12 tej dyrektywy, zawierający przesłanki zastosowania zamówień wewnętrznych in-house, można uznać za końcowy efekt długoletniego dorobku orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym temacie. Zgodnie z pkt 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE priorytetowym motywem jej przyjęcia było uwzględnienie niektórych utrwalonych kierunków linii orzeczniczej TSUE, zapoczątkowanych w 1999 r. przez pierwsze wydane w tej sprawie orzeczenie Teckal Srl. Przesłanki art. 12 tejszej 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 wskazuje ponadto, że dyrektywa 2014/24/UE w pełni uwzględnia zasady wyrażone w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tym samym nie sposób się zgodzić z argumentacją Odwołującego.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że 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, że on 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. Nie można zatem zarzucać Zamawiającemu, iż nie przeprowadzał on analiz lub iż nie badał rynku.

Według Zamawiającego nie sposób również zgodzić 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 z art. 131j ust. 1 pzp aamawiający, 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 wyboru 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. Zamawiający podkreślił, że w sekcji IV. 1.2 „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” znajduje się pole do wypełnienia „obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów”, co oznacza, że zamawiający określa także te kryteria.

Reasumując, 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.

Zamawiający powołał się na to, że podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 96/17, podkreślając, że ustawa pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie art. 12 dyrektywy zamówieniowej) nie

przewidują obowiązek przeprowadzenia analizy rynku wskazującej na brak naruszenia konkurencji. Również w wyroku z 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17 Izba stwierdziła, że zamawiający w celu prawidłowego przeprowadzenia zamówienia nie musi przeprowadzać analizy w przedmiocie istnienia konkurencji na rynku właściwym, ponieważ ustawa pzp nie przewiduje takiego wymogu, a z jej przepisów 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, gdyż 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, że działalność Zamawiającego nie jest nadużyciem pozycji dominującej nie jest wymagana.

Odwołujący stwierdza w odwołaniu (str. 33 odwołania), iż zachowanie „eliminujące uczestników z rynku” mogłoby zostać usprawiedliwione, gdyby Zamawiający działał na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE.

Zamawiający stwierdził, że Spółka działa zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE i stosuje również w celu rozliczenia rekompensaty decyzję Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

{ad pkt 7 listy zarzutów}

Zamawiający nie zgodził się z argumentem Odwołującego, że przesłanki udzielenia zamówienia w trybie in-house powinny zostać spełnione dla każdej z Gmin samodzielnie, gdyż art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp wyraźnie wskazuje, że przesłanki powinny zostać spełnione w stosunku do wszystkich zamawiających. Zamawiający mają wspólnie wykonywać kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, a ustawodawca określił również, na czym ma polegać wspólne sprawowanie kontroli, która powinna spełniać łącznie trzy warunki wyszczególnione w tym przepisie. Ponadto ponad 90% działalności kontrolowanej spółki ma dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

Zdaniem Trybunału gminy, które utworzą wspólny podmiot wypełniający ich zadania publiczne, nie mają zazwyczaj możliwości sprawowania indywidualnej, decydującej kontroli nad spółką wewnętrzną. Udziały organów publicznych w podmiocie wewnętrznym są często nierówne i powstaje problem skutecznej kontroli spełniającej przesłanki orzeczenia w sprawie Teckal. Gdyby wymóg skutecznej kontroli analogicznej był równoznaczny z kontrolą indywidualną, prowadziłoby to w większości przypadków do obowiązkowego przetargu. W takiej sytuacji wykonywanie zadań w tej formule byłoby wyraźnie dyskryminowane w porównaniu do samodzielnego wykonywania zadania przez jednostkę samorządową zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. W konsekwencji jednostki publiczne mogłyby zaniechać nawiązywania współpracy międzygminnej.

Rząd belgijski stanął na stanowisku, że z samej natury współpracy międzygminnej wynika, że gminy nie podejmują decyzji samodzielnie, tylko większością, biorąc pod uwagę wspólny cel i interes każdej z nich. Wspólna kontrola rozumiana jako decyzje podejmowane większością głosów, powinna zostać uznana za kontrolę analogiczną w rozumieniu orzecznictwa. Rząd niemiecki uzupełnił to twierdzenie, dodając, iż wspólna kontrola jednostek samorządu terytorialnego nie oznacza osłabienia kontroli nad wspólnym podmiotem lub jego całkowity brak.

Rozwiązanie proponowane przez TSUE, umożliwiające gminom posiadającym udziały we wspólnym podmiocie wewnętrznym łącznie sprawowanie kontroli, jest rozwiązaniem jak najbardziej poprawnym i możliwym do spełnienia.

Analizując drugą przesłankę przeważającej działalności należy przytoczyć wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w postępowaniu Carbotermo SPA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busio Arsizio i AGESP SPA uznał, że w przypadku, gdy kilka jednostek samorządu terytorialnego kontroluje jedno przedsiębiorstwo, przesłanka dotycząca przeważającej części jego działalności może zostać spełniona, jeśli przedsiębiorstwo to wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie zarówno na rzecz jednej lub kilku z tych jednostek, jak i na rzecz wszystkich ich łącznie. Zatem w przypadku gdy kilka podmiotów zamawiających kontroluje spółkę, brana jest pod uwagę łącznie działalność dla wszystkich podmiotów zamawiających.

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce ostatecznie wycofało na posiedzeniu przed Izbą zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które przesłało emailowo do Prezesa Izby.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie chciałby się ubiegać. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wybór przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki, w którym ma być zawarta umowa z innym wykonawcą, uniemożliwia Odwołującemu ewentualne uzyskanie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Niewątpliwie Odwołujący, jako podmiot działający na terenie gmin w branży odbioru i zagospodarowania odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Przywołać w tym miejscu należy stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 następująco odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: *W rozumieniu tego przepisu „innymi osobami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi*

wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy:

W ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante oraz w ogłoszeniu zamieszczonym na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Zamawiający podał następujące uzasadnienie:

Zamawiający zamierza udzielić zamówienia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Sanikom Sp. z o.o. (zwana dalej „Spółką”) w Lubawce na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp). Zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, który wspólnie z innymi jednostkami samorządu terytorialnego jest udziałowcem Spółki. Wykonawca (Spółka), któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienie publiczne jest podmiotem wewnętrznym należącym do gmin, który spełnia wszystkie warunki określone w art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zamawiający sprawuje wraz z innymi gminami będącymi udziałowcami Spółki kontrolę nad Spółką, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki. Kontrola ta sprawowana jest za pośrednictwem Zgromadzenia Wspólników i Rady Nadzorczej. W skład organów decyzyjnych Spółki wchodzi przedstawiciele wszystkich gmin będących udziałowcami Spółki, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jedną gminę. Spółka nie działa w interesie sprzecznym z interesem Zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę. Przeprowadzona dla Spółki analiza wskaźnikowa wykazała, iż spółka w ponad 90 % będzie wykonywać zadania użyteczności publicznej, gwarantujące bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców gmin, w tym zadań powierzonych jej przez Zamawiającego. Za świadczenie usług powierzonych Spółka otrzyma od gmin rekompensatę, wliczoną w sposób przejrzysty i obiektywny. Zadania użyteczności publicznej zostały Spółce powierzone w akcie założycielskim spółki oraz uszczegółowione w umowie wykonawczej. Spółka nie jest nastawiona na osiągnięcie i maksymalizację zysku. W Spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest częściowo zasadne

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 i 3 listy zarzutów}

W art. 66 ust. 1 pzp zdefiniowano, że zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Według art. 66 ust. 2 pzp zamawiający, po wszczęciu postępowania, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej: 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego; 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia; 3) uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki; 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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;

Art. 67 ust. 8 pzp określa, że do obliczania procentu działalności, o którym mowa m.in. w pkt 14 lit. 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. Jednocześnie w art. 67 ust 9 pzp zastrzeżono, że 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 m.in. w ust. pkt 14 lit. b ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Według art. 67 ust. 11 pzp przed udzieleniem zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 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.

Izba stwierdziła, że zestawienie sporządzonego przez Zamawiającego uzasadnienia, które na mocy art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp ma charakter obligatoryjny, z treścią art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp potwierdza, że jest ono ogólnikowe i stanowi w zasadzie powtórzenie brzmienia przepisu.

Przed wszystkim w odniesieniu do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b pzp 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, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, czyli zgodnie z zasadą określoną art. 67 ust. 8 pzp, a za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, co jest dopuszczalne wyjątkowo w dwóch sytuacjach opisanych w art. 67 ust. 9 pzp. Jak trafnie zauważył Odwołujący – napomknięcie o przeprowadzonej dla Spółki, jak to określono, „analizie wskaźnikowej”, która wykazała, że w ponad 90

% będzie ona wykonywać zadania użyteczności na rzecz mieszkańców gmin – ledwie pozwala przypuszczać, że Zamawiający chciał skorzystać z tego wyjątku. Jednakże w ogłoszeniu próżno szukać informacji z jakiego powodu: czy dlatego, że Spółka Sanikom została utworzona lub rozpoczęła działalność mniej niż 3 lata wstecz, czy też dlatego, że nastąpiła restrukturyzacja jej działalności.

Izba zważyła, że choć Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie podtrzymywał, że podał w ogłoszeniu wystarczające uzasadnienie dla potwierdzenia spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp, w ogóle nie odniósł się do kwestii braku wykazania, że przy obliczaniu wskaźnika 90% był uprawniony do skorzystania wyjątku, o którym mowa w art. 67 ust. 9 pzp. Powód jest oczywisty – skoro ogłoszenie nie zawiera nawet informacji o dacie utworzenia lub rozpoczęcia działalności lub restrukturyzacji działalności Sanikomu, nie sposób twierdzić, że wynika z niego wykazanie dla oparcia się na wiarygodnych prognozach handlowych. Tym samym potwierdził się zarzut niewystarczającego uzasadnienia dla skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Również w odniesieniu do pozostałych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a oraz c pzp należy uznać, że ich spełnienie nie zostało wykazane w ramach uzasadnienia sporządzonego na potrzeby ogłoszenia. Jego szczątkowość uzmysłowia treść odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający o wiele bardziej obszernie i przede wszystkim znacznie bardziej szczegółowo wypowiedział się w odniesieniu do poszczególnych przesłanek. Uzasadnienie to nie mogło być jednak wzięte pod uwagę przez Izbę, pomimo że w dużej mierze opiera się na dokumentach sporządzonych powstały przed zamieszczeniem ogłoszenia, do których jednak ogłoszenie wprost nie nawiązuje, a przede wszystkim nie zawiera ich treści choćby w zasadniczym zakresie. Izba oceniała czynność Zamawiającego według treści sporządzonego przez niego ogłoszenia, które podlega obowiązkowej publikacji, a nie według uzasadnienia, które sporządził nawet wcześniej na własny użytek. Izba w postępowaniu odwoławczym związana jest bowiem regulacjami zawartymi w art. 190 ust. 1 oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Natomiast zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak trafnie ujął to Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Co istotne, w przypadku gdy odwołanie dotyczy czynności, a nie zaniechań zamawiających, nie można wymagać od odwołujących, aby zakwestionowali okoliczności, które nie są im znane, gdyż nie zostały podane w ramach uzasadnienia kwestionowanej decyzji. Odwołujący nie muszą się domyslać i antycypować innych powodów, dla których taka a nie inna decyzja została podjęta, niż te, które zostały im wprost zakomunikowane jako wypełnienie nałożonego przez przepisy pzp na zamawiających obowiązku uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności. O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy odróżnić zatem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Ma to takie znaczenie, że terminy na wniesienie odwołania zawierającego zarzuty w powyżej przedstawionym rozumieniu uregulowane w art. 182 ust. 1 i 3 pzp mają charakter zawity, liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia albo od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, że wyrażony na tle art. 92 ust. 1 pkt 3 w, że określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 obowiązek informacyjny stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej czynności faktycznie pozbawia wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchylając tym samym fundamentalnym regułą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy wymuszanie przez zamawiających, aby odwołujący samodzielnie musieli domniemywać podstaw faktycznych decyzji, które chcą zakwestionować. Celem przepisów ustawy pzp nakładające na zamawiających obowiązek uzasadniania podjętych czynności jest zagwarantowanie wykonawcom realnej i skutecznej możliwości weryfikacji decyzji podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu Izba zwracała wielokrotnie uwagę (na przykład w wyrokach wydanych: 17 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1653/11, 19 września 2011 r. sygn. akt KIO 1934/11, 5 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2503/11, 30 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 918/13, 30 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 918/13, 5 czerwca 2013 r. sygn. akt 1204/13, 19 maja 2014 r. sygn. akt KIO 866/14, 25 maja 2015 sygn. akt: KIO 946/15, KIO 947/15), więc należy uznać takie stanowisko za ugruntowane.

W ocenie składu orzekającego Izby w analizowanej sprawie Zamawiający nie wykazał zaistnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp, co jest konieczne dla wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Skoro według art. 10 pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony (ust. 1), a pozostałe tryby, w tym zamówienie z wolnej ręki, mogą być zastosowane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2), przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie (podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01, OSNP 2001/22/657). Podkreślenia wymaga, że to na Zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania istnienia przesłanek dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w taki sposób, aby nie budziło to żadnych wątpliwości. Obowiązkiem 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 15 pzp, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia inhouse w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście

przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę (zbieżne stanowisko wyraziła uprzednio Izba w odniesieniu do art. 67 ust. 1 pkt 12 w wyrokach wydanych: 7 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 96/17 oraz 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17).

Powyższe uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Prowadzone postępowanie z uwagi na wskazane wyżej uchybienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, ewentualna przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby bowiem unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z 146 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp).

Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko uprzednio zajęte przez Izbę w wyroku z 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 1 listy zarzutów}

W pierwszej kolejności celowe będzie przytoczenie przepisów powoływanych w związku z tym zarzutem, a mających znaczenie dla jego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Powyższy przepis został odzwierciedlony w przepisach ustawy pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 10 ust. 1 pzp stanowi, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

Natomiast wg art. 10 ust. 2 pzp 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.

Treść art. 67 ust. 1 pkt 14, ust. 8, ust. 9 i ust. 11 pkt 5 pzp została przywołana w ramach rozstrzygnięcia poprzednio omówionego zarzutu.

Zdaniem Izby z przywołanych powyżej 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.

Z kolei skorelowanie wskazywanych w odwołaniu i przytoczonych powyżej przepisów art. 67 pzp jest takie, że wynikający z ust. 11 pkt 5 obowiązek podania przez zamawiającego podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w ramach zamieszczanej na stronie BIP informacji o zamiarze zawarcia umowy), odnosi się do wykazania spełnienia zaistnienia jednej z sytuacji określonych ust. 1 w pkt od 12 do 15. 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. Co do zasady tak rozumiane uzasadnienie wyboru tego trybu zamawiający może zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy (tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*), które ma charakter fakultatywny, co wynika z art. 66 ust. 2 pkt 3 pzp. Natomiast w przypadku zamówień udzielanych *in-house* i innych zbliżonych sytuacjach, o których mowa w pkt od 12 do 15 ust. 1 art. 67 różnica sprowadza się do tego, że zamieszczenie takiego uzasadnienia, jako jednego z elementów zamieszczanej na stronie BIP danego zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy, ma charakter obligatoryjny, co wynika z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp. W obu przypadkach uzasadnienie wyboru trybu sprowadza się do wykazania spełnienia przesłanek konstytuujących daną sytuację jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych.

Powyższe przepisy ustawy pzp – zarówno co przesłanki określających zamówienie *in-house*, jak i zakresu wymaganego udowodnienia wystąpienia tej sytuacji w danym postępowaniu – nie poddają się wykładni, prezentowanej w odwołaniu jako prounijna, 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.

Izba stwierdziła również wystawiona pośrednio w odwołaniu negatywna ocena implementacji przepisów dyrektywy do porządku krajowego, nie konstytuuje nadającego się do rozpoznania zarzutu, który rodziłby konieczność rozważenia przez Izbę bezpośredniego stosowania przepisów dyrektywy z pominięciem regulacji pzp, czyli bezpośredniego stosowania przepisów dyrektywy. Do takich rezultatów nie może prowadzić bowiem wielokrotnie postulowana w odwołaniu jako odpowiednia w tej sprawie prounijna wykładnia przepisów ustawy pzp, gdyż w takim przypadku zawsze podstawą orzeczenia będzie przepis prawa krajowego. Na marginesie Izba zauważa, że trudno mówić o niepełnej implementacji dyrektywy, w sytuacji, gdy przepisy prawa krajowego włączają zamówienia *inhouse* do reżimu udzielania zamówień publicznych, formułując przy tym bardziej rygorystyczne przesłanki jego udzielenia niż dyrektywa. Niezależnie od tego Izba nie dostrzega, aby z dyrektywy przepisy art. 18 ust. 1 dyrektywy wynikało, że aby uznać zamówienie za wyłączone spod zakresu zastosowania dyrektywy należy wykazać spełnienie innych przesłanek niż wyczerpująco określone w art. 12 ust. 1 dyrektywy. Natomiast same motywy dyrektywy nie stanowią przepisów, nie podlegają więc ani bezpośredniemu stosowaniu ani nie mogą być samodzielną podstawą prounijnej wykładni przepisów krajowych.

Umknęło również uwadze Odwołującego, że w wyroku o z 31 marca 2016 r. (sygn. akt II GSK 2371/14) Naczelny Sąd Administracyjny odniósł obowiązek wykazania zastosowania trybów innych niż podstawowe li tylko do przesłanek,

kóre konstytuują dane odstępstwo, czyli szczegółowych podstaw udzielenia zamówienia w danym trybie (w rozstrzyganej sprawie konkretnie chodziło o wykazanie przesłanek udzielenia zamówienia dodatkowego, które było uregulowane w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp).

W motywie 34 preambuły dyrektywy 2014/24/UE ustawodawca unijny wskazał, że istnieją pewne przypadki, w których podmiot prawny działa – na mocy stosownych przepisów prawa krajowego – jako instrument lub służba techniczna określonych instytucji zamawiających mających obowiązek wykonywania poleceń wydawanych mu przez te instytucje zamawiające i niemający żadnego wpływu na wynagrodzenie otrzymywane za wykonanie tych poleceń. Ze względu na brak charakteru umownego taki czysto administracyjny stosunek nie powinien być objęty zakresem procedur udzielania zamówień publicznych.

Instytucja tzw. zamówień *in-house* została wykształcona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszącym się do przepisów dyrektywy Parlamentu i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy, usługi, które wskazywało, że przepisy w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do niektórych umów zawieranych pomiędzy podmiotami sektora publicznego. Unijny prawodawca dokonał kodyfikacji zasad, które ukształtowały się w ramach orzecznictwa, nieznacznie je uzupełniając w przepisie art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, uznając jednocześnie ww. formy współpracy za zamówienia publiczne – w odróżnieniu od wcześniejszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Przewidywał jednakże możliwość wyłączenia od zastosowania dyrektywy w przypadku zająścia przesłanek określonych w powyższym przepisie, a wskazanych już wcześniej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przepis art. 12 dyrektywy 2014/24/UE został wdrożony do polskiego porządku prawnego w sposób wynikający z art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ustawy Pzp, tj. poprzez umożliwienie udzielania tego rodzaju zamówień w uproszczonym trybie, tzw. zamówienia z wolnej ręki, z terminem obowiązywania od dnia 1 stycznia 2017 r. (...)

Wprowadzona regulacja zamówień *in-house* w istocie nie zmienia funkcjonującej już w polskim porządku prawnym regulacji związanej z realizacją przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zagadnienie to reguluje ustawa z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.2016.573 t.j.), zgodnie z którą gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zgodnie z brzmieniem art. 2 ww. ustawy gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej. (...)

Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu np. gminy oraz akt o jej utworzeniu (akt założycielski albo statut). W takim przypadku gmina nie nabywa od spółki żadnych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnej zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich. Jeżeli zatem jednostka samorządu terytorialnego zleca wykonywanie zadań w celu prowadzenia działalności w sferze użyteczności publicznej samorządowej spółce prawa handlowego wówczas nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/05) zgodnie, z którym „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga”. (...)

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy zleconych w drodze umowy, należy odróżnić od zlecenia przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej. Wówczas zastosowanie będzie miała ustawa Pzp, co nie wyklucza także zastosowania do tego typu zamówień instytucji *in-house* uregulowanej w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ustawy Pzp, o ile zostaną spełnione przesłanki wymienione w tych przepisach {Odpowiedź na interpelację nr 6264 w sprawie zmian w zakresie udzielania tzw. zamówień *in-house*, którą udzielił 17 października 2016 r. podsekretarz stanu w Ministerstwie Rozwoju M^o H.}.

Wybierając powyższe rozwiązanie, ustawodawca krajowy dał wyraz stanowisku, że nie chce, aby zawieranie umów typu *in-house* było wyłączone spod obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych, ale żeby umowy te były zawierane w trybie zamówienia z wolnej ręki. Uznał, że zapewni to większą transparentność udzielania przedmiotowych zamówień przez podmioty publiczne. Wybierając takie rozwiązanie, nałożył jednocześnie na zamawiających więcej obowiązków, aniżeli przewidują to przepisy unijne. Przykładowo obowiązek ogłaszania informacji o zamówieniu w tym trybie i informacji o każdej zawartej umowie został nałożony na zamawiających w celu monitorowania i kontroli przez przedsiębiorców i właściwe organy kontroli legalności udzielania przez nich takich zamówień.

Stanowisko Izby zajęte w tej sprawie nie jest odosobnione, gdyż podobne wyraziła Izba już w wyroku z 7 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 96/17, rozpatrując analogiczny do podniesionego w tej sprawie zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, polegający na bezpodstawnym uznaniu, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE (na konieczność czego, wskazuje pro unijna interpretacja przepisów pzp), co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym, z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym.

W szczególności Izba zauważyła, że regulacje zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz w ust. 9 i 11 są konsekwencją wdrożenia przepisów dyrektywy do polskiego systemu prawnego. W początkowej fazie prac nad projektem nowelizowanej ustawy pzp zaproponowano odwzorowanie postanowień dyrektywy w zakresie instytucji *in-house*, która w art. 12, że takie zamówienia udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy. Przy czym takie wyłączenie jest możliwe tylko w okolicznościach wskazanych w tej dyrektywie. W toku dyskusji nad projektem w drodze kompromisu przyjęto wersję zaproponowaną w rządowym projekcie ustawy (z 24 marca 2016 r. - druk Sejmu VIII kadencji nr 366), w wyniku czego zamówienia *in-house* zostały objęte reżimem zamówień publicznych, z zastrzeżeniem, że będą udzielane w trybie niekonkurencyjnym – w trybie zamówienia z wolnej ręki. Izba potwierdziła, że wyłączenie przewidziane w art. 12 dyrektywy nie uprawnia zamawiającego do wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE, które to reguły uwzględnia art. 12 dyrektywy. W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że przepisy dotyczące instytucji *in-house* wprowadzone do ustawy pzp (w tym art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 8 i 9 oraz ust. 11) zostały dostosowane do dyrektywy i TFUE, a jednocześnie ustawodawca krajowy określił

dotatkowe wymagania i tryb, w którym takie zamówienia mogą być udzielane.

Ponadto Izba podzieliła w tamtej sprawie pogląd, że wskazywane w odwołaniu przepisy TFUE (podobnie jak przepisy ustawy pzp) nie nakładają na zamawiającego planującego udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki obowiązku wykazania, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli dzięki wykazaniu przesłanek wymaganych na mocy art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. Odnośnie podnoszonego również w tamtej sprawie twierdzenia, że decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* powinna zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, podkreśliła, że ustawa pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie jak art. 12 dyrektywy) takiego obowiązku nie przewiduje. Nie można zatem domagać się od zamawiającego przedłożenia takiej analizy w jakiejś szczególnej formie. Izba jednocześnie zauważyła, że podane w informacji (o zamiarze udzielenia zamówienia) dane odnoszą się do ustaleń zamawiającego w zakresie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp i jest to nic innego jak analiza dokonana w celu podjęcia decyzji, czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji *in-house*.

Izba w tamtej sprawie nie zgodziła się również ze stanowiskiem, że zainteresowanie zamówieniem przez inne podmioty (po ogłoszeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) powoduje, że zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie *in-house*, bo prowadziłoby to do naruszenia konkurencji. Wskazała, że obowiązek publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie ma na celu wyłącznie umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia *in-house* w świetle przesłanek przewidzianych w pzp. Natomiast nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innych podmiotów zamówieniem *in-house* zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie. Taka intencja wyrażona została w przesłance stanowiącej o obowiązku odstąpienia od tej procedury lub też, jako przesłanka powodująca unieważnienie postępowania. Zdaniem Izby, 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, gdyż mają oni prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście może ono zostać rozpoznawane przez Izbę.

Izba w tej sprawie w pełni podziela powyższe rozważania, które znajdują w pełni zastosowanie również w odniesieniu do art. 67 ust. 1 pkt 14 i uznaje je za własne, potwierdzając tym samym stanowisko wyrażone uprzednio w ramach uzasadnienia wyroku z 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt 625/17.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 4 listy zarzutów}

W przekonaniu składu orzekającego Izby zarzut oparty *de facto* na wyprowadzeniu z art. 7 ust. 1 pzp odesłania do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1669 ze zm.), podlega oddaleniu, gdyż takie założenie nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy pzp.

Po pierwsze, art. 7 pzp – jako statuujący na wstępie podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności), które znajdują odzwierciedlenie w dalszych przepisach szczegółowych – jedynie wyjątkowo, gdy nie można wskazać żadnego innego przepisu ustawy pzp, może być podstawą skutecznego zarzutu odwołania. W stanie faktycznym tej sprawy czynność podjęta przez Zamawiającego mogła i została przez Odwołującego zakwestionowana jako niezgodna z konkretnymi przepisami ustawy pzp regulującymi przesłanki i uzasadnienie dla trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie ma zatem ani potrzeby, ani prawnego uzasadnienia dla skarżenia wyboru przez Zamawiającego tego trybu w oparciu o art. 7 ust. 1 pzp.

Po drugie, umknęło uwadze Odwołującego, że gdy ustawa pzp odsyła do przepisów innych ustaw, czyni to wyraźnie i wprost (por. art. 14 i art. 139 ust. 1, odsyłające do przepisów Kodeksu cywilnego m.in. w odniesieniu do czynności zamawiającego, które nie zostały odmiennie uregulowane w pzp). W szczególności podstawą dla stosowania przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) są bezpośrednie odesłania zawarte w art. 8 ust. 3 pzp (w odniesieniu do rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa) i art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy zwrócić uwagę, że ustawa pzp przewiduje ocenę przez pryzmat przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jedynie czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawców, a nie przez zamawiającego. Przy czym z uwagi na otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, co wynika z art. 3 ust. 1 uznk, brane są również pod uwagę przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w której można odnaleźć inne stypizowane czynów nieuczciwej konkurencji niż te, których znamiona opisano w art. 4-17f uznk.

Z powyższych względów, wbrew odmiennemu stanowisku zaprezentowanemu w odwołaniu, skład orzekający w tej sprawie uważa, że Izba nie ma kogncji do rozstrzygnięcia w ramach postępowania odwoławczego do rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pomimo zatem, że niewątpliwie zamawiający są przedsiębiorcami w rozumieniu definicji z art. 4 pkt 1 lit. a tej ustawy, wobec braku kompetencji do orzekania o czynach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk czy o praktykach antykonkurencyjnych w rozumieniu uokik popełnianych przez zamawiających. Z tego względu Izba oddaliła jako niepodlegający rozpoznaniu zarzut nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 5 listy zarzutów}

W ocenie Izby w sytuacji złożenia odwołania od wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki kwestionowanie prawidłowości określonych w nim warunków jest zbędne dla zaspokojenia interesu Odwołującego. Natomiast jeżeli miałoby służyć ustaleniu warunków obowiązujących w ewentualnym postępowaniu wszczętym w trybie konkurencyjnym, jest przedwczesne. Dopiero w razie uchylenia decyzji Zamawiającego o wyborze tego trybu może zaistnieć kwestia, czy warunki postawione wykonawcom są odpowiednie, aby wyłonić wykonawcę zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego zarzut odwołania okazał się bezprzedmiotowy. Z jednej strony Odwołujący nie wskazał, z jakiego przepisu wywodzi obowiązek wskazania przez zamawiającego warunków udziału w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, które nie jest ogłoszeniem o zamówieniu, gdyż jest jego adresatem nie jest wykonawca, któremu ma być udzielone zamówienie, stąd art. 67 ust. 11 pzp nie wyszczególnia takiego elementu. Z drugiej strony Odwołujący postawił zarzut w ciemno, gdyż jak się okazało, w zaproszeniu do negocjacji skierowanym do Sanikomu Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Okoliczność, że Odwołujący nie zadał sobie trudu, aby je poznać, nie obliży Izby do ustalenia ich treści z urzędu, a bez tego nie sposób rozpoznawać zarzut, czy warunki te są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiają ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jak wymaga tego art. 22 ust. 1a pzp.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 6 listy zarzutów}

Zawarty w odwołaniu zarzut jest niezasadny i bezprzedmiotowy, gdyż opiera się na błędnym założeniu, że tzw. „nieruchomości częściowo zamieszkałe i częściowo niezamieszkałe” (zdaniem Izby wystarczające byłoby określenie „nieruchomości częściowo zamieszkałe”) 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. Jak trafnie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, „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 pzp. 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.

Tym samym skład orzekający podzielił w powyższym zakresie stanowisko uprzednio zajęte przez Izbę w wyroku z 7 lutego 2017 r. sygn. akt 96/17.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 7 listy zarzutów}

Zarzut ten nie znalazł w uzasadnieniu odwołania niemal żadnego rozwinięcia w stosunku do sformułowanej na wstępie odwołania tezy, że ponieważ zamówienie jest udzielane na rzecz trzech gmin, przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp powinny być spełnione w odniesieniu do każdej z nich odrębnie, gdyż w przeciwnym razie nie znajduje zastosowania wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia z wyznaczeniem spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, o którym mowa w art. 16 ust. 1 pzp, którego naruszenie zarzucił Zamawiającemu Odwołujący. Uzasadnienie zawiera jedynie enigmatyczne stwierdzenie, że *ponieważ zamówienie następuje na rzecz kilku gmin, każda z nich powinna spełniać te warunki oddzielnie*, które pada bezpośrednio po zdaniu wskazującym, o czym jest mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b pzp.

Powyższy zarzut jest oczywiście bezzasadny, gdyż opiera się na sugerowaniu {w ostatnim akapicie na str. 14 odwołania}, że przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b pzp wymaga, aby ponad 90% działalności Sanikom dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad tą Spółką kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, przy czym w domyśle chodzi o Zamawiających w tym postępowaniu. Tymczasem, jak to poprawnie wskazano w innych miejscach odwołania, literalne brzmienie tej przesłanki wymaga jedynie, aby 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, co nie oznacza, że dane zamówienie w trybie z wolnej ręki może być udzielane albo łącznie przez wszystkich tych zamawiających, albo przez jednego z tych zamawiających (w tym drugim przypadku pod warunkiem, że ów wskaźnik zostanie osiągnięty w stosunku do zadań powierzonych przez niego lub przez zależne od niego osoby prawne).

Ponadto Izba w pełni popiera i uznaje za własną poglębiłą argumentację zawartą w odniesieniu do tego zarzutu i odpowiedzi na odwołanie, która została zrelacjonowana już powyżej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 67 ust. 11 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Prawo zamówień publicznych mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, a pozostałe zarzuty nie znalazły potwierdzenia, stąd – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu (dojazd i nocleg), na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy, z tym że wysokość wynagrodzenia pełnomocnika została ograniczona do kwoty 3600 zł.

Przewodniczący:.....

.....

.....