

WYROK
z dnia 7 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek-Bujak
Aneta Młacka

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 6 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **M. Sp. z o.o., (...) B.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Prostki, (...) Prostki** przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **P.U.K. Sp. z o.o. w P., (...) P.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na usługę pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Prostki”.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Prostki** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. Sp. z o.o. z siedzibą w B.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od **Gminy Prostki** na rzecz wykonawcy **M. Sp. z o.o. z siedzibą w B.** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).
 - 2.2. Nakazuje dokonanie, z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, zapłaty odwołującemu - **M. Sp. z o.o. z siedzibą w B.** kwoty 7 500 zł stanowiącej nadpłatę należnego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Suwałkach**.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Prostki (...) Prostki, zamieścił Ogłoszenie nr 8609 - 2017 z dnia 16 stycznia 2017 r. o zamiarze zawarcia umowy na usługę pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Prostki”.

Odwołujący: M. Sp. z o.o. (...) B. wniósł odwołanie od czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu.

I. Zaskarżył czynność Zamawiającego jak i zaniechanie Zamawiającego w odniesieniu

do czynności, której powinien być w toku postępowania dokonać, co miało miejsce w postępowaniu, a są nimi:

- a) bezzasadny wybór trybu zamówienia z wolnej ręki jako trybu udzielenia zamówienia
- b) zaniechanie uwzględnienia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy informacji wymaganych przepisami prawa tj. szacunkowej wartości zamówienia, planowanego terminu realizacji zamówienia i czasu trwania umowy (zarzut cofnięto)
- c) wadliwe określenie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia

II. Zachowaniu Zamawiającego zarzuca naruszenie:

- 1. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) przez jego niewłaściwe zastosowanie co polegało na przyjęciu, że dopuszczalne jest zawarcie z P.U.K. Sp. z o.o. z siedzibą w P. umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie są spełnione lub nie wykazano, że spełnione są wszystkie wskazane w w/w przepisie przesłanki uprawniające zamawiającego do odstąpienia od przeprowadzenia przewidzianej przez p.z.p. procedury konkurencyjnej i skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki
- 2. art. 67 ust. 11 pkt 5 p.z.p. przez zaniechanie podania wartości przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy
- 3. art. 67 ust. 11 pkt 5 p.z.p. przez zaniechanie prawidłowego określenia podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki co polegało na:
 - a) w odniesieniu do podstawy prawnej - wskazaniu w sekcji II pkt 2 ogłoszenia jako podstawy udzielenia zamówienia art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p. gdy w końcowym fragmencie sekcji II pkt 2 ogłoszenia jako podstawa wskazany jest art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

b) w odniesieniu do uzasadnienia trybu udzielenia zamówienia - określenie go w sposób niewyczerpujący, w dużej mierze polegający na przytoczeniu przepisów art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p. bez odniesienia do okoliczności konkretnego przypadku i z pominięciem wyjaśnienia w jaki sposób spełnione są wszystkie przesłanki wymienione w tym przepisie.

III. W związku z wskazanymi naruszeniami wnosi o:

- a) nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania ewentualnie
- b) uchylenia czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu.

IV. Wnosi ponadto o:

- a) zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia pełnej dokumentacji, na podstawie której zamawiający powziął decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p., co dotyczy w szczególności dokumentacji wskazującej, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b p.z.p. oraz wskazania w jaki sposób zamawiający uznał, iż spełniona została przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy pzp.
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność spełnienia przez P.U.K. Sp. z o.o. w P. przesłanki, zgodnie z którą ponad 90% jej działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 a p.z.p.

Uzasadnienie

1. Zamawiający Gmina Prostki w dniu 16.01.2017r opublikował ogłoszenie w przedmiocie zamiaru zawarcia umowy z trybie zamówienia z wolnej ręki którego ma być wykonanie usługi polegającej na odbiorze, transporcie i przedmiotem zagospodarowaniu (odzysk lub unieszkodliwienie) wskazanych w opisie zamówienia odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Prostki, na których zamieszkują mieszkańcy, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2016 r., poz. 250 z późn. zm.), zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami, przyjętego uchwałą Sejmiku Województwa Warmińsko-Mazurskiego, oraz Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie

Gminy Prostki przyjętego Uchwałą Nr XXIV.140.2016 Rady Gminy Prostki z dnia 27 lipca 2016 roku.

Jako wykonawcę do wykonania zamówienia po przeprowadzonych negocjacjach Zamawiający wybrał P.U.K. sp. z o.o. w P..

2. Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Skupienie odwołującego dotyczy głównie zarzutu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający - uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki odwołuje się do wprowadzonej w 2016 r. regulacji dotyczącej dopuszczalności zawierania w trybie niekonkurencyjnym zamówień in house. W okolicznościach niniejszej sprawy próba ta jednak jest skazana na niepowodzenie.

Tryby konkurencyjne, co oczywiste, stanowią zasadę przy udzielaniu zamówień publicznych, co wynika wprost z treści art. 10 ust. 1 i 2 p.z.p. Zastosowanie trybów niekonkurencyjnych wymaga zawsze wskazania szczegółowej podstawy prawnej, a przypadki, w których jest to możliwe określa się przy respektowaniu zasady, godnie z którą wyjątki nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający. Co więcej, w pierwszej kolejności zamawiający powinien rozważyć, czy możliwe jest w okolicznościach konkretnego przypadku zastosowanie trybu konkurencyjnego. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO/UZP 754/10:

„zamówienie „z wolnej ręki” jako tryb najmniej konkurencyjny ze wszystkich przewidzianych prawem zamówień publicznych trybów, powinien być stosowany wyjątkowo, po uprzednim zbadaniu możliwości zastosowania innych trybów konkurencyjnych.”

Stanowisko o niejako subsydiarnym, uzupełniającym charakterze procedury zamówienia z wolnej ręki znajduje również wsparcie w literaturze przedmiotu, gdzie stwierdza się: „Jeśli zatem JST zdecyduje, na podstawie przeprowadzonej oceny zasadności, iż powierzenie określonych zadań powinno nastąpić na podstawie ZamPublU, to kolejnym etapem powinno być wskazanie dopuszczalnego prawem i zasadnego trybu wyboru wykonawcy, na podstawie przepisów tej ustawy. Przy czym, co trzeba stanowczo podkreślić, fakt, iż np. literalnie dopuszczalne będzie zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, nie musi, a wręcz nie może oznaczać, iż JST taki tryb powinna automatycznie zastosować. Jednostka samorządu terytorialnego powinna bowiem każdorazowo ocenić, poprzez pryzmat przesłanek, a w szczególności przesłanki konkurencyjności, czy taka formuła wykonywania zadania własnego będzie optymalna z punktu widzenia interesu gminy, jako ogółu mieszkańców.” Jeśli przy ocenie danej dziedziny (obszaru zadań), zostanie ustalone, iż na rynku działają podmioty (przedsiębiorcy) pozwalające na wykonanie zadań z zakresu użyteczności publicznej, to JST powinny w pierwszej kolejności zastosować tryby konkurencyjne”.

W konsekwencji, co istotne w kontekście niniejszego postępowania, to Zamawiający powinien udowodnić, że istniały przesłanki dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z dnia 31 marca 2016 r. II GSK 2371/14: „Skoro tryby udzielania zamówień publicznych, wymienione w art. 10 ust. 2 p.z.p. (zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie) mają charakter wyjątkowy, to nie tylko powinny być interpretowane ściśle przesłanki ich zastosowania, ale i na korzystającym z tych trybów ciąży obowiązek wykazania, że musiał je zastosować zamiast trybów podstawowych (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 pzp., wg którego do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej).”

Także - odnosząc te rozważania na płaszczyznę niniejszego postępowania Zamawiający musi wykazać ponad wszelką wątpliwość, że przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit a - c ustawy - p.z.p. zostały spełnione. Udostępnione przez niego ogłoszenie w żadnym razie wymogom tym nie sprostało.

Przepisy ustawy pzp nakładają na Zamawiającego szereg obowiązków związanych z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki. „Zakres informacji wskazanych w art. 67 ust. 11 pkt 5 ZamPublU ma kluczowe, zasadnicze znaczenie z punktu widzenia całej procedury udzielania zamówienia z wolnej ręki według przesłanek in-house. Zamawiający zobowiązany jest wskazać podstawę prawną wyboru tego trybu postępowania nie tylko przez przytoczenie jednego z punktów art. 67 ust. 1. Zamawiający jest zobligowany do przedstawienia prawnego uzasadnienia, potwierdzającego spełnienie, zarówno przesłanek podmiotowych jak i

przedmiotowych, dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Tak więc, podstawa prawna powinna dotyczyć w szczególności charakteru prawnego osoby prawnej, której udzielone ma być zamówienie, w odniesieniu do przepisów regulujących zasady funkcjonowania tejże osoby prawnej.

W przedmiotowym postępowaniu treść ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie spełnia podstawowych obowiązków nałożonych na zamawiającego.

Ogłoszenie zawiera bowiem wyłącznie wskazanie dwóch podstaw zamówienia z wolnej ręki, jak również przytoczenie, iż wykonawca z którym zamawiający ma zamiar zawrzeć umowę świadczył usługi będące przedmiotem zamówienia na rzecz zamawiającego do 2013r, wskazano w nim również, iż wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi realizację obowiązków nałożonych ustawą na gminy. W pozostałym zakresie uzasadnienie wyboru trybu zamówienia nie zawiera jakichkolwiek wyjaśnień odnośnie ziszczenia się przesłanek dających podstawę do udzielenia zamówienia z wolnej ręki niezależnie od tego czy intencją zamawiającego było uzasadnienie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust 1 pkt 12 ustawy PZP czy też art. 67 ust. 3 ustawy PZP. Niezależnie od powyższego zamawiający powinien wykazać, iż wykonawca, któremu zamierza powierzyć realizację zamówienia posiada potencjał techniczny niezbędny do jego wykonania zgodnie z

postanowieniami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11.01.2013r w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Lektura treści ogłoszenia daje podstawę do twierdzenia, iż zamawiający w ogóle nie zbadał czy w przedmiotowym postępowaniu może mieć zastosowanie tryb niekonkurencyjny. Tym bardziej brak jest podstaw do przyjęcia, iż zamawiający badał przesłanki do udzielenia zamówienia „in-house” (art. 67 ust 1 pkt 12 ustawy pzp), które wymagają jednoczesnego spełnienia trzech przesłanek odnośnie wykonawcy:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. A,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego; Z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ZamPublU można wysnuć wniosek, iż zawarta tam regulacja dotyczy kontroli, której elementem jest m.in. wydawanie wiążących poleceń. Za taką wykładnią przemawia wymóg wywierania dominującego wpływu na cele strategiczne kontrolowanej osoby prawnej oraz (koniunkcja) na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanej osoby prawnej.

Przenosząc powyższe na grunt np. funkcjonowania spółek samorządowych, należy podkreślić, że formy (struktury) prawne takich spółek - określone bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa - wyłączają pełną kontrolę wspólników lub rady nadzorczej nad działalnością zarządu spółki. To zarząd, a nie wspólnicy, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki na zasadzie art. 299 KSH. Natomiast rada nadzorcza - stosownie do art. 10a GospKumU - to obligatoryjny organ samorządowej spółki handlowej, który nie ma umocowania do wydawania zarządowi wiążących poleceń (art. 219 KSH). Przesłankę „odpowiadającej kontroli nad sprawowaną nad własnymi jednostkami” należy rozumieć jako najdalej idący dopuszczalny prawem zakres kontroli sprawowanej nad własną jednostką w aspekcie określonym ZamPublU. Inne rozumienie prowadziłoby do nieuzasadnionej wykładni rozszerzającej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 ZamPublU. Pojęcie kontroli nie może być również rozumiane jako równoznaczne z nadzorem.

Szczególnie należy zwrócić uwagę na treść lit b pkt 12 ust 1 art. 67 ustawy pzp, który rodzi pewnego rodzaju wątpliwości interpretacyjne. Nie jest bowiem w jasny sposób określone w jaki sposób należy ustalić, iż ponad 90% działalności wykonawcy stanowią zadania

powierzone przez zamawiającego nawet uwzględniając treść art. 67 ust. 8 pzp. Stosownie do art. 67 ust. 8 ZamPublU do obliczania tego procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw

lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ZamPublU, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Powyższa regulacja nie przesądza zasadniczych kwestii, które mogą wynikać w procesie stosowania prawa. Istotne jest m.in. pytanie, jak zgodnie z brzmieniem ZamPublU zakwalifikować sytuację, w której stopień zaangażowania danej osoby prawnej jest zmienny, a zakres świadczonych usług na rzecz instytucji zamawiającej stopniowo ograniczany. W wielu przypadkach wyliczenie procentowego zaangażowania podmiotu może być niezwykle trudne lub (z uwagi na charakter działalności) w ogóle niemożliwe. Kryterium „ponad 90%” ma natomiast znaczenie kluczowe z punktu widzenia zachowania uczciwej konkurencji na rynku. W przywoływanej już sprawie C-340/04 TSUE uznał również, iż: „przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki (...), tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające charakter jakościowy i ilościowy” (pkt 63 i 64 wyr.).

Ponadto, zamawiający zobligowany jest uzasadnić wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Uzasadnienie powinno wskazywać, zarówno okoliczności prawne, jak i gospodarczo-ekonomiczne. Zamawiający zobowiązany jest zatem do wykazania zasadności ekonomicznej zastosowania bezprzetargowego trybu udzielania zamówienia publicznego. Zamawiający powinien wykazać, iż realizacja usług użyteczności publicznej, będących przedmiotem zamówienia z wolnej ręki, nie mogła być w efektywny i skuteczny sposób powierzona w jednym z trybów konkurencyjnych (np. przetargowych), przewidzianych w ZamPublU. Uzasadnienie powinno również wskazywać brak zasadności skorzystania przez zamawiającego z innych form realizacji zamówienia publicznego, o których mowa w art. 3 GospKomU. Zarówno określenie podstawy prawnej, jak i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, będą przedmiotem kontroli organu nadzoru oraz, w przypadku wniesienia środków prawnych, kontroli prowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą lub sąd.

Elementem informacji przekazywanej przez zamawiającego jest planowany termin realizacji zamówienia. Wskazywany termin powinien bezpośrednio korespondować z innymi elementami zamówienia, w szczególności wartością, zakresem i wielkością zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż zamawiający nawet nie podjął próby uzasadnienia przyczyn wyboru zamówienia z wolnej ręki, jak też wykazania, iż zostały spełnione przesłanki zezwalające na zastosowanie tego trybu. Zamawiający zarówno nie wskazał w jaki sposób sprawuje faktyczną kontrolę na wykonawcą P.U.K. sp. z o.o. z siedzibą w Prostkach jak też nie wykazał, iż ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę. Niezależnie od powyższego Zamawiający w żaden sposób nie wykazał z jakich przyczyn odstąpił od trybu konkurencyjnego.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

Odwołujący niezależnie od powyższego wskazuje, iż realizował przedmiot zamówienia w okresie od 01.07.2013r do 31.01.2017r, jak również podnosi, iż w przypadku trybu konkurencyjnego złożyłby ofertę, co uprawdopodobnia uzyskanie zamówienia.

W piśmie złożonym dnia 30.01.2017 r. odwołujący podtrzymał zarzuty w zakresie dotyczący wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (ary. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp). Stwierdził, że zamawiający w treści pisma z dnia 23 stycznia 2017 r. wskazuje, że dopuszczalność udzielenia zamówienia dla wykonawcy PUK sp. z o.o. w Prostkach została ustalona na podstawie oświadczenia wykonawcy i zamawiający uznał to za wystarczające jako przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Stanowisko to, jak stwierdził odwołujący, jest błędne i świadczy o zasadności odwołania.

Przepisy ustawy – art. 68 – określają, że w zamówieniach z wolnej ręki poniżej progów unijnych wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i nie ma obowiązku składania na tę okoliczność dokumentów. Jednak oświadczenie to dotyczyć ma właśnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc warunków

wynikających z art. 22 czy też 24 pzp, a nie przesłanek dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki wskazanych w art. 67 pzp.

Wykazanie istnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, w tym określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp spoczywa na zamawiającym, co wynika choćby z przywołanego w treści uzasadnienia odwołania wyroku NSA z 16 marca 2016 r. II GSK 2371/14/. Tym samym nie jest dopuszczalne wykazanie przesłanek za pomocą oświadczenia wykonawcy – spółki gminnej. Oświadczenie to, zgodnie z art. 68 pzp dotyczy zupełnie innych aspektów wskazanych w art. 22 i następnych pzp. Natomiast to zamawiający ma wykazać dopuszczalność zastosowania samego trybu z wolnej ręki, a więc przesłanek uzasadniających odstąpienie od zastosowania trybów konkurencyjnych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że przedstawił w odpowiedzi na odwołanie i wcześniej dokumenty finansowe spółki przystępującego oraz oświadczenia uzasadniające zasadność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki jako najbardziej adekwatnego do przeprowadzenia postępowania na wybór wykonawcy.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

Od dnia 1 stycznia 2017 r. weszły w życie przepisy o zamówieniach in-house (nowe brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 12 i n. ustawy pzp). Zamawiający pozostający z wykonawcą w relacji „in-house” polegającej na organizacyjnym i ekonomicznym podporządkowaniu może wybrać tryb z wolnej ręki w celu zawarcia umowy. Na poparcie stanowiska wskazał na orzecznictwo ETS oraz piśmiennictwo. Przypomniął przepisy ustawy art. 67 ust. 1 pkt 12 regulujące trzy przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, które muszą być spełnione łącznie. Stwierdził, że niżej wymienione dokumenty stanowią potwierdzenie spełniania ustawowych wymogów:

Akt założycielski Spółki z o.o., umowa spółki, sprawozdanie z działalności P.U.K. sp. z o.o. w P. za 2015 r., rozliczenie finansowe na dzień 31.12.2015 r., sprawozdanie finansowe za okres 1.1.2015 – 31.12.2015 r., dane za rok 2015 do wyliczenia wskaźnika sprzedaży niekontrolowanej przez Gminę Prostki, dane za rok 2016 do wyliczenia wskaźnika sprzedaży niekontrolowanej przez Gminę Prostki, uchwała Rady nadzorczej PUK w P. w sprawie oceny sprawozdania finansowego spółki za 2015 r., KRS wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że Gmina Prostki jest jedynym wspólnikiem wykonawcy i w tej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Wskazał na kompetencje jedynego wspólnika, którym jest zamawiający, a także rady nadzorczej i zarządu ustalone umową spółki co ma potwierdzić fakt sprawowania przez zamawiającego kontroli, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 a ustawy pzp.

Podniósł, że sprzedaż prowadzona przez wykonawcę ogółem za rok 2016 wyniosła 2 803 615,38 zł, natomiast sprzedaż niekontrolowana przez Gminę Prostki – 262 905,65 zł, co stanowi 9,38% działalności wykonawcy ogółem.

Sprzedaż za rok 2015 wyniosła natomiast 2 457 489,19 zł, z czego sprzedaż niekontrolowana wyniosła 196 606,36 zł co stanowi 8% działalności wykonawcy ogółem.

Powyższe oznacza spełnienie przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 b pzp.

Wskazał także na treść oświadczenia wykonawcy składanego na podstawie art. 25a ust. 1 pzp dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia go z postępowania. Uznał w oparciu o otrzymane dokumenty, że wykonawca potwierdził zdolność do realizacji zamówienia.

W tym świetle uznał, że w powiązaniu ze sprawowaniem pełnej kontroli przez zamawiającego nad wykonawcą, oferta tego wykonawcy nie budzi wątpliwości, a wybranie

trybu zamówienia z wolnej ręki i zlecenie realizacji umowy in-house jest w pełni uzasadnione oraz zgodne z obowiązującymi przepisami.

W pozostałym zakresie stanowisko zamawiającego dotyczyło zarzutów, które zostały cofnięte przez odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że zamawiający – Gmina Prostki sprawuje nad nim kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej – Gmina jest jedynym udziałowcem w PUK sp. z o.o. Ponad 90% działalności kontrolowanej spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego,

sprawującego kontrolę. Przystępujący wykonuje na rzecz zamawiającego następujące zadania zlecone przez Gminę Prostki: dostawa ciepła, dostawa wody, odbiór ścieków, administrowanie komunalnym zasobem nieruchomości. Działalność ta stanowi 95% całej działalności PUK sp. z o.o. Zdaniem przystępującego szacunkowa wartość zamówienia została określona przez podanie liczby odbiorców odpadów. W spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, a zamawiający posiada 100 % udziałów.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwolujący poparł odwołanie w zakresie sprecyzowanym w złożonym piśmie z dnia 30.01.2017 r. Podtrzymał zarzut o braku przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Przytoczył treść art. 67 ust 1 pkt 12b w związku z art. 67 ust. 8 PZP i zauważył, że zamawiający w odpowiedzi przedstawił dokumenty finansowe jedynie dotyczące roku 2015 oraz kalkulację z roku 2016 nazwane „Wyliczenie wskaźnika działalności sprzedaży niekontrolowanej przez gminę”. Wskazał na strukturę przychodów w sprawozdaniu za 2015 rok zauważając, że pozycje od 1 do 9 stanowią zadania gminne, jakkolwiek część (pozycja 3 mieszkania własnościowe) do takich nie należy, podobnie jak pozycje pozostałe od 10 do 12. Złożył do akt rozliczenia finansowe przystępującego na dzień 31.12.2014 r. wskazując, że około 20% przychodów spółki nie dotyczy działalności zleconej przez gminę. Złożył bilans na 31.12.2013 r. oraz protokół kontroli podatkowej z 13.02.2014 r. na okoliczności analogiczne jak wyżej. Stwierdził, że na przestrzeni kolejnych lat struktura przychodów w spółce jest podobna. Kalkulacje przedstawione przez zamawiającego ocenił jako niewiarygodne i nieodnoszące się do przedmiotu sporu oraz treści przepisu art. 67. Zauważył ponownie, że zamawiający nie zbadał działalności przystępującego pod rozpatrywanym kątem w okresie kolejnych 3 lat zgodnie z art. 67 ust 8 ustawy pzp. Podtrzymał zarzuty oparte na art. 67 ust. 1 pkt 12a wskazując na charakter podmiotu, jakim jest spółka kapitałowa (sp. z o.o.), czynności kontrolne, nadzorcze, a w szczególności

zarządcze w spółce zauważając, iż do wyłącznych prerogatyw zarządu należą określone decyzje wynikające z przepisów prawa. W tym kontekście organy gminy nie mają uprawnień decyzyjnych w stosunku do spółki z o.o. i jej zarządu. Stwierdził ponownie, że przystępujący prowadził w szerokim zakresie działalność komercyjną czyli rozumianą jako niepowierzoną przez gminę, w tym budowlaną. Podał przykłady remontów budynków wspólnot mieszkaniowych w roku 2014 za kwotę 92 tysiące i za 46 tysięcy zł w kolejnym roku. Wskazał także na prowadzone przez spółkę usługi pogrzebowe, odbiór nieczystości płynnych w roku 2013 na kwotę 271 tysięcy i komercyjny odbiór odpadów. Zauważył, że obecna zmiana ogłoszenia jest dowodem na brak uprzedniego badania przez zamawiającego przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki. Stwierdził, że ciężar dowodu co do tych spornych przesłanek spoczywa na zamawiającym. Stwierdził, że zamawiający nie przedstawił realnego wyliczenia wymaganej wartości działalności. Wskazał, że w sprawozdaniu z działalności finansowej za 2013 rok (str. 909) przedstawiono zmniejszenie wartości zleceń udzielanych przez gminę. Wskazał na dane za rok 2016 do wyliczenia wskaźnika gdzie ujęto tylko konto 711, 714, 715 co oznacza, że informacje są niekompletne i prowadzą do błędnego wyniku, a wnioski takie wywodzi z porównania z analizą kontroli podatkowej za 2012 rok.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że spełnione zostały przesłanki określone w art. 67 ust 1 pkt 12a-c. Wskazał, że jest jednoosobowym właścicielem spółki przystępującego, którą utworzył w 1996 roku powierzając spółce zadania określone w § 6 umowy. Wskazał na kompetencje organów spółki opisane w umowie. Wskazał na dopuszczalne metody oceny działalności i obliczana procentu działalności, o którym mowa w powołanym wyżej przepisie, w tym również z użyciem wiarygodnych prognoz handlowych (art. 67 ust. 9). Zauważył, że w sprawozdaniu z działalności za 2015 rok przedmiot działalności w pkt 3 opisano z użyciem nomenklatury PKD w tym „pogrzeby i działalność pokrewna”, które oznaczają w rzeczywistości administrowanie cmentarzem. Stwierdził, że gminny zasób mieszkaniowy ma przeważający udział w stosunku do pozostałych mieszkań. Odpowiadając na pytanie wyjaśnił, że pozostałe usługi w rozliczeniu finansowym (pozycja 10) zawierają działanie z zakresu dokonywania przyłączy wodociągowych, wymiany zaworów, instalacji związanych z przyłączami do sieci ciepłej. Stwierdził, że dowodem na fakt prowadzenia w przeważającej części działalności powierzonej przez właściciela jest fakt minimalnego zysku spółki. Jako właściwe corocznie analizuje i zatwierdza wyniki finansowe spółki i na tej podstawie podtrzymał twierdzenie o

zaistnieniu spornej przesłanki. Złożył do akt sprawozdanie finansowe za 2014 rok. Stwierdził, że w rzeczywistości wójt pełniący funkcję zgromadzenia wspólników jednocześnie na bieżąco współpracuje z zarządem i wykonuje w praktyce czynności kierownicze przez

wydawanie poleceń. Wskazał na ogłoszenie o zmianie ogłoszenia złożone wraz z pismem, w którym uzasadnił wybór trybu na przesłanki tego wyboru (str. 3 ogłoszenia).

Zauważył, że przepisy nie narzucają metody badania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12.

Zawarł w ogłoszenia zamiar zawarcia umowy i ponownie zwrócił uwagę na przedmiot działalności spółki jako dotyczącej gospodarki komunalnej. Potwierdził, że spółka stosuje stale zasady rachunkowości począwszy od dnia 01.06.2006 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia oraz rozprawy wraz z przedłożonymi dowodami z dokumentów, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podtrzymanych spośród podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Istotą sporu jest ocena, czy zamawiający miał podstawy faktyczne i prawne do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki i udzielenia zamówienia „in-house”, którego przesłanki określa art. 67 ust 1 pkt 12 ustawy pzp.

Jak wynika z przepisu, zastosowanie tego trybu dopuszczalne jest w razie jednoczesnego spełnienia trzech przesłanek dotyczących zamawiającego, wykonawcy oraz wzajemnych relacji między tymi podmiotami. Przepis stanowi o możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

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

Istnienie przesłanki z lit. c jest między stronami niesporne zważywszy, że Gmina Prostki – zamawiający jest jedynym wspólnikiem spółki PUK z siedzibą w P., którą utworzył na mocy

Aktu założycielskiego dnia 23 grudnia 1996 r. obejmując wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki.

Odnosnie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy należy zauważyć, że zawarta tam regulacja literalnie ujmując, dotyczy kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Jak stwierdził odwołujący, przenosząc powyższe na grunt funkcjonowania spółek samorządowych, należy podkreślić, że formy (struktury) prawne takich spółek - określone bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa - wyłączają pełną kontrolę wspólników lub rady nadzorczej nad działalnością zarządu spółki, a zarząd, a nie wspólnicy, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki na zasadzie art. 299 Kodeksu spółek handlowych. Skład orzekający Izby zauważył, że aparat pojęciowy analizowanego przepisu ustawy pzp nie w pełni odpowiada regulacjom prawa handlowego. Jak wyżej wskazano ustawa pzp przewiduje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania. W tym świetle należy ocenić charakter relacji pomiędzy gminą jako jednostką samorządu terytorialnego a spółką, która przez gminę została utworzona. Zarówno gmina, jak i spółka są wyposażone w osobowość prawną, a ta druga powołana została stosownie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej w celu wykonywania zadań w zakresie gospodarki komunalnej sprecyzowanych w umowie spółki

jako przedmiot przedsiębiorstwa spółki.

Jako spółka kapitałowa podlega oczywiście regulacjom kodeksu spółek handlowych, jednocześnie jednak niezbędne jest rozpatrywanie jej funkcjonowania w kontekście sposobu jej powstania, jej finansowania, kontroli jej działalności przez jednostkę samorządu terytorialnego, zasad powierzania spółce poszczególnych zadań, a także odpowiedzialności prawnej za skutki jej funkcjonowania; takie okoliczności decydują o specyfice spółki będącej komunalną osobą prawną. W istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wynika to z faktu, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. Powołane przepisy wskazują, że gospodarka komunalna jest to działalność jednostek samorządu terytorialnego polegająca na wykonywaniu nałożonych na nie ustawowo zadań określonego rodzaju, natomiast spółka prawa handlowego, podobnie jak i

zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji. Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy skład orzekający stoi na stanowisku, że zamawiający – Gmina Prostki, reprezentowany przez Wójta, sprawuje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółki przystępującego. W szczególności, niezależnie od wyżej wskazanych uwarunkowań wynikających z ustaw samorządowych, wskazują na to sformułowane w umowie spółki kompetencje organu gminy w § 24 umowy, z których wynika także możliwość rozstrzygania wszelkich wniosków przedkładanych przez zarząd i radę nadzorczą, ustalanie zadań przez nadanie kształtu aktowi założycielskiemu, które to decyzje są tożsame z ustawowym określeniem wpływu na cele strategiczne i istotne decyzje.

Ponadto funkcjonowanie spółki komunalnej nie musi oznaczać całkowitego pozbawienia rady gminy i jej organu, jakim jest komisja rewizyjna, prawa kontroli nad danym wycinkiem gospodarki komunalnej, co stanowi odrębną, nie przewidzianą przepisami ksh metodę kontroli „odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami”.

W takim stanie rzeczy Izba uznaje, że w analizowanym stanie faktycznym wykazana została przesłanka przewidziana w art. 67 ust. 1 pkt 12 a ustawy pzp i nie jest to, wbrew twierdzeniom odwołującego, stanowisko wywiedzione z nieuzasadnionej wykładni rozszerzającej przepisu.

Odnosnie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy pzp uwzględniając treść art. 67 ust. 8 ustawy pzp wskazujący na sposób obliczenia procentu działalności w oparciu o średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, skład orzekający uznaje, że spełnienie tej przesłanki nie zostało wykazane przez zamawiającego. Izba zauważa, że zamawiający na poparcie stanowiska przedstawił w odpowiedzi dokumenty finansowe dotyczące roku 2015 oraz kalkulację z roku 2016 nazwaną „Wyliczenie wskaźnika działalności sprzedaży niekontrolowanej przez gminę” wskazując, że nie dysponuje obecnie sprawozdaniem finansowym za 2016 rok (z uwagi na ustawowe terminy, które jeszcze nie nastąpiły) oraz analogiczne wyliczenie wskaźnika dotyczące roku 2015.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy uznała za wiarygodne sprawozdania finansowe sporządzone według oświadczenia zamawiającego z uwzględnieniem jednolitej metodologii co do zasad prowadzenia rachunkowości w spółce, stosowanej co najmniej od 2012 r., który był przedmiotem kontroli podatkowej przeprowadzonej przez właściwy urząd skarbowy, zakończonej dnia 13 lutego 2014 r. Obowiązujące w spółce zasady

rachunkowości określone w art. 10 ustawy o rachunkowości zostały wprowadzone decyzją Prezesa Zarządu Spółki w dniu 1 stycznia 2006 r. W tych przepisach wskazano m. In. zasady księgowania zdarzeń gospodarczych sposób umożliwiający identyfikację przychodów

z rozróżnieniem źródeł przychodów na pochodzące od zamawiającego oraz od pozostałych podmiotów, co umożliwia ocenę wielkości średniego przychodu i procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 b ustawy pzp.

W szczególności wzięto pod uwagę, że przychody z działalności – usług świadczonych na rzecz innych niż gmina podmiotów księgowano na koncie 711 jako „przychody z pozostałych” usług, a ich stosunek do wielkości przychodów ze świadczenia usług na rzecz gminy stanowi wiarygodny wskaźnik – procent działalności, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 b ustawy pzp. Zasadność przyjęcia takiej metody tj. oparcia wyliczenia głównie na przychodach ujawnionych na koncie 711 potwierdził także zamawiający w sporządzonych dokumentach pod nazwą „Dane do wyliczenia wskaźnika sprzedaży niekontrolowanej przez gminę Prostki”, gdzie wskazano sprzedaż ujawnianą na koncie 711, a nawet 715 i 714, które to ostatnie dodatkowo pogarszają, z punktu widzenia zamawiającego, proporcje przychodów. Struktura przychodów uwidoczniła w sprawozdaniu finansowym za 2015 rok wskazuje, że pozycja „pozostałe usługi” księgowana na koncie 711 wynosi 430 669,54 zł, a łączna wartość przychodów stanowi kwotę 2 457 489,19 zł.

Wskazana wyżej wielkość zaksięgowana na koncie 711 znacząco przekracza dopuszczalny maksymalny dopuszczalny udział w wysokości 10%.

Zakładając nawet, że jak stwierdził zamawiający dopuszczalne są różne metody wyliczenia przedmiotowego wskaźnika, a przedstawione dane wyjściowe dla roku 2016 r. są poprawne, średnioroczny przychód z realizacji zadań powierzonych przez zamawiającego, niewątpliwie nie osiąga wymaganego ustawowego poziomu ponad 90%. Złożone do akt rozliczenia finansowe przystępującego na dzień 31.12.2014 r. podobnie wskazuje, że około 20% przychodów spółki nie dotyczy działalności zleconej przez gminę. Tym samym skład orzekający wobec odmiennych wartości ze sprawozdania finansowego za 2015 r. w stosunku do kalkulacji danych do wyliczenia wskaźnika, uznał za wiarygodne informacje ujęte w sprawozdaniach finansowych.

W świetle powyższego Izba uznaje, że wobec niespełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 litera b ustawy pzp, zamawiający nie miał podstaw do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) uwzględniając konieczność dokonania odwołującemu zwrotu kwoty 7 500 zł stanowiącej nadpłatę należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

.....